

**Attorney General of Ontario** *Appellant*

v.

**Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers Union Canada, Xin Yuan Liu, Julia McGorman and Billie-Jo Church** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Ontario Federation of Agriculture, Federally Regulated Employers — Transportation and Communications, Conseil du patronat du Québec Inc., Mounted Police Members' Legal Fund, Canadian Employers Council, Coalition of BC Businesses, British Columbia Agriculture Council, Justicia for Migrant Workers, Industrial Accident Victims Group of Ontario, Canadian Labour Congress, Canadian Police Association and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. FRASER**

**2011 SCC 20**

File No.: 32968.

2009: December 17; 2011: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining rights — Separate labour relations legislation governing agricultural*

**Procureur général de l'Ontario** *Appellant*

c.

**Michael J. Fraser en son propre nom et au nom de l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce — Canada, Xin Yuan Liu, Julia McGorman et Billie-Jo Church** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Fédération de l'agriculture de l'Ontario, Employeurs des transports et communications de régie fédérale, Conseil du patronat du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, Conseil canadien des employeurs, Coalition of BC Businesses, British Columbia Agriculture Council, Justicia for Migrant Workers, Industrial Accident Victims Group of Ontario, Congrès du travail du Canada, Association canadienne des policiers et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. FRASER**

**2011 CSC 20**

N° du greffe : 32968.

2009 : 17 décembre; 2011 : 29 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droits de négociation collective — Législation distincte en matière de relations du travail*

*workers in Ontario — Whether s. 2(d) requires legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure effective exercise of associational rights — If so, whether legislation infringes freedom of association by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether the Agricultural Employees Protection Act, 2002 violates workers' right to equality under s. 15 of the Charter by excluding workers from the protections accorded to workers in other sectors — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).*

In 2002, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Employees Protection Act, 2002* (“*AEPA*”) which excluded farm workers from the *Labour Relations Act* (“*LRA*”), but crafted a separate labour relations regime for farm workers. The *AEPA* was a response to *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which found that the previous legislative scheme violated s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and declared it constitutionally invalid. It grants farm workers the rights to form and join an employees’ association, to participate in its activities, to assemble, to make representations to their employers through their association on their terms and conditions of employment, and the right to be protected against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights. The employer must give an association the opportunity to make representations respecting terms and conditions of employment, and it must listen to those representations or read them. The *AEPA* tasks a tribunal with hearing and deciding disputes about the application of the Act.

After limited efforts to use the new protections under the *AEPA*, a constitutional challenge was mounted on the basis the Act infringed farm workers’ rights under ss. 2(d) and 15 of the *Charter* by failing to provide effective protection for the right to organize

*régissant les travailleurs agricoles en Ontario — L'article 2d) oblige-t-il le législateur à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association? — Dans l'affirmative, la législation porte-t-elle atteinte à la liberté d'association parce qu'elle ne protège pas l'exercice des droits de négociation collective? — Cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Législation distincte en matière de relations de travail régissant les travailleurs agricoles en Ontario — La Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité des travailleurs garanti à l'art. 15 de la Charte en leur refusant les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs? — Dans l'affirmative, cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).*

En 2002, l'Ontario a adopté la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* («*LPEA*»), qui exclut les travailleurs agricoles de la *Loi sur les relations de travail* («*LRT*»), mais crée pour eux un régime de relations du travail particulier. La *LPEA* a été adoptée en réaction à l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour a statué que le texte de loi antérieur contrevenait à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'a déclaré inconstitutionnel. Elle confère aux travailleurs agricoles le droit de former une association et d'y adhérer, de participer à ses activités, de se réunir, de présenter à l'employeur par l'entremise de leur association des observations relatives à leurs conditions d'emploi et d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination. L'employeur doit donner à une association d'employés l'occasion de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi et il est tenu de les écouter ou de les lire. La *LPEA* confie à un tribunal la fonction d'entendre et de régler tout litige relatif à l'application de la Loi.

Après quelques démarches pour se prévaloir des nouvelles mesures de protection de la *LPEA*, on a contesté la validité constitutionnelle de cette loi au motif qu'elle portait atteinte aux droits des travailleurs agricoles garantis par l'al. 2d) et par l'art. 15 de la *Charte*, en ce

and bargain collectively and by excluding farm workers from the protections accorded to workers in other sectors. In 2006, the Ontario Superior Court dismissed the application. The Court of Appeal allowed the appeal and declared the *AEPA* to be constitutionally invalid. It rendered its decision after the release of *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed and the action dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Binnie, Fish and Cromwell JJ.: Section 2(d) of the *Charter* protects the right to associate to achieve collective goals. This requires a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith. Laws or state actions that substantially interfere with the ability to achieve workplace goals through collective actions have the effect of negating the right of free association and therefore constitute a limit on the s. 2(d) right of free association, which renders the law or action unconstitutional unless justified under s. 1 of the *Charter*.

Bargaining activities protected by s. 2(d) in the labour relations context include good faith bargaining on important workplace issues. 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. Good faith negotiation under s. 2(d) requires the parties to meet and engage in meaningful dialogue; it does not impose a particular process; it does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms; it does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse; and it protects only the right to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method. What s. 2(d) guarantees in the labour relations context is a meaningful process.

The decision in *Health Services* follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*. Section 2(d), interpreted purposively and in light of Canada's values and commitments, protects associational collective activity in furtherance of workplace goals. The

qu'elle ne protégeait pas véritablement le droit de s'associer et de négocier collectivement et refusait aux travailleurs agricoles les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs. En 2006, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la demande. La Cour d'appel a accueilli l'appel et déclaré la *LPEA* inconstitutionnelle. Elle s'est prononcée après l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'action est rejetée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Binnie, Fish et Cromwell : L'alinéa 2d) de la *Charte* protège le droit de s'associer pour atteindre des objectifs collectifs. Cette protection constitutionnelle demande l'établissement d'un processus de dialogue où l'association d'employés peut présenter des observations à l'employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi. Une loi ou une action de l'État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs liés au travail grâce à des actions concertées fait obstacle à l'exercice du droit de libre association. Une telle loi ou action restreint donc la liberté d'association garantie à l'al. 2d) et devient de ce fait inconstitutionnelle, sauf justification au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les activités de négociation en contexte de relations du travail protégées par l'al. 2d) comprennent la négociation de bonne foi de questions importantes liées à l'exécution des fonctions. Ce droit 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. La négociation de bonne foi découlant de l'al. 2d) exige que les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue; elle n'impose pas de processus particulier; elle n'oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières; elle ne garantit pas un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses; elle ne protège que le droit à un processus général de négociation collective, et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou un mode particulier de négociation. L'alinéa 2d) garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable.

La décision rendue dans *Health Services* découle directement des principes énoncés dans *Dunmore*. Lorsqu'on l'interprète téléologiquement et dans la perspective des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du Canada, l'al. 2d) protège l'activité

right is not merely a paper right, but a right to a process that permits meaningful pursuit of those goals. The principles within *Dunmore* and *Health Services* represent good law, should not be overturned and provide resolution in this appeal.

The seriousness of overturning recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. The arguments advanced in favour of overturning *Health Services* do not meet the high threshold for reversing a precedent of this Court as it is grounded in precedent, consistent with Canadian values, consistent with Canada's international commitments and consistent with this Court's purposive and generous interpretation of other *Charter* guarantees. *Health Services* was consistent with previous cases on the issue of individual and collective rights. It recognized, as did previous jurisprudence, that s. 2(d) is an individual right. It also recognized, as did previous cases, that to meaningfully uphold this individual right, s. 2(d) may properly require legislative protection of group or collective activities. The approach to deference to Parliament and legislatures advanced in *Health Services* is also consistent with this Court's general jurisprudence. Deference should inform the determination of whether a legislative scheme satisfies the requirements of the *Charter*, as articulated by the courts. The unworkability of *Health Services* has not been established. There is no concrete evidence that the principles enunciated in *Dunmore* and *Health Services* are unworkable or have led to intolerable results. It is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice.

The Ontario legislature is not required to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure the effective exercise of their associational rights. In this case, the Court of Appeal has overstated the ambit of the s. 2(d) right. The affirmation of the right to collective bargaining is not an affirmation of a particular type of collective bargaining, such as the Wagner model which is dominant in Canada. What s. 2(d) protects is the right to associate to achieve collective goals. Laws or government action that substantially interfere with the ability to achieve collective goals have the effect of limiting freedom of association, by making it pointless. It is in this derivative sense that s. 2(d) protects a right to collective bargaining. Legislatures are not constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that

associative exercée collectivement pour atteindre des objectifs liés au travail. Le droit ne possède pas seulement un caractère théorique; il commande un processus qui permet véritablement la poursuite de ces objectifs. Les principes établis dans *Dunmore* et *Health Services* sont fondés en droit, ne doivent pas être écartés et permettent de régler le sort du présent pourvoi.

On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement d'arrêts récents de la Cour qui expriment l'avis réfléchi de majorités claires. Les arguments invoqués en faveur de la rupture avec *Health Services* ne satisfont pas aux conditions strictes imposées pour le renversement d'un précédent de notre Cour, car cet arrêt prend appui dans les décisions antérieures, il est compatible avec les valeurs canadiennes, il respecte les engagements internationaux du Canada et il s'inscrit dans la foulée de l'interprétation téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles. *Health Services* s'inscrit dans la lignée d'arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs. Il reconnaît comme eux que l'al. 2d) confère un droit individuel. Il reconnaît aussi, comme eux, que l'al. 2d) peut à bon droit imposer une protection législative de l'activité collective pour assurer l'exercice véritable du droit individuel. La déférence envers le Parlement et les législatures préconisée dans *Health Services* se situe également dans le droit fil de la jurisprudence générale de notre Cour. Il faut maintenir une attitude de déférence au moment de déterminer si un régime législatif satisfait aux exigences de la *Charte* établies par les tribunaux. L'inapplicabilité de *Health Services* n'est pas établie. Rien ne démontre concrètement que les principes dégagés dans *Dunmore* et *Health Services* seraient inapplicables ou qu'ils auraient entraîné des résultats inadmissibles. Il est prématuré de conclure à l'inapplicabilité pratique de l'arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans.

Le législateur ontarien n'est pas obligé d'accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association. En l'espèce, la Cour d'appel surestime la portée du droit protégé à l'al. 2d). La reconnaissance du droit de négociation collective n'est pas la consécration d'un type particulier de système de négociation collective, comme le modèle Wagner qui prédomine au Canada. L'alinéa 2d) protège le droit de s'associer afin de réaliser des objectifs collectifs. La loi ou la mesure de l'État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs collectifs a pour effet de restreindre la liberté d'association en la privant de sens. C'est dans ce sens dérivé que l'al. 2d) protège le droit de négociation collective. La Constitution n'exige pas que les législateurs, dans

set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements. What is protected is associational activity, not a particular process or result.

Farm workers in Ontario are entitled to meaningful processes by which they can pursue workplace goals. The right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith is a derivative right under s. 2(d) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association. The *AEPA* provides a process that satisfies this constitutional requirement. Under the *AEPA*, the right of employees' associations to make representations to their employers is set out in s. 5 and provides that the employer shall listen to oral representations, and read written representations, and acknowledge having read them.

The *AEPA* does not expressly refer to a requirement that the employer consider employee representations in good faith; however, by implication, it includes such a requirement. Any ambiguity in s. 5 should be resolved by interpreting it as imposing a duty on agricultural employers to consider employee representations in good faith, as a statute should be interpreted in a way that gives meaning and purpose to its provisions and Parliament and legislatures are presumed to intend to comply with the *Charter*. There can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations. No labour relations purpose is served merely by *pro forma* listening or reading. To fulfill the purpose of reading or listening, the employer must consider the submission. Moreover, the employer must do so in good faith: consideration with a closed mind would render listening or reading the submission pointless. Comments made in the legislature during the debate on this legislation that the *AEPA* was not intended to extend collective bargaining to agricultural workers may be understood as an affirmation that the Act did not institute the dominant Wagner model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the *LRA*, not that the *AEPA* intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants. The *AEPA* does not breach s. 2(d) of the *Charter*.

tous les cas et pour tous les secteurs d'activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail qui imposerait l'obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. C'est l'activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier.

Les travailleurs agricoles de l'Ontario ont droit à un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail. Le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi est dérivé de la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et il est nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association. La *LPEA* prévoit un processus qui satisfait à cette exigence constitutionnelle. Dans la *LPEA*, le droit d'une association d'employés de formuler des observations à l'intention de l'employeur est prévu à l'art. 5, qui dispose que l'employeur écoute les observations présentées oralement et lit celles formulées par écrit, puis informe l'association qu'il les a lues.

La *LPEA* n'exige pas expressément de l'employeur qu'il examine de bonne foi les revendications de ses employés; toutefois, l'obligation lui en est faite implicitement. Il faut résoudre toute ambiguïté du libellé de l'art. 5 en tenant pour acquis qu'il oblige l'employeur agricole à examiner de bonne foi les observations de ses employés, étant donné qu'une loi doit s'interpréter de manière que ses dispositions aient un sens et un objet et que le Parlement et les législatures sont présumés vouloir respecter la *Charte*. Une seule explication peut être trouvée à l'obligation imposée à l'employeur d'écouter ou de lire les observations présentées par les employés : s'assurer que l'employeur considère effectivement ces observations. Une simple obligation d'écoute ou de lecture passive ne permettra pas de réaliser cet objectif. Pour s'acquitter de son obligation, l'employeur doit examiner les observations. De plus, il doit le faire de bonne foi : une attitude fermée rend l'examen sans objet. On peut déduire des commentaires qui ont été présentés à l'Assemblée législative au cours des débats sur la *LPEA* et qui précisaient qu'elle ne vise pas l'application de la négociation collective aux travailleurs agricoles, que la *LPEA* n'instaure pas le modèle Wagner, prédominant en matière de négociation collective, et ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. Ils ne signifient pas que la *LPEA* voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l'al. 2d). La *LPEA* ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

Section 5 of the *AEPA*, correctly interpreted, protects not only the right of employees to make submissions to employers on workplace matters, but also the right to have those submissions considered in good faith by the employer. It follows that s. 5 of the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*. The *AEPA* contemplates a meaningful exercise of the right of association, and provides a tribunal for the resolution of disputes. Section 11 of the *AEPA* specifically empowers the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal to make a determination that there has been a contravention of the Act, and to grant an order or remedy with respect to that contravention. The Tribunal may be expected to interpret its powers, in accordance with its mandate, purposively, in an effective and meaningful way. Labour tribunals enjoy substantial latitude when applying their constituent statutes to the facts of a given case.

It is unnecessary to consider the s. 1 arguments. The s. 15 discrimination claim, like the s. 2(d) claim, cannot succeed. It is clear that the regime established by the *AEPA* does not provide all the protections that the *LRA* extends to many other workers. However, a formal legislative distinction does not establish discrimination under s. 15. What s. 15 contemplates is substantive discrimination that impacts on individuals stereotypically or in ways that reinforce existing prejudice and disadvantage. The *AEPA* provides a special labour regime for agricultural workers. However, on the record, it has not been established that the regime utilizes unfair stereotypes or perpetuates existing prejudice and disadvantage. Until the regime established by the *AEPA* is tested, it cannot be known whether it inappropriately disadvantages farm workers. The claim is premature.

*Per* Charron and Rothstein JJ.: Section 2(d) protects the liberty of individuals to associate and engage in associational activities. It protects the freedom of workers to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to their employers. It does not protect a right to collective bargaining nor does it impose duties on others, such as the duty to bargain in good faith on employers. To the extent that *Health Services* constitutionalized collective bargaining, it was not correctly decided. It should be overturned thus disposing of the constitutional challenge in this case.

This Court may overrule its own precedents, but it should only do so where there are compelling reasons. The question in every case involves a balancing: Do the

L'article 5 de la *LPEA*, s'il est correctement interprété, protège non seulement le droit des employés de présenter à l'employeur des observations relatives au travail, mais aussi celui de les voir prises en considération de bonne foi par l'employeur. L'article 5 de la *LPEA* ne contrevient donc pas à l'al. 2d) de la *Charte*. La *LPEA* a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle prévoit un tribunal pour le règlement des différends. L'article 11 de la *LPEA* habilite expressément le Tribunal d'appel de l'agriculture, de l'alimentation et des affaires rurales à déterminer s'il y a eu infraction à la Loi et à rendre des ordonnances réparatrices. De plus, on peut s'attendre à ce que, conformément à son mandat, le Tribunal interprète téléologiquement ses pouvoirs de façon qu'ils soient efficaces et utiles. Les tribunaux du travail jouissent d'une grande latitude pour appliquer leur loi constitutive aux faits particuliers des affaires dont ils sont saisis.

Il n'y a pas lieu d'examiner les prétentions relatives à l'article premier. À l'instar de la demande fondée sur l'al. 2d), le moyen alléguant la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* ne peut être accueilli. Certes, le régime créé par la *LPEA* ne confère pas toutes les protections que la *LRT* offre à de nombreux autres travailleurs. Toutefois, une distinction législative formelle ne permet pas d'établir la discrimination visée à l'art. 15, à savoir la discrimination réelle qui, en raison de l'application de stéréotypes, a des incidences sur des individus ou a pour effet de renforcer des préjugés ou des désavantages existants. La *LPEA* crée un régime de relations du travail spécialement pour les travailleurs agricoles. Cependant, le dossier n'établit pas que le régime repose sur des stéréotypes inéquitables ou qu'il perpétue des préjugés ou des désavantages existants. Tant qu'il n'a pas été mis à l'épreuve, on ne peut savoir si le régime de la *LPEA* défavorise indûment les travailleurs agricoles. Le recours demeure prématuré.

*Les juges Charron et Rothstein* : L'alinéa 2d) protège la liberté des individus de s'associer et d'exercer des activités associatives. Il protège la liberté des travailleurs de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur. Il ne protège pas le droit à la négociation collective ni n'impose d'obligations à autrui, comme celle de négocier de bonne foi qui incomberait à l'employeur. Dans la mesure où elle constitutionnalise la négociation collective, la décision dans l'affaire *Health Services* est erronée. Il faut rompre avec cet arrêt, ce qui permettrait de résoudre le litige constitutionnel en l'espèce.

Notre Cour peut écarter ses propres précédents, mais ne devrait le faire que si des raisons impérieuses le justifient. La question qui se pose chaque fois appelle

reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong? In this case, compelling reasons exist for overturning *Health Services*: the error in *Health Services* concerns a question of constitutional law and is not susceptible to being corrected in a lasting way by the legislative branch; *Health Services* strayed significantly from other sound precedents, including *Dunmore*, with respect to the purpose of *Charter* protection for freedom of association; the constitutionalization of collective bargaining, as envisaged in *Health Services*, is not workable without other elements of modern labour legislation in place; and there has been intense academic criticism of *Health Services*.

*Health Services* was an express break with prior decisions of this Court on s. 2(d), including *Dunmore*. This break came when the majority of the Court found that s. 2(d) required that government legislate to facilitate collective goals which an association was formed to pursue, rather than protecting the freedom of association itself. In *Dunmore*, the requirement that government provide legislation to protect workers was anchored in the proposition that certain workers could not associate without government intervention. The majority in *Health Services* focussed on the goals of an association and the enhancement of those goals, rather than the ability of the claimants to associate (which they already had done). An application of the actual holding in *Dunmore* would have asked only if the government substantially interfered with the ability to associate.

*Health Services* erred in concluding that s. 2(d) protects collective bargaining and obliges parties to bargain in good faith for five reasons. First, *Health Services* departed from sound principles established in this Court's precedents on the nature and scope of s. 2(d). The purpose of s. 2(d) is to protect individuals rather than groups *per se*. *Health Services* reinterpreted an individual freedom as giving rise to collective rights with no individual rights foundation. This reinterpretation of the scope of s. 2(d) was a departure from previous jurisprudence that is not justified by the purpose of the *Charter* guarantee.

Second, s. 2(d) protects freedoms not rights. According to *Health Services*, if s. 2(d) protected only the ability of workers to make collective representations

une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d'un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l'emportent-ils sur la nécessité d'écarter un précédent dont le caractère erroné le justifie? C'est le cas en l'espèce : l'erreur commise dans *Health Services* touche une question de droit constitutionnel et n'est pas susceptible d'être corrigée de façon durable par le législateur. *Health Services* s'écarte sensiblement de bonnes décisions, dont *Dunmore*, concernant l'objet de la protection constitutionnelle de la liberté d'association; la protection constitutionnelle de la négociation collective au sens où l'entend notre Cour dans l'arrêt *Health Services* ne peut s'appliquer indépendamment d'autres éléments de la législation moderne du travail; les auteurs critiquent vivement l'arrêt *Health Services*.

L'arrêt *Health Services* constituait une rupture expresse d'avec les décisions antérieures de la Cour sur l'al. 2d), notamment *Dunmore*. Cette rupture est survenue lorsque les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que l'al. 2d) obligeait le gouvernement à légiférer pour faciliter la réalisation des objectifs communs que visait la formation d'une association, plutôt que pour protéger la liberté d'association elle-même. Dans *Dunmore*, la nécessité pour le gouvernement de protéger les travailleurs par une loi découlait de la prémisse que certains travailleurs ne pouvaient pas s'associer sans une intervention gouvernementale. Dans *Health Services*, les juges majoritaires ont insisté sur les objectifs d'une association et la valorisation de ces objectifs, plutôt que sur la capacité des demandeurs de s'associer (ce qu'ils avaient déjà fait). En appliquant la véritable conclusion de l'arrêt *Dunmore*, la Cour aurait décidé uniquement si le gouvernement entravait de façon substantielle la capacité de s'associer.

Dans *Health Services*, la formation majoritaire de la Cour conclut à tort que l'al. 2d) protège la négociation collective et oblige les parties à négocier de bonne foi, et ce, pour cinq raisons. Premièrement, l'arrêt *Health Services* rompt avec les principes valables établis dans les décisions antérieures de la Cour sur la nature et la portée de l'al. 2d). L'alinéa 2d) vise à protéger les individus et non les groupements comme tels. Dans *Health Services*, les juges majoritaires réinterprètent une liberté individuelle et concluent qu'elle fait naître des droits collectifs sans assise individuelle. Sa nouvelle interprétation de la portée de l'al. 2d) constitue un abandon de la jurisprudence antérieure qui n'est pas justifié par l'objet de la garantie constitutionnelle.

Deuxièmement, l'al. 2d) protège des libertés, et non des droits. Suivant l'arrêt *Health Services*, si l'al. 2d) protégeait uniquement la possibilité pour les

and did not impose a duty on the employer to bargain in good faith, it would fail to protect the right to collective bargaining. This proposition transformed s. 2(d) from a freedom into a positive right by imposing an obligation to act on third parties (i.e. the employer). A right to collective bargaining is also not derivative of a freedom — it is a standalone right created by the Court, not by the *Charter*. A derivative right is one that is necessary to allow individuals to exercise a fundamental freedom. No individual employee has a right to require an employer to meet and make a reasonable effort to arrive at an acceptable employment contract. To grant a right to collective bargaining under s. 2(d) purportedly as derivative of the freedom of association is not consistent with the approach taken by this Court in its derivative rights jurisprudence in relation to the *Charter*.

Third, s. 2(d) does not empower the Court to privilege certain associations over others. The Court's earlier cases did exhibit a content-neutral approach to freedom of association in the sense that they did not claim to privilege particular associations. *Health Services* erred in saying that these approaches were not purposive. *Health Services* suggested that a "generic" approach to defining freedom of association is inappropriate because different groups must have different freedoms. However, the context that is relevant to a purposive interpretation of *Charter* freedoms is not the context of the individuals who happen to be exercising that freedom in a given case. Rather, a purposive interpretation of s. 2(d) requires that one place freedom of association in its linguistic, philosophic and historical contexts. The origins of the concept, the words used to describe it, and the philosophical principles on which it relies will define the scope of s. 2(d) protection. The extent of that protection should not change depending on who is exercising their s. 2(d) rights. The protection of fundamental freedoms should not involve the Court adjudicating the relative values of the way in which individuals exercise those freedoms. Just as this Court has not adjudicated the relative value of a religion or its tenets under s. 2(a) or assessed the relative value or content of a given exercise of freedom of expression under s. 2(b), so too should this Court not privilege some associations over others under s. 2(d).

Fourth, s. 2(d) does not afford constitutional protection to contracts. Although *Health Services* purported to constitutionalize the process of collective bargaining rather than its fruits, it in fact granted constitutional

travailleurs de présenter des revendications collectives et n'obligeait pas l'employeur à négocier de bonne foi, il ne protégerait pas le droit à la négociation collective. En imposant à un tiers (l'employeur) une obligation, cette proposition fait de la liberté garantie à l'al. 2d) un droit positif. Le droit à la négociation collective n'est pas un droit dérivé d'une liberté — il s'agit d'un droit autonome créé par la Cour, et non par la *Charte*. Un droit dérivé n'existe que s'il est nécessaire pour l'exercice d'une liberté fondamentale. Un employé individuel n'a pas le droit d'obliger son employeur à le rencontrer et à faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat de travail acceptable. Reconnaître le droit à la négociation collective sur le fondement de l'al. 2d) au motif qu'il dériverait de la liberté d'association est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits dérivés de libertés garanties par la *Charte*.

Troisièmement, l'al. 2d) n'autorise pas la Cour à favoriser certaines associations. Dans les décisions antérieures, la Cour interprète la liberté d'association de manière neutre quant à sa nature en ce qu'elle ne favorise pas d'associations en particulier. Dans *Health Services*, elle affirme à tort que cette démarche n'est pas téléologique. Les juges majoritaires dans *Health Services* laissent entendre qu'il ne convient pas d'interpréter la liberté d'association de manière « générale », car des groupes différents doivent avoir des libertés différentes. Cependant, le contexte pertinent pour l'interprétation téléologique d'une liberté garantie par la *Charte* ne correspond pas à celui dans lequel des individus exercent cette liberté dans un cas donné. L'interprétation téléologique de l'al. 2d) exige plutôt que l'on situe la liberté d'association dans ses contextes linguistique, philosophique et historique. Les origines du concept, les termes utilisés pour le définir et les principes philosophiques sur lesquels il repose circonscrivent la protection qu'offre l'al. 2d). L'étendue de cette protection ne devrait pas varier en fonction de celui qui exerce ses droits. En matière de protection des libertés fondamentales, la Cour doit se garder d'attribuer une valeur relative à la manière dont un individu exerce une liberté. Comme elle s'abstient de se prononcer sur la valeur relative d'une religion ou de ses préceptes pour l'application de l'al. 2a) et de déterminer la valeur relative ou la teneur d'un exercice donné de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b), elle ne doit pas favoriser un type d'association plutôt qu'un autre pour l'application de l'al. 2d).

Quatrièmement, l'al. 2d) ne confère pas de protection constitutionnelle aux contrats. La formation majoritaire dans *Health Services* dit constitutionnaliser le processus de la négociation collective, et non ses



protection to the collective agreements on the basis that they were the fruits of that process.

Fifth, s. 2(d) should be interpreted in such a way as to afford deference to the legislative branch in the field of labour relations. *Health Services* erred in removing decision-making power on this question from Parliament and the provincial legislatures. While the courts are responsible for safeguarding the ability of individuals to do collectively that which they have the right to do as individuals, the judiciary is ill-equipped to engage in fine adjustments to the balance of power between labour and management in the labour relations context.

Moreover, the reasons advanced in *Health Services* for extending protection to collective bargaining under s. 2(d) — Canadian labour history, Canada's international obligations, and *Charter* values — do not support conferring a constitutional right to collective bargaining and imposing a duty on employers to engage in collective bargaining.

The argument that a right to collective bargaining which includes a duty on employers to bargain in good faith is a pre-statutory feature of Canadian labour law, made in *Health Services*, contradicts established accounts of the history of labour relations in Canada and has recently been the subject of intense academic criticism. While the duty to bargain in good faith may be a fundamental precept of the Wagner model of collective bargaining, it is not a fundamental precept of collective bargaining as it was understood before the introduction of the *Wagner Act* or as it is still understood today in many parts of the world.

Nor does international law support constitutionalizing collective bargaining rights. In *Health Services*, the majority relied on the proposition that collective bargaining is an integral component of the freedom of association under international law. The majority relied in particular on ILO Convention No. 87. In doing so, it committed two errors. While Canada has ratified ILO Convention No. 87, that Convention deals only with freedom of association and does not at any point specifically discuss collective bargaining. The majority also conflated two distinct ILO Conventions by citing Convention No. 87 but using words from Convention No. 98. Canada has not ratified Convention No. 98 and has no obligations under that Convention. Even if Convention No. 98 were applicable to Canada, *Health Services* would still have erred in relying on that Convention to constitutionalize a version of collective

fruits, mais dans les faits, cet arrêt confère une protection constitutionnelle aux conventions collectives parce qu'elles sont issues de ce processus.

Cinquièmement, dans le domaine des relations du travail, l'al. 2d) commande une interprétation déférente à l'endroit du législateur. Dans *Health Services*, la formation majoritaire a eu tort de dépouiller le Parlement et les législatures provinciales de leur pouvoir décisionnel en la matière. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de protéger la faculté des individus de faire collectivement ce qu'ils ont le droit de faire individuellement, ils ne sont pas en mesure d'apporter de subtils réglages à l'équilibre des rapports de force entre syndicats et patronat en matière de relations du travail.

En outre, les motifs invoqués dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection de l'al. 2d) — l'histoire des relations du travail au Canada, les obligations internationales du pays et les valeurs consacrées par la *Charte* — ne justifient ni la constitutionnalisation du droit à la négociation collective ni l'obligation des employeurs d'y participer.

La thèse avancée dans *Health Services* selon laquelle le droit à la négociation collective, qui oblige l'employeur à négocier de bonne foi, caractérisait le droit canadien du travail avant l'adoption de lois en la matière contredit des versions établies de l'histoire des relations du travail au Canada et elle a récemment fait l'objet de vives critiques de la part d'auteurs. Bien qu'elle puisse constituer le précepte fondamental de la négociation collective suivant le modèle Wagner, l'obligation de négocier de bonne foi n'est pas un précepte fondamental de la négociation collective au sens où on l'entendait avant l'adoption de la *Loi Wagner* ni au sens où on l'entend encore de nos jours dans de nombreuses parties du monde.

Le droit international n'appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement. Selon une proposition formulée par la formation majoritaire dans *Health Services*, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d'association reconnue en droit international. La majorité s'appuie en particulier sur la Convention n° 87 de l'OIT. Ce faisant, elle commet deux erreurs. Le Canada a bien ratifié la Convention n° 87 de l'OIT, mais celle-ci porte sur la liberté d'association sans faire aucunement mention de la négociation collective. En outre, la formation majoritaire confond deux conventions distinctes de l'OIT, car elle se reporte à la Convention n° 87, mais utilise en fait le texte de la Convention n° 98. Or, le Canada n'a pas ratifié la Convention n° 98, de sorte qu'elle ne le soumet à aucune obligation. Même si la Convention n° 98 s'appliquait au Canada, dans *Health Services*, la formation majoritaire

bargaining that includes a duty to bargain in good faith. While Convention No. 98 provides protection for a process of collective bargaining, it conceives of collective bargaining as being a process of “voluntary negotiation” that is fundamentally distinct from the model of collective bargaining incorporated in the Wagner model. Convention No. 98 does not contemplate the imposition of a duty on parties to bargain in good faith.

Nor did invoking *Charter* values in *Health Services* support constitutionalizing collective bargaining rights. *Health Services* maintained that the recognition of a good faith collective bargaining right is consistent with and promotes other *Charter* rights, freedoms and values: namely, human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy. A duty to bargain in good faith may achieve those ends. However, either the *Charter* requires something or it does not. The role of the Court is to determine what the *Charter* requires and what it does not and then apply the requirements it finds to the case before it. It is not to simply promote, as much as possible, values that some subjectively think underpin the *Charter* in a general sense. As s. 2(d) is silent on questions of economic and social policy, this Court may not intervene on such matters in the absence of a legislative or constitutional grant of authority.

Finally, the majority’s approach to collective bargaining in particular and s. 2(d) in general articulated in *Health Services* is unworkable. It extends constitutional protection to the duty to bargain in good faith without importing other aspects of the Wagner framework and by purporting to protect the process of collective bargaining without also protecting its fruits, neither of which is tenable. For a duty to bargain in good faith not to be an illusory benefit, there must be both a way of dealing with bargaining impasses as well as an effective remedy for persistent breaches of a duty to bargain in good faith. The first requires that there be some default mechanism for resolving the dispute in case an impasse is reached — such as striking or binding arbitration — while the second may require, in extreme circumstances, the imposition by an arbitrator of particular terms of a collective agreement. Each of these goes well beyond protection of a mere process and results in the protection of a particular substantive outcome. The majority’s inability to separate substance and process, and the consequent constitutionalization of collective bargaining terms demonstrates the unworkability of the

aurait tout de même tort de s’appuyer sur elle pour constitutionnaliser la négociation collective entendue au sens où l’employeur est tenu de négocier de bonne foi. Bien que la Convention n° 98 protège le processus de négociation collective, elle y voit un processus « volontaire » fondamentalement distinct de celui que prévoit le modèle Wagner. La Convention n° 98 n’oblige pas les parties à négocier de bonne foi.

Le fait que des valeurs consacrées par la *Charte* aient été invoquées dans *Health Services* n’a pas pour effet d’appuyer la constitutionnalisation du droit à la négociation collective. Selon la formation majoritaire dans *Health Services*, la reconnaissance du droit à la négociation collective de bonne foi s’intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*, à savoir la dignité humaine, l’égalité, la liberté, le respect de l’autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie. L’obligation de négocier de bonne foi peut certes permettre d’atteindre ces objectifs, mais ou bien la *Charte* exige une chose, ou bien elle ne l’exige pas. Le rôle de la Cour est de déterminer ce que la *Charte* exige ou pas et d’appliquer ensuite les exigences, s’il en est, aux faits dont elle est saisie. Il ne s’agit pas simplement de promouvoir, autant que faire se peut, les valeurs perçues subjectivement par certains comme les assises de la *Charte* en général. Comme l’al. 2d) ne prévoit rien au sujet de la politique économique et sociale, notre Cour ne peut s’immiscer dans ce domaine lorsque ni la loi ni la Constitution ne l’y autorisent.

Finalement, dans *Health Services*, l’interprétation par la majorité des juges de la négociation collective en particulier et de l’al. 2d) en général est inapplicable en pratique. La formation majoritaire accorde la protection constitutionnelle à l’obligation de négocier de bonne foi sans inclure d’autres volets du modèle Wagner et elle entend protéger le processus de négociation collective sans protéger aussi ses fruits; l’un et l’autre sont indéfendables. Pour que l’obligation de négocier de bonne foi ne confère pas seulement un avantage illusoire, il faut à la fois un mécanisme pour sortir les négociations de l’impasse et une réparation en cas de manquements répétés à cette obligation. Ainsi, un mécanisme doit s’appliquer automatiquement pour mettre fin à une impasse — comme la grève ou l’arbitrage exécutoire. Également, dans les cas extrêmes de manquements, un arbitre pourra imposer l’inclusion de conditions précises dans la convention collective. Chacun de ces éléments va bien au-delà du seul processus et aboutit à la protection d’une issue concrète particulière. L’incapacité de la majorité à dissocier substance et processus, et la constitutionnalisation qui s’ensuit de conditions de la

distinction between substance and process asserted in *Health Services*.

The *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*. By enacting the *AEPA*, the legislature precisely addressed this Court's ruling in *Dunmore*. The text, context and purpose of the *AEPA* clearly demonstrate that the legislature intentionally opted not to include a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations. Section 5 of the *AEPA* cannot be read as imposing a duty to bargain in good faith. The words of s. 5 are unambiguous: they provide employee associations the opportunity to make representations to an employer. The only obligation on an employer is to provide the employee association with the opportunity to make representations and to listen if they are oral or read and acknowledge them if they are written. To find otherwise, would be to ignore the grammatical and ordinary meaning of the words, and the purpose of the *AEPA*, and would create ambiguity where none exists. Moreover, nothing in the explicit purpose in s. 1 of the *AEPA* or the clear words of the Minister who introduced the *AEPA* support the view that agricultural employees have a right to require agricultural employers to engage in collective bargaining.

As for the issues under s. 15, the category of agricultural worker does not rise to the level of an immutable (or constructively immutable) personal characteristic of the sort that would merit protection against discrimination under s. 15.

*Per Deschamps J.*: The holding in *Health Services* does not have the broad scope being attributed to it by the majority in the case at bar. The issue here is not, whether the *AEPA* provides a process that satisfies the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith. The duty to act in good faith is part and parcel of a web of statutory components. It should not be found to be a constitutional requirement in the instant case. The expanded definition of freedom of association that resulted from *Health Services* has no bearing on the protection the Ontario legislature must provide to agricultural workers.

The effect of *Health Services* is that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. This delineation of the scope of freedom of association does not entail a more expansive protection than the legislative framework mandated by

négociation collective font ressortir l'inapplicabilité pratique de la distinction entre la substance et le processus établie dans l'arrêt *Health Services*.

La *LPEA* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*. La *LPEA* donne précisément suite à l'arrêt *Dunmore*. Il ressort du texte, du contexte et de l'objet de cette loi que le législateur a délibérément choisi de ne pas obliger l'employeur à négocier avec une association d'employés. L'interprétation de l'art. 5 de la *LPEA* ne permet pas de conclure qu'il impose une obligation de négocier de bonne foi. Le libellé de l'art. 5 ne comporte aucune ambiguïté : il donne à une association d'employés l'occasion de présenter ses observations à l'employeur. Ce dernier est uniquement contraint à donner à l'association d'employés l'occasion de présenter des observations et à les écouter lorsqu'elles sont présentées oralement ou à les lire et à informer l'association qu'il les a lues lorsqu'elles sont présentées par écrit. Affirmer le contraire revient à faire fi du sens ordinaire et grammatical des mots et de l'objet de la *LPEA* et à créer de toutes pièces de l'ambiguïté. Qui plus est, rien dans l'objet énoncé à l'article premier de la *LPEA* ni dans les propos de la ministre ayant présenté la *LPEA* ne permet de conclure que des employés agricoles peuvent exiger de leur employeur qu'il négocie avec eux collectivement.

Quant aux arguments relatifs à l'art. 15, la fonction de travailleur agricole ne confère pas une caractéristique personnelle immuable (ou considérée comme immuable) justifiant la protection contre la discrimination garantie à l'art. 15.

*La juge Deschamps* : La décision rendue dans *Health Services* n'a pas la vaste portée que lui attribuent les juges majoritaires en l'espèce. Le litige ne réside pas dans la question de savoir si la *LPEA* prévoit un processus qui respecte le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi. Si l'obligation d'agir de bonne foi s'inscrit dans un faisceau de dispositions législatives, il ne saurait être question en l'espèce de la tenir pour constitutionnelle. L'élargissement de la définition de liberté d'association résultant des conclusions prononcées dans *Health Services* n'a aucune incidence sur la protection que le législateur ontarien doit accorder aux employés agricoles.

Suivant l'arrêt *Health Services*, la liberté d'association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d'agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d'emploi. Définie de la sorte, la liberté d'association ne nécessite pas une protection plus grande que celle prévue par le cadre législatif dont la Cour ordonne

*Dunmore* for the agricultural workers. The *AEPA* complies with this Court's conclusion in *Dunmore* and it complies with the *Charter*.

Even though labour law provides tools that help reduce economic inequality, not all aspects of labour law are protected by the *Charter*. Economic equality is not an "equality right" for the purposes of s. 15 of the *Charter*. *Dunmore* was based on the notion that the *Charter* does not ordinarily oblige the government to take action to facilitate the exercise of a fundamental freedom. Recognition was given to the dichotomy between positive and negative rights. To get around the general rule, a framework was established for cases in which the vulnerability of a group justified resorting to government support.

To redress economic inequality, it would be more faithful to the design of the *Charter* to open the door to the recognition of more analogous grounds under s. 15. Each *Charter* protection should not be interpreted in a formalistic manner. Rather, if the law needs to move away from *Dunmore*'s distinction between positive and negative rights, this should not be accomplished by conflating freedom of association with the right to equality or any other *Charter* right that may be asserted by a litigant. An analysis based on principles grounding the protection of rights and freedoms offers a better prospect of judicial consistency than one based on the more amorphous notion of "Canadian values".

*Per* Abella J. (dissenting): The *AEPA* violates s. 2(d) of the *Charter* because it does not protect, and was never intended to protect, collective bargaining rights. The *AEPA*, enacted in 2002, was the government's good faith implementation of this Court's 2001 decision in *Dunmore*, which defined the scope of s. 2(d) as being the right to organize and make representations. *Health Services*, decided in 2007, expanded that scope to include protection for a process of collective bargaining, including the duty to consult and negotiate in good faith. The applicable legal principles are therefore those set out in *Health Services* and the *AEPA* must be assessed against the revised constitutional standard.

The *AEPA* has virtually no language that indicates protection for a process of collective bargaining. It requires only that an employer "listen" if representations are made orally, or, if made in writing, "acknowledge" that the representations have been read. No response, discussions, or negotiations are required. Moreover, when the legislation was introduced, the government's intention to exclude any protection for collective bargaining rights from the legislation was unequivocally expressed by the Minister of Agriculture

l'adoption dans l'arrêt *Dunmore* pour régir les employés agricoles. La *LPEA* respecte les principes énoncés dans l'arrêt *Dunmore* et est conforme à la *Charte*.

Même si le droit du travail offre des outils qui contribuent à atténuer la disparité des revenus, tous ses aspects ne bénéficient pas de la protection de la *Charte*. L'égalité économique ne constitue pas l'un des « droits à l'égalité » garantis à l'art. 15 de la *Charte*. L'arrêt *Dunmore* est fondé sur le principe voulant que, généralement, la *Charte* n'oblige pas l'État à agir pour faciliter l'exercice d'une liberté fondamentale. La dichotomie droits positifs/droits négatifs y est reconnue. Pour contourner la règle générale, une grille d'analyse a été établie pour les cas où la vulnérabilité d'un groupe justifierait le recours à un soutien étatique.

Pour remédier à une inégalité économique, il serait plus conforme à la structure de la *Charte* de reconnaître de nouveaux motifs analogues à ceux énumérés à l'art. 15. Il ne faut pas interpréter de manière formaliste chacune des garanties de la *Charte*. S'il est nécessaire de s'éloigner de la distinction entre droits positifs et droits négatifs utilisée dans *Dunmore*, il ne faudrait pas pour autant confondre droit à l'égalité et liberté d'association, ou tout autre droit protégé par la *Charte* susceptible d'être invoqué par une partie à un litige. L'analyse prenant appui sur les principes qui structurent la protection des droits et des libertés permet plus de cohérence judiciaire que celle qui repose sur la notion floue de « valeurs canadiennes ».

*La juge* Abella (dissidente) : La *LPEA* contrevient à l'al. 2d) de la *Charte* car elle ne protège pas les droits de négociation collective, et n'a jamais eu pour objet de les protéger. Le gouvernement a édicté la *LPEA* de bonne foi, en 2002, pour donner suite à l'arrêt *Dunmore*, rendu en 2001, dans lequel la Cour avait statué que l'al. 2d) protégeait le droit de s'organiser et de présenter des observations. En 2007, l'arrêt *Health Services* a étendu cette protection au processus de négociation collective, qui inclut notamment l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Les principes de droit applicables sont par conséquent ceux qui ont été établis dans *Health Services* et la validité de la *LPEA* doit être examinée en fonction de cette norme constitutionnelle redéfinie.

Le libellé de la *LPEA* est pratiquement dépourvu de termes susceptibles de traduire une protection quelconque conférée au processus de négociation collective. Cette loi oblige seulement l'employeur à « écouter » les observations présentées oralement ou à « informer » l'association d'employés qu'il a lu celles qui lui ont été présentées par écrit. Elle n'exige de sa part aucune réponse, discussion ou négociation. En outre, lors du dépôt du projet de loi, la ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation a exprimé on ne peut plus clairement l'intention

and Food. This clarity of statutory language and legislative intent cannot be converted by the interpretive process into a completely different scheme.

For agricultural workers, the meaningful exercise of the right to collective bargaining requires two additional components. The first is a statutory enforcement mechanism with a mandate to resolve bargaining disputes. Since it is not a contravention of the *AEPA* to refuse to engage in a good faith process to make reasonable efforts to arrive at a collective agreement, the Tribunal is without jurisdiction to grant a remedy for any violations of s. 2(d) rights. The second essential element is a requirement that the employer bargain only with the representative selected by a majority of the employees in the bargaining unit. This concept, known as majoritarian exclusivity, has been a central and defining principle of labour relations in Canada since 1944. Given the singular employment disadvantage of agricultural workers, the absence of statutory protection for exclusivity effectively nullifies the ability of agricultural workers to have a unified and therefore more cogent voice in attempting to mitigate and ameliorate their working conditions.

The absence of these statutory protections cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The objectives of the rights limitation — the failure to provide agricultural workers with the necessary statutory protections to exercise the right to bargain collectively — were to protect the family farm and farm production/viability. The minimal impairment branch of the *Oakes* test is determinative in this case. The complete absence of any statutory protection for a process of collective bargaining in the *AEPA* cannot be said to be minimally impairing of the s. 2(d) right. The rights limitation is not even remotely tailored to either government objective; it is, in fact, not tailored at all. Preventing all agricultural workers from access to a process of collective bargaining in order to protect family farms, no matter their size or nature of the agricultural enterprise, harms the s. 2(d) right in its entirety, not minimally. It is worth noting too that all provinces except Alberta give agricultural workers the same collective bargaining rights as other employees. There is no evidence that this has harmed the economic viability of farming in those provinces, or that the nature of farming in Ontario uniquely justifies a severely restrictive rights approach.

du gouvernement d'exclure toute protection des droits de négociation collective. Le processus d'interprétation ne saurait transformer le libellé clair du texte législatif et l'intention du législateur en un régime complètement différent.

L'exercice véritable du droit à la négociation collective par les travailleurs agricoles suppose deux autres composantes. D'une part, il doit exister une voie de droit prévue par la loi pour la résolution des différends. Le refus de participer de bonne foi à un processus de négociation et de faire des efforts raisonnables pour arriver à une convention collective ne constituant pas une contravention à la *LPEA*, le Tribunal n'est pas compétent pour ordonner une réparation en cas de violation des droits que garantit l'al. 2d). D'autre part, l'employeur doit négocier uniquement avec le représentant choisi par la majorité des employés de l'unité de négociation. Ce concept du monopole syndical conféré par un vote majoritaire est un principe déterminant et d'importance capitale dans les relations du travail au Canada depuis 1944. Compte tenu de la situation professionnelle particulière désavantageuse des travailleurs agricoles, l'absence de reconnaissance légale du monopole syndical a pour effet de les priver de la capacité d'avoir une voix unie et puissante pour tenter d'alléger et d'améliorer leurs conditions de travail.

L'absence de ces protections dans la loi n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de cette limitation des droits — c.-à-d. du fait de ne pas accorder aux travailleurs agricoles les protections légales nécessaires à l'exercice de leur droit de négociation collective — étaient de protéger la ferme familiale ainsi que la productivité et la viabilité des exploitations agricoles. Le critère de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes* est déterminant en l'espèce. L'absence dans la loi de toute protection du processus de négociation collective ne peut pas être considérée comme une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2d). Cette restriction n'est pas, ne serait-ce qu'un tant soit peu, adaptée à la réalisation de l'un ou l'autre objectif de l'État; en fait, elle n'est pas adaptée du tout. Priver tous les travailleurs agricoles d'un processus de négociation collective pour protéger les fermes familiales, sans égard à la taille ou à la nature de l'exploitation agricole, porte atteinte au droit garanti par l'al. 2d) dans sa totalité, non minimalement. Il convient de souligner que dans chaque province, sauf en Alberta, les travailleurs agricoles bénéficient des mêmes droits de négociation collective que d'autres employés. Rien ne démontre que cette situation a nui à la viabilité économique des exploitations agricoles dans ces provinces ni que la nature particulière de l'agriculture en Ontario justifie une restriction aussi draconienne.

## Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *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; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483.

By Rothstein J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; **not followed:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995); *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987]

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *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; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483.

Citée par le juge Rothstein

**Arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; **arrêt non suivi :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Adarand Constructors, Inc. c. Pena*, 515 U.S. 200 (1995); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S.

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; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

By Deschamps J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; **discussed:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295.

By Abella J. (dissenting)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *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; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*,

[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; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; **arrêt analysé :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *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; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*,

[1990] 2 S.C.R. 367; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting labour relations, vocational training and workforce management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20.  
*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, ss. 1, 2, 5, 7-11.  
*Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 [rep. 1995, c. 1, s. 80], Preamble, ss. 3, 10, 11.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7-12, 15, 23, 32, 33.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), 52.  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a).  
*Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 7.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21.  
*Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 1.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 2(1).  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 3(b.1), 17.  
*Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 4(2)(e).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§151-169).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 2(1).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2.

### Treaties and Other International Instruments

*Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, Art. 19(5)(e).  
*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organise*, 68 U.N.T.S. 17.  
*Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257, Art. 4.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171.  
*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3.

[1990] 2 R.C.S. 367; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), b), d), 7-12, 15, 23, 32, 33.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, art. 7.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-1, art. 2(1).  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 4(2)(e).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), 52.  
*Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 [abr. 1995, ch. 1, art. 80], préambule, art. 3, 10, 11.  
*Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1.  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1), 17.  
*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, art. 1, 2, 5, 7-11.  
*Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 1.  
*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20.  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 1(5)a).  
*Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée à 29 U.S.C. §§151-169).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 2(1).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 2.

### Traités et autres instruments internationaux

*Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, 15 R.T.N.U. 41, art. 19(5)e).  
*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17.  
*Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257, art. 4.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171.  
*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3.



**Authors Cited**

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2010, release 37).
- Adams, Roy J. “Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services*” (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 85.
- Bandes, Susan. “The Negative Constitution: A Critique” (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271.
- Barak-Ussoskin, Elisheva (Elika). “Collaboration in the Tripartite System: The Right to be Consulted and the Duty to Consult”, in Armin Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, 439.
- Basu, Robin K. “Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications” (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165.
- Beatty, David, and Steven Kennett. “Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1987.
- Brunelle, Christian. “La liberté d’association se porte mieux: un commentaire de l’arrêt *Health Services*”, dans *Conférence des juristes de l’État 2009: XVIII<sup>e</sup> Conférence*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009, 237.
- Cameron, Jamie. “Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.
- Cameron, Jamie. “The Labour Trilogy’s Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297.
- Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. “Labor Law and Industrial Peace: A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model” (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.
- Elliot, Robin. “Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term” (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83.

**Doctrine citée**

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2010, release 37).
- Adams, Roy J. « Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services* » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 85.
- Bandes, Susan. « The Negative Constitution : A Critique » (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271.
- Barak-Ussoskin, Elisheva (Elika). « Collaboration in the Tripartite System : The Right to be Consulted and the Duty to Consult », in Armin Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World : Liber Amicorum Manfred Weiss*. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, 439.
- Basu, Robin K. « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165.
- Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston : McGill-Queen’s University Press, 1987.
- Brunelle, Christian. « La liberté d’association se porte mieux : un commentaire de l’arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l’État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009, 237.
- Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n<sup>o</sup> 330. Cas n<sup>os</sup> 2166, 2173, 2180 et 2196 « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du BIT*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n<sup>o</sup> 1.
- Cameron, Jamie. « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.
- Cameron, Jamie. « The Labour Trilogy’s Last Rites : *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297.
- 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, 1968.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague : Kluwer Law International, 2002.
- Conférence internationale du Travail. Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations. *Liberté syndicale et négociation collective*. Genève : Bureau international du Travail, 1994.

- Etherington, Brian. “The B.C. *Health Services and Support* Decision — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From and Where Will It Lead?” (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715.
- Fudge, Judy. “‘Labour is Not a Commodity’: The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association” (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.
- Fudge, Judy. “The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond” (2008), 37 *Indus. L.J.* 25.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001.
- 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 Otero and Horacio Guido. “ILO principles concerning collective bargaining” (2000), 139 *Intern’l Lab. Rev.* 33.
- Harris, Bruce V. “Final Appellate Courts Overruling Their Own ‘Wrong’ Precedents: The Ongoing Search for Principle” (2002), 118 *L.Q.R.* 408.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
- Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. “Charter Dialogue Revisited — Or ‘Much Ado About Metaphors’” (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- Hutchinson, Allan C., and Andrew Petter. “Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter” (1988), 38 *U.T.L.J.* 278.
- International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. *Freedom of Association and Collective Bargaining*. Geneva: International Labour Office, 1994.
- International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Case 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.
- Langille, Brian. “The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It” (2009), 54 *McGill L.J.* 177.
- Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. « Labor Law and Industrial Peace : A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model » (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.
- Elliot, Robin. « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83.
- Etherington, Brian. « The B.C. *Health Services and Support* Decision — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada : Where Did It Come From and Where Will It Lead? » (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715.
- Fudge, Judy. « “Labour is Not a Commodity” : The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.
- Fudge, Judy. « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively : The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond » (2008), 37 *Indus. L.J.* 25.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law : The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948*. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2001.
- 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 Otero et Horacio Guido. « Les principes de l’OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37.
- Harris, Bruce V. « Final Appellate Courts Overruling Their Own “Wrong” Precedents : The Ongoing Search for Principle » (2002), 118 *L.Q.R.* 408.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
- Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. « Charter Dialogue Revisited — Or “Much Ado About Metaphors” » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*. New York : W. W. Norton & Company, 1999.
- Hutchinson, Allan C., and Andrew Petter. « Private Rights/Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter » (1988), 38 *U.T.L.J.* 278.
- Langille, Brian. « The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177.

- Langille, Brian. “Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model?” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101.
- Langille, Brian A. “Can We Rely on the ILO?” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Laskin, Bora. “Recent Labour Legislation in Canada” (1944), 22 *Can. Bar Rev.* 776.
- Macklem, Patrick. “Developments in Employment Law: The 1990-91 Term” (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 43A, 3rd Sess., 37th Parl., October 16, 2002, p. 2128.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, 3rd Sess., 37th Parl., October 22, 2002, pp. 2339-40.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*. Toronto: The Task Force, 1992.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*. Toronto: The Task Force, 1992.
- Parkes, Debra. “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Summers, Clyde W. “Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a ‘Unique’ American Principle” (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47.
- Tucker, Eric. “The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada” (2008), 61 *Labour* 151.
- Verge, Pierre. “Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d’association: justification et effets” (2009), 50 *C. de D.* 267.
- Verge, Pierre. “L’affirmation constitutionnelle de la liberté d’association: une nouvelle vie pour l’autonomie collective?” (2010), 51 *C. de D.* 353.
- Verge, Pierre. “La Cour suprême, le ‘droit’ à la négociation collective et le ‘droit’ de grève” (2006), 66 *R. du B.* 391.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- Langille, Brian. « Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101.
- Langille, Brian A. « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Laskin, Bora. « Recent Labour Legislation in Canada » (1944), 22 *R. du B. can.* 776.
- Macklem, Patrick. « Developments in Employment Law : The 1990-91 Term » (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, n° 43A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2002, p. 2128.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2002, p. 2339-2340.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*. Toronto : The Task Force, 1992.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*. Toronto : The Task Force, 1992.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Summers, Clyde W. « Exclusive Representation : A Comparative Inquiry into a “Unique” American Principle » (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47.
- Tucker, Eric. « The Constitutional Right to Bargain Collectively : The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada » (2008), 61 *Le Travail* 151.
- Verge, Pierre. « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d’association : justification et effets » (2009), 50 *C. de D.* 267.
- Verge, Pierre. « L’affirmation constitutionnelle de la liberté d’association : une nouvelle vie pour l’autonomie collective? » (2010), 51 *C. de D.* 353.
- Verge, Pierre. « La Cour suprême, le “droit” à la négociation collective et le “droit” de grève » (2006), 66 *R. du B.* 391.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.), 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481, 301 D.L.R. (4th) 335, 182 C.R.R. (2d) 109, 242 O.A.C. 252, 2009 CLLC ¶220-001, [2008] O.J. No. 4543
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt), 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481, 301 D.L.R. (4th) 335, 182 C.R.R. (2d) 109, 242 O.A.C. 252, 2009 CLLC ¶220-001, [2008] O.J. No.

(QL), 2008 CarswellOnt 6726, setting aside a decision of Farley J. (2006), 79 O.R. (3d) 219, 263 D.L.R. (4th) 425, 137 C.R.R. (2d) 123, 2006 CLLC ¶220-009, [2006] O.J. No. 45 (QL), 2006 CarswellOnt 55. Appeal allowed and action dismissed, Abella J. dissenting.

*Robin K. Basu and Shannon M. Chace*, for the appellant.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday*, for the respondents.

*Anne M. Turley*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Michel Déom and Geneviève Lessard*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gaétan Migneault and Michelle Brun-Coughlan*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Neena Sharma*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

*John D. R. Craig and Jodi Gallagher*, for the intervener the Ontario Federation of Agriculture.

*Roy L. Heenan and Thomas Brady*, for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications.

*Robert Dupont, Pascale Gauthier and Jean H. Lafleur*, for the intervener Conseil du patronat du Québec Inc.

*Brad Elberg and Kelly Henriques*, for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund.

*Augustus G. Lilly, Q.C.*, and *Stephen F. Penney*, for the intervener the Canadian Employers Council.

*Peter A. Gall, Q.C.*, *Donald R. Munroe, Q.C.*, and *Andrea L. Zwack*, for the interveners

4543 (QL), 2008 CarswellOnt 6726, qui a annulé une décision du juge Farley (2006), 79 O.R. (3d) 219, 263 D.L.R. (4th) 425, 137 C.R.R. (2d) 123, 2006 CLLC ¶220-009, [2006] O.J. No. 45 (QL), 2006 CarswellOnt 55. Pourvoi accueilli et action rejetée, la juge Abella est dissidente.

*Robin K. Basu et Shannon M. Chace*, pour l'appelant.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday*, pour les intimés.

*Anne M. Turley*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Michel Déom et Geneviève Lessard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Gaétan Migneault et Michelle Brun-Coughlan*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Neena Sharma*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

*John D. R. Craig et Jodi Gallagher*, pour l'intervenante la Fédération de l'agriculture de l'Ontario.

*Roy L. Heenan et Thomas Brady*, pour l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale.

*Robert Dupont, Pascale Gauthier et Jean H. Lafleur*, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec Inc.

*Brad Elberg et Kelly Henriques*, pour l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie.

*Augustus G. Lilly, c.r.*, et *Stephen F. Penney*, pour l'intervenant le Conseil canadien des employeurs.

*Peter A. Gall, c.r.*, *Donald R. Munroe, c.r.*, et *Andrea L. Zwack*, pour les intervenants Coalition

the Coalition of BC Businesses and the British Columbia Agriculture Council.

*Selwyn A. Pieters and Adrian A. Smith*, for the interveners Justicia for Migrant Workers and the Industrial Accident Victims Group of Ontario.

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

*Ian J. Roland and Michael Fenrick*, for the intervener the Canadian Police Association.

*Joshua S. Phillips and Antony Singleton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

of BC Businesses et British Columbia Agriculture Council.

*Selwyn A. Pieters et Adrian A. Smith*, pour les intervenants Justicia for Migrant Workers et Industrial Accident Victims Group of Ontario.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Ian J. Roland et Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

*Joshua S. Phillips et Antony Singleton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
<b>Reasons of McLachlin C.J. and LeBel J.</b> .....	1
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Background</u> .....	5
A. <i>The Exclusion of the Farming Sector From the LRA and the Impact of Dunmore</i> .....	5
B. <i>The Constitutional Challenge to the AEPA</i> .....	7
III. <u>Judicial History</u> .....	13
A. <i>Ontario Superior Court of Justice (2006), 79 O.R. (3d) 219 (the Applications Judge)</i> .....	13
B. <i>Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.)</i> .....	15
IV. <u>Analysis</u> .....	17
A. <i>Issues: Does the AEPA Violate Sections 2(d) and 15 of the Charter?</i> .....	17

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
<b>Motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel</b> .....	1
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Contexte</u> .....	5
A. <i>La non-application de la LRT au secteur agricole et l'incidence de l'arrêt Dunmore</i> .....	5
B. <i>La contestation constitutionnelle de la LPEA</i> .....	7
III. <u>Historique judiciaire</u> .....	13
A. <i>Cour supérieure de justice de l'Ontario (2006), 79 O.R. (3d) 219 (le juge des requêtes)</i> .....	13
B. <i>Cour d'appel de l'Ontario, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt)</i> .....	15
IV. <u>Analyse</u> .....	17
A. <i>Questions en litige : La LPEA porte-t-elle atteinte à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la Charte?</i> .....	17

B.	<i>Freedom of Association (Section 2(d))</i> .....	18	B.	<i>Liberté d'association (l'al. 2d)</i> .....	18
(1)	<u>Freedom of Association in the Labour Context: The Jurisprudential Background</u> .....	19	(1)	<u>Liberté d'association au travail : le contexte jurisprudentiel</u> .....	19
(a)	<i>The Early Cases</i> .....	19	a)	<i>Les premiers jugements</i> .....	19
(b)	<i>Dunmore</i> .....	26	b)	<i>L'arrêt Dunmore</i> .....	26
(c)	<i>Health Services: Its Impact</i> .....	34	c)	<i>L'incidence de l'arrêt Health Services</i> .....	34
(d)	<i>The Issue on This Appeal</i> .....	44	d)	<i>La question en litige dans le présent pourvoi</i> .....	44
(e)	<i>Response to Justice Deschamps</i> .....	49	e)	<i>Réponse aux motifs de la juge Deschamps</i> .....	49
(f)	<i>Response to Justice Rothstein</i> .....	52	f)	<i>Réponse aux motifs du juge Rothstein</i> .....	52
(i)	<u>The Caution Required in Overturning Precedent</u> .....	56	(i)	<u>La prudence nécessaire avant de renverser un précédent</u> .....	56
(ii)	<u>The Arguments on Jurisprudence</u> .....	61	(ii)	<u>L'argumentation de nature jurisprudentielle</u> .....	61
(iii)	<u>Purpose of Section 2(d): Individual Versus Collective Rights</u> .....	63	(iii)	<u>L'objet de l'al. 2d) : droits individuels et droits collectifs</u> .....	63
(iv)	<u>The Argument That Section 2(d) Is a Freedom, Not a Right</u> .....	67	(iv)	<u>La thèse voulant que l'al. 2d) confère une liberté et non un droit</u> .....	67
(v)	<u>The Argument That Health Services Privileges Particular Associations</u> .....	74	(v)	<u>L'argument selon lequel Health Services favorise certaines associations</u> .....	74
(vi)	<u>The Argument That Health Services Gives Contracts Priority Over Statutes</u> .....	76	(vi)	<u>L'argument selon lequel Health Services donne priorité au contrat sur la loi</u> .....	76
(vii)	<u>The Argument That Health Services Removes Judicial Deference to the Legislation</u> .....	77	(vii)	<u>L'argument selon lequel Health Services supprime la déférence des tribunaux envers le législateur</u> .....	77
(viii)	<u>The Argument of Unworkability</u> .....	82	(viii)	<u>L'argument de l'inapplicabilité</u> .....	82

(ix) <u>The Argument on Academic Criticism</u> .....	86	(ix) <u>L'argument fondé sur les critiques des auteurs</u> .....	86
(x) <u>The Argument on Canadian Labour History</u> .....	89	(x) <u>L'argument fondé sur l'évolution du droit du travail au Canada</u> .....	89
(xi) <u>The Argument on International Law</u> .....	91	(xi) <u>L'argument fondé sur le droit international</u> .....	91
(xii) <u>The Argument on Charter Values</u> .....	96	(xii) <u>L'argument fondé sur les valeurs de la Charte</u> .....	96
(xiii) <u>Conclusion</u> .....	97	(xiii) <u>Conclusion</u> .....	97
(2) <u>Application: Have the Respondents Established a Breach of Section 2(d)?</u> .....	98	(2) <u>Application : Les intimés ont-ils établi l'atteinte à l'al. 2d)?</u> .....	98
C. <u>Section 15 of the Charter</u> .....	114	C. <u>Article 15 de la Charte</u> .....	114
V. <u>Conclusion</u> .....	117	V. <u>Conclusion</u> .....	117
<b>Reasons of Rothstein J.</b> .....	119	<b>Motifs du juge Rothstein</b> .....	119
I. <u>Introduction</u> .....	119	I. <u>Introduction</u> .....	119
II. <u>When Should Precedent be Overturned?</u> .....	129	II. <u>À quelles conditions peut-on rompre avec un arrêt antérieur?</u> .....	129
III. <u>The Explicit Break With Precedent in Health Services</u> .....	152	III. <u>La rupture expresse d'avec la jurisprudence dans Health Services</u> .....	152
A. <u>Introduction</u> .....	152	A. <u>Introduction</u> .....	152
B. <u>The Jurisprudential Background Prior to Health Services</u> .....	157	B. <u>Le contexte jurisprudentiel avant l'arrêt Health Services</u> .....	157
C. <u>An Express Break With Precedent in Health Services</u> .....	166	C. <u>Revirement jurisprudentiel dans Health Services</u> .....	166
IV. <u>Section 2(d) of the Charter Does Not Protect Collective Bargaining</u> .....	172	IV. <u>L'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas la négociation collective</u> .....	172
A. <u>The Collective Bargaining Right Recognized in Health Services Is Inconsistent With the Purpose of Section 2(d)</u> .....	177	A. <u>Le droit à la négociation collective reconnu dans Health Services est incompatible avec l'objet de l'al. 2d)</u> .....	177
(1) <u>Section 2(d) Protects Individual Interests, Not Group Interests</u> .....	178	(1) <u>L'alinéa 2d) protège des intérêts individuels, et non collectifs</u> .....	178
(a) <u>Individual Freedoms Versus Collective Rights</u> .....	178	a) <u>Libertés individuelles versus droits collectifs</u> .....	178

(b) <i>Qualitative Differences Between Individuals and Associations Do Not Change the Individual Nature of Freedom of Association</i> .....181	b) <i>Malgré les différences qualitatives entre activités individuelles et activités associatives, la liberté d'association demeure de nature individuelle</i> .....181
(2) <u>Section 2(d) Protects Freedoms Rather Than Rights</u> .....188	(2) <u>L'alinéa 2d) protège des libertés plutôt que des droits</u> .....188
(3) <u>Section 2(d) Does Not Privilege Some Associations Over Others</u> ..... 203	(3) <u>L'alinéa 2d) ne favorise pas certaines associations par rapport à d'autres</u> ..... 203
(4) <u>Section 2(d) Does Not Give Constitutional Status to Contracts</u> .... 216	(4) <u>L'alinéa 2d) ne confère pas de valeur constitutionnelle au contrat</u> ..... 216
(5) <u>Courts Have Afforded the Legislature Significant Deference in the Application of Section 2(d) to the Field of Labour Relations</u> ..... 219	(5) <u>Les tribunaux font preuve d'une grande déférence à l'endroit du législateur lorsqu'ils appliquent l'al. 2d) dans le domaine des relations du travail</u> ..... 219
B. <i>The Reasons Advanced in Health Services Do Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Under Section 2(d) of the Charter</i> ..... 231	B. <i>Les motifs avancés dans Health Services ne justifient pas la constitutionnalisation de la négociation collective en application de l'al. 2d) de la Charte</i> ..... 231
(1) <u>The Continuing Validity of Past Precedents on the Scope of Section 2(d)</u> ..... 233	(1) <u>Les décisions antérieures relatives à la portée de l'al. 2d) demeurent valables</u> ..... 233
(2) <u>Canadian Labour History Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> ..... 234	(2) <u>L'histoire des relations du travail au Canada n'appuie pas la constitutionnalisation du droit à la négociation collective</u> ..... 234
(3) <u>International Law Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> ..... 247	(3) <u>Le droit international n'appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement</u> ..... 247
(4) <u>Charter Values Cannot Be Invoked to Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> ..... 251	(4) <u>Les valeurs consacrées par la Charte ne peuvent être invoquées à l'appui de la constitutionnalisation du droit à la négociation collective</u> ..... 251



C. <i>The Approach in Health Services Is Unworkable</i> .....	256	C. <i>L'inapplicabilité pratique de l'approche retenue dans Health Services</i> .....	256
(1) <u>The Problem of Constitutionalizing One Part of the Wagner Model</u> .....	257	(1) <u>Le problème de la constitutionnalisation d'un volet du modèle Wagner</u> .....	257
(2) <u>The Untenable Distinction Between Substance and Process</u> .....	263	(2) <u>La distinction indéfendable entre la substance et le processus</u> .....	263
V. <u>The Charter Protects a Voluntary Association of Workers Whose Objectives Are to Improve Wages and Working Conditions</u> .....	270	V. <u>La Charte protège l'association volontaire des travailleurs aux fins d'améliorer salaires et conditions de travail</u> .....	270
VI. <u>Summary</u> .....	275	VI. <u>Résumé</u> .....	275
VII. <u>Application to the Present Case</u> .....	276	VII. <u>Application à l'espèce</u> .....	276
VIII. <u>Conclusion</u> .....	296	VIII. <u>Conclusion</u> .....	296
<b>Reasons of Deschamps J.</b> .....	297	<b>Motifs de la juge Deschamps</b> .....	297
I. <u>Interpreting Health Services</u> .....	298	I. <u>Interprétation de l'arrêt Health Services</u> ..	298
II. <u>Approach From Dunmore</u> .....	313	II. <u>L'approche de l'arrêt Dunmore</u> .....	313
<b>Reasons of Abella J.</b> .....	321	<b>Motifs de la juge Abella</b> .....	321
<u>Background</u> .....	323	<u>Contexte</u> .....	323
<u>Analysis</u> .....	326	<u>Analyse</u> .....	326

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

THE CHIEF JUSTICE AND LeBEL J. —

#### I. Introduction

[1] This appeal raises anew the issue of the constitutionality of the labour relations regime that applies to farm workers in Ontario. Most Canadian provinces have brought the farming sector under their general labour relations laws, with some exceptions and restrictions. Except for a very

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

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LeBEL —

#### I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, notre Cour doit de nouveau se prononcer sur la constitutionnalité du régime de relations du travail applicable aux travailleurs agricoles en Ontario. Dans la plupart des provinces, le secteur agricole relève de la législation générale du travail, à quelques exceptions et

short period of time, Ontario has always excluded farms and farm workers from the application of its *Labour Relations Act* (currently *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A) (“*LRA*”). In the present appeal, our Court must determine whether Ontario’s latest attempt to frame a separate labour relations regime for the farming sector respects the constitutional guarantee of freedom of association, or violates it by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights. The *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 (“*AEPA*” or “*Act*”), was a response to this Court’s decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which found that the previous legislative scheme violated s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] We are of the view that the *AEPA* has not been shown to be unconstitutional. Section 2(d) of the *Charter* protects the right to associate to achieve collective goals. Laws or state actions that substantially interfere with the ability to achieve workplace goals through collective actions have the effect of negating the right of free association and therefore constitute a limit on the s. 2(d) right of free association, which renders the law or action unconstitutional unless it is justified under s. 1 of the *Charter*. This requires a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith.

[3] The law here at issue, the *AEPA*, properly interpreted, meets these requirements, and is not unconstitutional. We would therefore allow the appeal.

[4] Before moving to the analysis of the issues raised by the appeal, it will be useful to review the factual background and the jurisprudential developments that gave rise to this case.

limitations près. Cependant, sauf pendant un très court laps de temps, le législateur ontarien a toujours soustrait les entreprises et les travailleurs agricoles à l’application de sa *Loi sur les relations de travail* (l’actuelle *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A) (« *LRT* »). Notre Cour doit aujourd’hui déterminer si la plus récente tentative d’établissement d’un régime distinct pour le secteur agricole respecte la liberté d’association garantie par la Constitution ou si elle y porte atteinte, parce qu’elle ne protège pas l’exercice du droit de négociation collective. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« *LPEA* » ou « *Loi* »), a été adoptée en réaction à l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour a statué que le texte de loi antérieur contrevenait à l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] À notre avis, l’inconstitutionnalité de la *LPEA* n’est pas démontrée. L’alinéa 2d) de la *Charte* protège le droit de s’associer pour atteindre des objectifs collectifs. Une loi ou une action de l’État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs liés au travail grâce à des actions concertées fait obstacle à l’exercice du droit de libre association. Une telle loi ou action restreint donc la liberté d’association et devient de ce fait inconstitutionnelle, sauf justification au regard de l’article premier. Cette exigence constitutionnelle demande l’établissement d’un processus de dialogue où l’association d’employés peut présenter des observations à l’employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi.

[3] Correctement interprétée, la loi visée en l’espèce, la *LPEA*, satisfait à cette exigence et n’est pas inconstitutionnelle. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

[4] Un rappel des faits et de l’évolution jurisprudentielle qui se trouvent à l’origine du litige s’impose avant l’analyse des questions que soulève le pourvoi.

## II. Background

### A. *The Exclusion of the Farming Sector From the LRA and the Impact of Dunmore*

[5] Prior to 1994, indeed since 1943, farm workers had been excluded from the general labour relations regime established by the *LRA*. In 1994, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 (“*ALRA*”), which extended trade union and collective bargaining rights to agricultural workers. A year later, the legislature repealed the *ALRA* in its entirety and again excluded farm workers from the labour relations regime set out in the *ALRA (Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995)*, S.O. 1995, c. 1 (“*LRESLAA*”). The *LRESLAA* was challenged on the basis that it infringed the guarantees of freedom of association under s. 2(d) and equality under s. 15 of the *Charter*. In *Dunmore*, a majority of this Court found a breach of s. 2(d). It held that the claimants were substantially unable to organize without protective legislation, and declared the law to be unconstitutional. This had the effect of nullifying the exclusion of farm workers from the *LRA*, but this Court suspended the declaration of invalidity for 18 months. The majority concluded it was not necessary to deal with the s. 15 challenge.

[6] In response, the Ontario legislature enacted the *AEPA* in 2002, which came into force on June 17, 2003. In brief, the *AEPA* excluded farm workers once again from the *LRA*, but crafted a labour relations regime for farm workers in Ontario. It granted them the rights to form and join an employees’ association, to participate in its activities, to assemble, to make representations to their employers through their association on their terms and conditions of employment, and the right to be protected against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights (s. 1(2)). The employer must give an association the opportunity to make representations respecting terms and conditions of employment, and it must listen to those representations or read them (s. 5). The *AEPA* tasks

## II. Contexte

### A. *La non-application de la LRT au secteur agricole et l’incidence de l’arrêt Dunmore*

[5] Avant 1994 — depuis 1943 en fait —, le régime général de la *LRT* ne s’appliquait pas aux travailleurs agricoles. La *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture*, L.O. 1994, ch. 6, a accordé aux travailleurs agricoles le droit à la syndicalisation et à la négociation collective. Un an plus tard, elle était abrogée en entier, et les travailleurs agricoles perdaient le bénéfice de l’application du régime de relations du travail qu’elle prévoyait (*Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »)). La *LMLRTE* a été contestée au motif qu’elle portait atteinte à la liberté d’association et au droit à l’égalité garantis respectivement à l’al. 2d) et à l’art. 15 de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dunmore*, la Cour a conclu à la majorité qu’elle ne respectait pas l’al. 2d), parce que les demandeurs se trouvaient substantiellement dans l’incapacité de s’associer sans protection légale. Elle a déclaré la loi inconstitutionnelle, annulant par le fait même l’exception de la *LRT* qui soustrayait les travailleurs agricoles à son application, mais elle a accordé au législateur un sursis d’application de 18 mois. La majorité a jugé qu’il n’était pas nécessaire d’examiner l’argument fondé sur l’art. 15.

[6] En 2002, à la suite de cet arrêt, l’Ontario a adopté la *LPEA*, qui est entrée en vigueur le 17 juin 2003. En bref, la *LPEA* rétablit l’exception de la *LRT* visant les travailleurs agricoles ontariens, mais elle crée pour eux un régime de relations du travail particulier. Elle leur confère le droit de former une association et d’y adhérer, de participer à ses activités, de se réunir, de présenter à l’employeur, par l’entremise de leur association, des observations relatives à leurs conditions d’emploi et d’exercer leurs droits sans crainte d’ingérence, de contrainte ou de discrimination (par. 1(2)). Par ailleurs, l’employeur doit donner à une association d’employés l’occasion de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi et il est tenu de les écouter ou de les lire (art. 5). La *LPEA* confie au

a tribunal, the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal, with hearing and deciding disputes about the application of the Act (ss. 2 and 11). After limited efforts to use the new protections of the *AEPA*, the respondents mounted a constitutional challenge to its validity.

#### B. *The Constitutional Challenge to the AEPA*

[7] The respondents argue that three more protections are required to meet the requirements of s. 2(d) of the *Charter*: (1) statutory protection for majoritarian exclusivity, meaning that each bargaining unit is represented by a single bargaining agent; (2) an *LRA*-type statutory mechanism to resolve bargaining impasses and interpret collective agreements; and (3) a statutory duty to bargain in good faith. The respondents argue that the Court's recent decision in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, entitles them to laws offering these protections.

[8] The four individual farm workers in this case (three of them respondents and an affiant) worked at Rol-Land Farms Ltd., a large industrial-type mushroom farm in Kingsville, Ontario. In 2002, after this Court's decision in *Dunmore*, Xin Yuan Liu and other workers at Rol-Land approached the United Food and Commercial Workers Union Canada ("UFCW") to represent them and bargain on their behalf. By the spring of 2003, 70 percent of the workers at Rol-Land had joined the union.

[9] Rol-Land refused to recognize the UFCW as the employees' representative. The UFCW then filed an application for certification with the Ontario Labour Relations Board, under the *LRA*. In the ensuing vote, the workers voted 132 to 45 in favour of certification. The resolution of the application has been kept on hold, pending the outcome of this appeal. After the vote, the UFCW

Tribunal d'appel de l'agriculture, de l'alimentation et des affaires rurales la fonction d'entendre et de régler tout litige relatif à l'application de la Loi (par. 2 et art. 11). Après quelques démarches pour se prévaloir des nouvelles mesures de protection de la *LPEA*, les intimés ont contesté sa validité constitutionnelle.

#### B. *La contestation constitutionnelle de la LPEA*

[7] Les intimés soutiennent que trois autres mesures de protection sont nécessaires pour assurer le respect de l'al. 2d) de la *Charte* : (1) la consécration légale du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire suivant lequel chaque unité de négociation est représentée par un seul agent négociateur, (2) un mécanisme légal analogue à celui de la *LRT* pour dénouer l'impasse des négociations et interpréter une convention collective et (3) l'obligation légale de négocier de bonne foi. Les intimés soutiennent que le récent arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, leur reconnaît le droit à des dispositions qui offrent ces protections.

[8] Les quatre travailleurs agricoles visés en l'espèce (trois intimés et un déposant) travaillaient pour Rol-Land Farms Ltd., une grande champignonnière de type industriel exploitée à Kingsville, en Ontario. En 2002, dans la foulée de l'arrêt *Dunmore*, Xin Yuan Liu et d'autres travailleurs de Rol-Land ont pris contact avec un syndicat, l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce — Canada (la « TUAC »), pour qu'il les représente et négocie en leur nom. Au printemps 2003, 70 p. cent des travailleurs de l'entreprise avaient adhéré au syndicat.

[9] Rol-Land ayant refusé de reconnaître sa qualité de représentant des employés, le syndicat a déposé une demande d'accréditation à la Commission des relations de travail de l'Ontario sous le régime de la *LRT*. Lors d'un scrutin subséquent, les travailleurs ont voté en faveur de l'accréditation à 132 voix contre 45. La Commission a sursis à sa décision jusqu'à l'issue du présent

wrote to Rol-Land requesting a meeting to commence negotiations toward a contract for the workers. Rol-Land did not respond to the letter. The respondents assert that the owner of Rol-Land told a meeting of workers that the union would never be recognized (R.F., at para. 58).

[10] The UFCW also attempted to bargain collectively on behalf of employees at Platinum Produce, an industrial greenhouse operating in Chatham, Ontario. While the employer expressed doubt that the UFCW could be an employees' association under the *AEPA*, it gave the union an opportunity to make brief presentations. The meeting lasted approximately 15 minutes. The employer's position was that the company was not required to bargain with the union and the meeting was not to be considered collective bargaining towards a collective agreement.

[11] The UFCW subsequently presented Platinum Produce's counsel with a draft collective agreement setting out proposed terms. That meeting lasted approximately five minutes. The employer has not responded to the proposals or to other proposed meeting dates. There have been no further meetings or communications about terms and conditions of work.

[12] The respondents did not attempt to pursue remedies under the *AEPA*. Specifically, no recourse was made to the Tribunal set up under the Act to deal with complaints. Rather, the respondents sought a declaration that s. 3(b.1) of the *LRA*, which provides that the *LRA* does not apply to farm workers, and that the *AEPA* as a whole were unconstitutional. In brief, they submitted that these laws breached s. 2(d) of the *Charter* by failing to provide effective protection for the right to organize and bargain collectively and violated s. 15 by excluding farm workers from the protections accorded to workers in other sectors.

pourvoi. Après le scrutin, le syndicat a écrit à Rol-Land pour convenir d'une réunion en vue d'entreprendre la négociation d'une convention collective. Rol-Land n'a pas répondu à sa lettre. Les intimés affirment que lors d'une assemblée des travailleurs, le propriétaire de l'entreprise a déclaré que le syndicat ne serait jamais reconnu (m.i., par. 58).

[10] La TUAC a également tenté de négocier une convention collective au nom des employés de Platinum Produce, une entreprise exploitant des serres industrielles à Chatham, en Ontario. Même si l'employeur a dit douter que le syndicat puisse constituer une association d'employés au sens de la *LPEA*, il lui a donné l'occasion de présenter de brèves observations. La réunion a duré une quinzaine de minutes. L'employeur a alors nié l'existence de l'obligation de négocier avec le syndicat et affirmé que la réunion ne devait pas être considérée comme une séance de négociation collective en vue de la conclusion d'une convention collective.

[11] La TUAC a par la suite présenté à l'avocat de Platinum Produce une ébauche de convention collective renfermant ses propositions. La rencontre a duré environ cinq minutes. L'employeur n'a donné suite ni à ces propositions ni à celle de convenir d'un calendrier de rencontres. Il n'y a eu aucune réunion ou communication subséquente au sujet des conditions de travail.

[12] Les intimés n'ont pas tenté d'exercer les recours prévus dans la *LPEA*. Plus précisément, ils ne se sont pas adressés au Tribunal créé par la Loi pour statuer sur les plaintes. Ils ont plutôt demandé un jugement déclarant inconstitutionnels l'al. 3b.1) de la *LRT* — qui exclut l'application de la *LRT* aux travailleurs agricoles — et la *LPEA* dans son ensemble. En résumé, ils soutenaient que ces lois violaient l'al. 2d) de la *Charte* en ce qu'elles ne protégeaient pas véritablement le droit de s'associer et de négocier collectivement, et qu'elles contrevenaient à l'art. 15 en refusant aux travailleurs agricoles les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs.

### III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (2006)*, 79 O.R. (3d) 219 (*the Applications Judge*)

[13] The chambers judge, Farley J., heard the application before the judgment of this Court in *Health Services*. He proceeded on the assumption that s. 2(d) did not protect collective bargaining. He dismissed the application on the ground that the *AEPA* met the minimum constitutional requirements necessary to protect the freedom to organize. He began by adopting the comments made by Sharpe J. at the trial level of *Dunmore* and finding that agricultural workers “are ‘poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skills and education, low status and limited employment mobility’” (paras. 23 and 33). But he was of the view that the *AEPA* did not prevent them from attempting to form employees’ associations. He stated:

There is nothing in the *AEPA* which would prevent the UFCW or any other union from attempting to organize agricultural workers into an employees’ association, recognizing that such an employees’ association would not thereby automatically have the right to strike nor the right to bargain collectively. See discussion in Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, looseleaf, vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997) at p. 41-5/6 (2002). The *AEPA* provides that the employees’ association may make representations to an employer concerning the terms and conditions of employment (s. 5 *AEPA*). These representations may be made by someone who is not a member of the association (s. 5(2)) so that a “union staffer” could perform that function. The representation may be made orally or in writing (s. 5(5)). One must read s. 5(6) and (7) in a purposive way in context. Thus while the employer need only give the association a written acknowledgment that the employer has read the written representations (s. 5(7)), it is implicit in the making of an oral representation that the recipient is hearing the oral representations as the employer has a duty to listen and the association speaker will have the opportunity then and there to enquire whether the recipient has heard the representations. As well the concept of listening and reading respectively involves the aspect of comprehending and considering the representations. Perhaps unfortunately there is no specific requirement that the employer respond to the substance of the representations; however, it should be noted that this would then involve the parties in a form of collective bargaining. [para. 19]

### III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (2006)*, 79 O.R. (3d) 219 (*le juge des requêtes*)

[13] Le juge Farley, chargé d’entendre les requêtes, a entendu la demande avant l’arrêt *Health Services* de notre Cour. Étant d’avis que l’al. 2d) ne protège pas la négociation collective, il a rejeté la demande au motif que la *LPEA* satisfaisait minimalement aux exigences découlant de la protection constitutionnelle de la liberté d’association. Faisant siens les commentaires formulés par le juge Sharpe en première instance dans *Dunmore*, il a conclu que les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont “mal rémunérés, [qu’]ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte” » (par. 23 et 33), mais que la *LPEA* ne les empêche pas de tenter de former des associations d’employés :

[TRADUCTION] Aucune disposition de la *LPEA* n’empêche la TUAC ou tout autre syndicat de tenter de regrouper des travailleurs agricoles au sein d’une association d’employés, étant entendu qu’une telle association ne jouirait automatiquement ni du droit de grève ni du droit de négociation collective. Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, vol. 2 (Toronto : Carswell, 1997), à la p. 41-5/6 (2002). La *LPEA* dispose qu’une association d’employés peut présenter à l’employeur des observations au sujet des conditions d’emploi (art. 5). Les observations peuvent être présentées par une personne qui n’est pas membre de l’association (par. 5(2)), de sorte qu’un « permanent syndical » pourrait s’acquitter de cette tâche. Les observations peuvent être formulées oralement ou par écrit (par. 5(5)). L’interprétation téléologique et contextuelle s’impose à l’égard des par. 5(6) et (7). Ainsi, bien que l’employeur n’ait qu’à informer l’association par écrit qu’il a lu les observations écrites (par. 5(7)), la présentation d’observations orales suppose que leur destinataire les entend, car l’employeur a l’obligation d’écouter et le représentant de l’association aura alors l’occasion de lui demander s’il les a bien entendues. En outre, les notions d’écoute et de lecture font respectivement intervenir l’élément de la compréhension et celui de l’examen. Il est peut-être malheureux que l’employeur ne soit pas expressément tenu de répondre aux observations elles-mêmes, mais force est de constater qu’une telle obligation engagerait les parties dans une sorte de négociation collective. [par. 19]

[14] With respect to the particular statutory protections in the *AEPA*, Farley J. found that they met the minimum required standards. He found that they confer the power to organize (s. 1); protection against denial of access to property (s. 7); protection against employer interference with trade union activity (s. 8); protection against discrimination (s. 9); protection against intimidation and coercion (s. 10); protection against alteration of working conditions during the certification process (ss. 9-10); protection against coercion of witnesses (s. 10); and removal of Board notices (s. 10). He allowed that it would have been preferable to have mirrored the provisions of the *LRA* more precisely “to eliminate possible fears” that employers might alter working conditions to hinder associational activities (para. 18). However, he felt that the answer to these concerns lay with the Tribunal, which had not been asked to deal with the workers’ complaints. He stated:

If the Tribunal felt that it was for some jurisdictional reason constrained from negatively sanctioning such activity, then one would presume that the applicants or others of a like mind together with the UFCW would have a strong case to bring back in this regard. One would think it better to see how the Tribunal operates in fact before condemning it as powerless to deal with such abuses. This wait and see pragmatic approach is desirable with respect to possible concerns about lack of labour relations expertise/experience on the part of the specified panel roster of the Tribunal. There has been no use of the mechanics of the *AEPA* as to bringing a case before the Tribunal; the applicants stated that it would be fruitless to bring a useless application before a useless Tribunal. I am of the view that this condemnation is premature. A successful application would do one of several things: be effective positively as to action; or morally give the wrongdoing employer a “bloody nose”; or if truly an empty process, it would demonstrate the need for strengthening by legislative amendment. See also *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, . . . at p. 1099 . . . where Sopinka J. for the court stated: “This Court has been vigilant to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack.” [para. 18]

Farley J. also dismissed the discrimination claim brought under s. 15 of the *Charter*.

[14] Par ailleurs, le juge Farley a décidé que les mesures de protection particulières prévues par la *LPEA* satisfont aux normes minimales. Selon lui, la Loi confère le pouvoir de former une association (art. 1) et elle protège contre le refus de l’employeur de donner accès à sa propriété (art. 7), son ingérence dans les activités syndicales (art. 8), la discrimination (art. 9), l’intimidation et la contrainte (art. 10), la modification des conditions de travail pendant le processus d’accréditation (art. 9 et 10), la contrainte de témoins (art. 10) et l’enlèvement d’avis dont l’affichage est exigé par la Commission (art. 10). Il reconnaît qu’il aurait été préférable de reprendre les dispositions de la *LRT* plus précisément [TRADUCTION] « pour écarter la crainte possible » qu’un employeur puisse modifier des conditions de travail afin de gêner des activités associatives (par. 18). Il estime cependant qu’il appartenait au Tribunal — qui n’a pas été saisi des plaintes des travailleurs — de se prononcer sur ces questions. Il ajoute :

[TRADUCTION] Si pour quelque raison liée à sa compétence, le Tribunal estimait ne pas pouvoir condamner de tels actes, les demandeurs ou d’autres personnes partageant leurs vues et la TUAC auraient vraisemblablement une solide cause d’action à faire valoir en justice à cet égard. Il semble préférable de voir comment le Tribunal s’acquitte de sa tâche dans les faits avant de le déclarer inapte à réprimer de tels abus. Il vaut mieux faire preuve de pragmatisme et laisser sa chance au coureur malgré d’éventuels doutes concernant l’expérience des membres du Tribunal en matière de relations du travail. La procédure qu’établit la *LPEA* pour saisir le Tribunal n’a pas été suivie, les demandeurs estimant qu’il ne servait à rien de présenter une demande inutile à un tribunal inefficace. À mon avis, cette condamnation était prématurée. Une demande accueillie produit l’un ou l’autre des résultats suivants : faire effectivement avancer les choses ou infliger un « revers » moral à l’employeur fautif ou, s’il s’agit véritablement d’un processus vain, démontrer la nécessité de son resserrement par voie législative. Voir également *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, [. . .] à la p. 1099, [. . .] où le juge Sopinka dit au nom de la Cour : « Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu’un contexte factuel adéquat existe avant d’examiner une loi [au] regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. » [par. 18]

Le juge Farley a rejeté par ailleurs le moyen de discrimination fondé sur l’art. 15 de la *Charte*.

B. *Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.)*

[15] The Court of Appeal allowed the appeal and declared the *AEPA* to be constitutionally invalid. It rendered its decision after the judgment of our Court in *Health Services*. Winkler C.J.O., for the court, held that the *AEPA* substantially impaired the ability of agricultural workers to meaningfully exercise the right to bargain collectively, which was protected by s. 2(d) of the *Charter*. The Act protected the right to organize, and it was premature to conclude that the statutory protections against employer intimidation were inadequate. However, it did not provide the “minimum” statutory protections required to enable agricultural workers to exercise their right to bargain collectively in a meaningful way, namely: “(1) a statutory duty to bargain in good faith; (2) statutory recognition of the principles of exclusivity and majoritarianism; and (3) a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements” (para. 80). The court noted that the “primary difficulty has been that the union has been unsuccessful in engaging employers, who have no statutory duty to bargain in good faith” (para. 98). Having found that the *AEPA* infringes s. 2(d) of the *Charter*, the Court of Appeal considered whether the infringement could be saved as “reasonable and demonstrably justified” under s. 1 of the *Charter*, and found it could not. The legislation impaired the right more than necessary, despite the challenges facing legislators in the agricultural domain, which is a complex mix of family farms and larger industrial operations. It concluded that “the wholesale exclusion of agricultural employees from a collective bargaining scheme is not adequately tailored to meet the objective of protecting the family farm” (para. 129).

[16] The Court of Appeal ordered the government “to provide agricultural workers with sufficient

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt)*

[15] La Cour d’appel a accueilli l’appel et déclaré la *LPEA* inconstitutionnelle. Elle s’est prononcée après l’arrêt *Health Services* de notre Cour. Le juge en chef Winkler a statué avec l’appui de ses collègues que la *LPEA* rend essentiellement impossible l’exercice véritable, par les travailleurs agricoles, du droit de négociation collective protégé à l’al. 2d) de la *Charte*. À son avis, la Loi protège le droit d’association et il est prématuré de conclure à l’insuffisance de ses mesures de protection contre l’intimidation patronale. Cependant, elle ne prévoit pas les mesures de protection qui s’imposent minimalement pour que les travailleurs agricoles puissent exercer véritablement leur droit de négociation collective, à savoir : [TRADUCTION] « (1) l’obligation de négocier de bonne foi, (2) la reconnaissance des principes du monopole syndical et du vote majoritaire et (3) un mécanisme permettant de dénouer l’impasse des négociations et de résoudre un différend relatif à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective » (par. 80). Elle fait observer que la « principale difficulté tient à ce que le syndicat n’a pas réussi à obtenir le concours des employeurs, qui ne sont pas légalement tenus de négocier de bonne foi » (par. 98). Après avoir conclu que la *LPEA* porte atteinte à l’al. 2d) de la *Charte*, la Cour d’appel s’est demandé si l’atteinte est « raisonnable et si sa justification peut se démontrer » au sens de l’article premier de la *Charte*. Elle conclut par la négative. Le législateur entrave l’exercice du droit plus qu’il n’est nécessaire, même s’il doit tenir compte des contraintes propres à l’agriculture, un secteur d’activité complexe constitué à la fois de fermes familiales et de grandes exploitations industrielles. La Cour d’appel a alors décidé que « l’exclusion en bloc des employés agricoles d’un régime de négociation collective ne constitue pas une mesure conçue adéquatement pour atteindre l’objectif de la protection des fermes familiales » (par. 129).

[16] La Cour d’appel a ordonné au gouvernement [TRADUCTION] « d’accorder aux travailleurs



protections to enable them to exercise their right to bargain collectively, in accordance with these reasons” (para. 138). It suspended this order for 12 months to give the legislature an opportunity to respond. The Court of Appeal dismissed the claim under s. 15 of the *Charter*. Its judgment was appealed to this Court.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues: Does the AEPA Violate Sections 2(d) and 15 of the Charter?*

[17] The issue is whether the failure of the Ontario government to enact a positive statutory framework for agricultural workers modelled after the Ontario *LRA* violates s. 2(d) of the *Charter* in a manner that cannot be justified by s. 1. If so, the *AEPA* is invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, and the Ontario legislature is obliged to bring the Act into harmony with the *Charter*. The respondents have also raised the issue of whether the *AEPA* violates their right to equality under s. 15 of the *Charter*. As the main question in this appeal remains the interpretation and application of s. 2(d), we will first consider this issue and then turn to s. 15.

##### B. *Freedom of Association (Section 2(d))*

[18] In view of the conflicting approaches to the guarantee of freedom of association in the labour context put before us, it may be useful to canvas the jurisprudence and set out the principles that guide the analysis of s. 2(d). The respondents’ claim largely turns on the interpretation of our Court’s judgments in *Dunmore* and *Health Services*. The ultimate question is whether s. 2(d), properly understood and applied, requires the Ontario legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure the effective exercise of their associational rights. To resolve this question, we will first consider the development of this Court’s jurisprudence in this area of the law.

agricoles une protection suffisante pour qu’ils puissent exercer leur droit de négociation collective, conformément aux présents motifs » (par. 138). Afin de permettre au législateur de donner suite à la décision, elle a suspendu l’exécution de celle-ci pendant une période de 12 mois. Elle a aussi rejeté le moyen de discrimination fondé sur l’art. 15 de la *Charte*. Son jugement est porté en appel devant notre Cour.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige : La LPEA porte-t-elle atteinte à l’al. 2d) et à l’art. 15 de la Charte?*

[17] Notre Cour doit déterminer si le législateur ontarien a porté à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte* une atteinte qui ne peut être justifiée au sens de l’article premier en omettant de créer à l’intention des travailleurs agricoles un régime analogue à celui établi par la *LRT*. Dans l’affirmative, la *LPEA* est invalide par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et le législateur ontarien est tenu de l’harmoniser avec la *Charte*. Les intimés soulèvent par ailleurs la question de la conformité de la *LPEA* au droit à l’égalité garanti à l’art. 15 de la *Charte*. Comme le principal objet du litige demeure l’interprétation et l’application de l’al. 2d), nous examinons d’abord celui-ci, puis nous nous penchons sur l’art. 15.

##### B. *Liberté d’association (l’al. 2d))*

[18] Vu les thèses opposées qui s’affrontent en l’espèce concernant la garantie de la liberté d’association au travail, il peut se révéler utile d’analyser la jurisprudence et de dégager les principes qui président à l’interprétation de l’al. 2d). En effet, le sort des prétentions des intimés dépend en grande partie de l’interprétation des arrêts *Dunmore* et *Health Services* de notre Cour. Il faut essentiellement déterminer si l’al. 2d), bien interprété et appliqué, oblige le législateur ontarien à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d’un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d’association. Pour trancher, nous devons d’abord examiner l’évolution de la jurisprudence de notre Cour dans ce domaine du droit.

(1) Freedom of Association in the Labour Context: The Jurisprudential Background(a) *The Early Cases*

[19] The first set of cases to consider s. 2(d) of the *Charter*, known as the Trilogy, were *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The majority of the Court held that s. 2(d) did not protect the right to strike, the issue in the cases. In arriving at this conclusion, members expressed a number of views on the guarantee of freedom of association.

[20] McIntyre J. stated that “like most other fundamental rights”, the right to freedom of association has no single purpose or value. Rather, reflecting the social nature of human beings, it protected the right to associate with others “both to satisfy [their] desire for social intercourse and to realize common purposes” (*Alberta Reference*, at p. 395). In the same case, Dickson C.J. (dissenting) stated: “What freedom of association seeks to protect is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage” (p. 366).

[21] Three of the six Justices sitting on the Trilogy opined in *obiter* that s. 2(d) does not protect collective bargaining (*Alberta Reference*, at p. 390, *per* Le Dain J.; *PSAC*, at p. 453, *per* McIntyre J.). The reasons given included that collective bargaining is a “modern right”, that its recognition would go against the principle of judicial restraint, that s. 2(d) protects only individual rights, and that s. 2(d) was not intended to protect the goals or objects of organizations (*Alberta Reference*, at p. 391, *per* Le Dain J.; pp. 397 and 407, *per* McIntyre J.).

(1) Liberté d’association au travail : le contexte jurisprudentiela) *Les premiers jugements*

[19] Les premiers arrêts portant sur l’al. 2d) de la *Charte* et formant ce qu’il est convenu d’appeler la « trilogie » sont les décisions rendues dans les affaires *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *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 juges majoritaires de la Cour y décident que l’al. 2d) ne protège pas le droit de grève en cause dans ces affaires. Tout en concluant ainsi, ils expriment des opinions diverses sur la garantie de la liberté d’association.

[20] Le juge McIntyre affirme qu’« à l’instar de la plupart des autres droits fondamentaux », la liberté d’association n’a pas un objet ou une valeur unique. Elle traduit plutôt la nature sociale de l’être humain et protège le droit de s’associer à autrui « à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 395). Dans le même arrêt, le juge en chef Dickson (dissident) opine pour sa part : « Ce que la liberté d’association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l’association en tant qu’activités particulières, mais la liberté des individus d’interagir avec d’autres êtres humains, de les aider et d’être aidés par eux dans les diverses activités qu’ils choisissent d’exercer » (p. 366).

[21] Trois des six juges appelés à statuer dans la trilogie expriment en *obiter* que l’al. 2d) ne protège pas la négociation collective (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 390, le juge Le Dain; *AFPC*, p. 453, le juge McIntyre). Parmi les motifs qu’ils invoquent, mentionnons les suivants : le droit de négociation collective constitue un « droit contemporain », sa reconnaissance va à l’encontre du principe de la déférence judiciaire, l’al. 2d) ne protège que des droits individuels et sa raison d’être n’est pas de protéger les objectifs d’une association (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 391, le juge Le Dain; p. 397 et 407, le juge McIntyre).

[22] The Trilogy was endorsed in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”). Sopinka J., stated in his reasons which appeared to be accepted by the other judges on this point: (1) “s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association”; (2) “s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association”; (3) “s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals”; and (4) “s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals” (p. 402).

[23] Nine years later, in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, the Court once again revisited s. 2(d). The issue was whether exclusion of RCMP members from public bargaining associations, as opposed to their own association, violated s. 2(d). The majority of the Court, *per* Bastarache J., held it did not, on the ground that s. 2(d) does not give the right to belong to a particular group. Bastarache J. added that there is no general obligation for the government to provide a particular legislative framework for employees to exercise their collective rights, i.e. a different framework than already provided for RCMP members.

[24] In dissent, Cory and Iacobucci JJ. pointed out that the appeal was not concerned with the right to strike or to bargain collectively (*Delisle*, at para. 51). The only issue was whether the statutory framework interfered with the right to associate with other public servants in pursuance of their mutual interests. They were of the view that s. 2(d) was violated because the impugned laws in purpose and effect interfered with the formation of employee associations. They noted that employees are a vulnerable group in our society, and their ability to form and join an employee association is crucially linked to their economic and social well-being (paras. 67-68).

[22] L’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* ») reprend les principes établis dans la trilogie. Dans ses motifs, auxquels les autres juges semblent avoir souscrit sur ce point, le juge Sopinka a affirmé ce qui suit : (1) « l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir », (2) « l’al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association »; (3) « l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution »; et (4) « l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus » (p. 402).

[23] Neuf ans plus tard, dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, la Cour se penche à nouveau sur l’al. 2d). Elle doit décider si l’exclusion des membres de la GRC du régime public de négociation collective, par opposition à l’appartenance à leur propre association, porte atteinte à l’al. 2d). Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache conclut par la négative, car cette disposition ne garantit pas le droit d’appartenir à un groupe en particulier. Il ajoute que l’État n’a pas l’obligation générale d’offrir à ses employés un cadre législatif particulier pour l’exercice de leurs droits collectifs, c’est-à-dire un autre cadre que celui déjà en place pour les membres de la GRC.

[24] Dissidents, les juges Cory et Iacobucci soulignent que le pourvoi ne porte ni sur le droit de grève ni sur le droit de négociation collective (par. 51). À leur avis, la Cour doit uniquement décider si le cadre législatif établi compromet le droit des intéressés de s’associer à d’autres fonctionnaires pour défendre leurs intérêts communs. À leurs yeux, l’al. 2d) n’est pas respecté, car les dispositions contestées, par leur objet et leur effet, entravent la formation d’associations d’employés. Ils relèvent que les employés visés constituent un groupe vulnérable dans notre société et que leur capacité de mettre une association sur pied et d’en faire partie joue un rôle critique dans la préservation de leur bien-être financier et social (par. 67-68).

[25] In summary, the early cases affirmed that the core protection of s. 2(d) focusses on the right of individuals to act in association with others to pursue common objectives and goals. There was some suggestion (Sopinka J.'s fourth point in *PIPSC*) that only individual goals were protected. (This proposition, as we shall see, was rejected in *Dunmore*.) While three judges in the Trilogy expressed the view that s. 2(d) did not protect collective bargaining, the only question at issue in those cases was whether individuals had a right to strike, and the question of collective bargaining was not conclusively resolved by a majority of the Court.

(b) *Dunmore*

[26] This Court's decision in *Dunmore* marked a new stage in the development of s. 2(d) jurisprudence in the field of labour relations. It raised the question of whether s. 2(d) requires the government to provide a legislative framework which enables employees to associate to obtain workplace goals in a meaningful process.

[27] The Ontario legislature had repealed legislation which gave farm workers a measure of protection, leaving them entirely outside the Province's labour relations scheme. The evidence established that attempts to organize were persistently frustrated by employers. The farm workers came to court seeking protection of their basic right to associate. They sought the right to organize into employee associations. For this, they contended, they needed legislation that endorsed their constitutional right to associate and protected them from employer interference.

[28] Bastarache J., for the majority of the Court, began the analysis in *Dunmore* by emphasizing the need for a purposive approach to s. 2(d) — “one which aims to protect the full range of associational activity contemplated by the *Charter* and to honour Canada's obligations under international human rights law” (para. 13).

[25] En résumé, il ressort des premières décisions que l'al. 2d) protégerait essentiellement le droit des individus de s'associer avec d'autres en vue de réaliser des objectifs communs. Certains commentaires ont laissé entendre (quatrième proposition du juge Sopinka dans *IPFPC*) que seuls les objectifs individuels étaient protégés. (Cette opinion, nous le verrons, a été rejetée dans *Dunmore*.) Dans la trilogie, trois juges affirmèrent que l'al. 2d) ne protège pas la négociation collective. Toutefois, la seule question en litige dans ces affaires était celle de l'existence du droit de grève des salariés, de sorte que la Cour ne se prononce pas à la majorité et de manière définitive sur la question de la négociation collective.

b) *L'arrêt Dunmore*

[26] Cette affaire marque un tournant dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour relative à l'application de l'al. 2d) dans le domaine des relations du travail. Il fallait déterminer si cette disposition obligeait l'État à créer un cadre législatif qui permette véritablement aux employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs liés au travail.

[27] Le législateur ontarien avait abrogé une loi qui offrait une certaine protection aux travailleurs agricoles, en les laissant totalement à l'écart du régime de relations du travail de la province. Suivant la preuve, les employeurs faisaient systématiquement échec aux tentatives d'organisation des employés. Les travailleurs agricoles se sont adressés aux tribunaux pour faire protéger leur liberté fondamentale d'association. Revendiquant le droit de former des associations d'employés, ils soutenaient que l'exercice de ce droit exigeait l'adoption d'une loi reconnaissant leur liberté constitutionnelle de s'associer et les protégeant contre l'ingérence patronale.

[28] Dans *Dunmore*, au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache entreprend l'analyse en s'attachant à la nécessité d'une interprétation téléologique de l'al. 2d), « une analyse orientée vers la protection de toute la gamme d'activités associatives visées par la *Charte* et le respect des obligations du Canada dans le cadre du droit international

After a full review of the jurisprudence, he stated:

... the activities for which the appellants seek protection [association for the purposes of achieving workplace goals in the labour relations context] fall squarely within the freedom to organize, that is, the freedom to collectively embody the interests of individual workers. [para. 30]

[29] Bastarache J. went on to hold that in order to realize the purposes of s. 2(d), the right to organize must extend to “the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one’s employer”. He explained:

These activities are guaranteed by the purpose of s. 2(d), which is to promote the realization of individual potential through relations with others, and by international labour jurisprudence, which recognizes the inevitably collective nature of the freedom to organize. [para. 30]

[30] The affirmation that s. 2(d) protection extends to collective activities that only a group can carry out, required rejection of Sopinka J.’s fourth proposition in *PIPSC*, which suggested that s. 2(d) only protected the right to further individual goals. Bastarache J. pointed out that certain activities are, when performed by a group, “qualitatively” different from those activities performed solely by an individual. He recognized that “trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually” (*Dunmore*, at para. 17). As a result “certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning” (*ibid.*).

[31] In the result, Bastarache J. concluded that the absence of legislative protection for farm workers to organize in order to achieve workplace goals made meaningful association to achieve workplace goals impossible and therefore constituted a substantial interference with the right to associate guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. He found that the absence of legislative support discredited the organizing efforts of agricultural workers and had a chilling effect on their constitutional right to associate. He

des droits de la personne » (par. 13). À l’issue d’un examen exhaustif de la jurisprudence, il affirme :

... les activités dont les appelants demandent la protection [association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail dans le contexte des relations du travail] relèvent tout à fait de la liberté syndicale, soit la liberté de défendre collectivement les intérêts des travailleurs individuels. [par. 30]

[29] Le juge Bastarache ajoute que, devant les objectifs de l’al. 2d), le droit de s’associer doit englober « l’exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l’employeur ». Il explique :

Ces activités sont protégées par l’objet de l’al. 2d), qui est de favoriser l’épanouissement personnel au moyen des relations avec autrui, et dans le cadre des arrêts internationaux en matière de droit du travail, qui reconnaissent la nature nécessairement collective de la liberté syndicale. [par. 30]

[30] Puis, la conclusion selon laquelle l’al. 2d) protège les activités collectives que seul un groupe peut exercer entraîne le rejet de la quatrième proposition du juge Sopinka dans *IPFPC* qui restreignait l’application de cette disposition à la protection du droit de poursuivre des objectifs individuels. Le juge Bastarache signale que, lorsqu’elles sont exercées par un groupe, certaines activités sont « qualitativement » différentes de celles auxquelles un individu se livre seul. Il reconnaît que « les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels », de sorte que « certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens » (*Dunmore*, par. 17).

[31] Le juge Bastarache décide donc que l’omission du législateur de protéger les travailleurs agricoles désireux de s’associer pour réaliser des objectifs liés au travail rend à toutes fins utiles impossible l’association à cette fin et entrave de ce fait substantiellement l’exercice du droit garanti à l’al. 2d) de la *Charte*. À son avis, l’absence de protection légale déconsidère les tentatives d’association des travailleurs agricoles et paralyse l’exercice de leur droit constitutionnel de s’associer. Il estime

concluded that farm workers in Ontario were substantially incapable of exercising their fundamental freedom to associate without a protective regime (para. 35). Quoting L'Heureux-Dubé J. in *Delisle*, Bastarache J. affirmed that

the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. [Emphasis deleted; para. 37.]

[32] After *Dunmore*, there could be no doubt that the right to associate to achieve workplace goals in a meaningful and substantive sense is protected by the guarantee of freedom of association, and that this right extends to realization of collective, as distinct from individual, goals. Nor could there be any doubt that legislation (or the absence of a legislative framework) that makes achievement of this collective goal substantially impossible, constitutes a limit on the exercise of freedom of association. Finally, there could be no doubt that the guarantee must be interpreted generously and purposively, in accordance with Canadian values and Canada's international commitments.

[33] It is worth pausing at this juncture to summarize the propositions that led the majority of the Court in *Dunmore* to these conclusions.

- Section 2(d), interpreted purposively, guarantees freedom of associational activity in the pursuit of individual and common goals.
- The common goals protected extend to some collective bargaining activities, including the right to organize and to present submissions to the employer.
- What is required is a process that permits the meaningful pursuit of these goals. No particular outcome is guaranteed. However, the legislative framework must permit a process that makes it possible to pursue the goals in a meaningful way.

que, en l'absence d'un régime de protection, les travailleurs agricoles de l'Ontario sont essentiellement dans l'impossibilité d'exercer leur liberté fondamentale d'association (par. 35). Citant la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Delisle*, il ajoute :

... la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi. [Soulignement supprimé; par. 37.]

[32] Après l'arrêt *Dunmore*, nul ne pouvait contester que l'exercice véritable et substantiel du droit de s'associer pour réaliser des objectifs liés au travail bénéficiait de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'association et que ce droit englobait la réalisation d'objectifs collectifs et non seulement individuels. Nul ne pouvait non plus douter que la loi (ou l'absence d'un cadre législatif) qui rendait essentiellement impossible cette démarche collective restreignait l'exercice de la liberté d'association. Enfin, la garantie devait indéniablement être interprétée de manière généreuse et téléologique, conformément aux valeurs canadiennes et aux engagements internationaux du Canada.

[33] Il convient à ce stade de résumer les postulats sur lesquels les juges majoritaires de la Cour fondent ces conclusions dans *Dunmore*.

- Interprété téléologiquement, l'al. 2d) garantit la liberté d'exercer une activité associative dans le dessein d'atteindre des objectifs individuels et communs.
- Les objectifs communs protégés s'entendent notamment de certaines activités de négociation collective, dont la formation d'une association et la présentation d'observations à l'employeur.
- Un processus doit permettre la poursuite véritable de ces objectifs. Nul résultat précis n'est garanti. Toutefois, le cadre législatif doit autoriser un processus qui rend possible la poursuite des objectifs, et ce, de manière véritable.

- The *effect* of a process that renders impossible the meaningful pursuit of collective goals is to substantially interfere with the exercise of the right to free association, in that it negates the very purpose of the association and renders it effectively useless. This constitutes a limit under s. 2(d) which is unconstitutional unless justified by the state under s. 1 of the *Charter*. (This is an application of the settled rule that a law or government act that in purpose *or effect* constrains exercise of a right constitutes a limitation for purposes of s. 1: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.)
- The remedy for the resultant breach of s. 2(d) is to order the state to rectify the legislative scheme to make possible meaningful associational activity in pursuit of common workplace goals.
- Le processus qui rend impossible la poursuite véritable d'objectifs collectifs a pour *effet* d'entraver substantiellement l'exercice du droit de libre association en ce qu'il fait obstacle à l'objet même de l'association et la rend de fait inutile. Il s'agit d'une restriction de la liberté reconnue à l'al. 2d), d'où son inconstitutionnalité, sauf justification par l'État en application de l'article premier de la *Charte*. (Il s'agit de l'application de la règle établie selon laquelle la loi ou la mesure gouvernementale qui, par son objet *ou son effet*, entrave l'exercice d'un droit constitue une restriction aux fins de l'article premier : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.)
- La réparation pour la violation qui s'ensuit de l'al. 2d) consiste à ordonner à l'État de modifier le régime législatif de manière à rendre possible l'exercice véritable d'une activité associative vouée à la réalisation d'objectifs communs liés au travail.

(c) *Health Services: Its Impact*

[34] *Dunmore* established that claimants must demonstrate the substantial impossibility of exercising their freedom of association in order to compel the government to enact statutory protections. It did not, however, define the ambit of the right of association protected by s. 2(d) in the context of collective bargaining. Relying on *Dunmore*, the majority of the Court in *Health Services*, per McLachlin C.J. and LeBel J., held that legislation and government actions that repealed existing collective agreements and substantially interfered with the possibility of meaningful collective bargaining in the future constituted a limit on the s. 2(d) right of freedom of association.

[35] The claimants were various unions and their members working in the health services industry of British Columbia. The industry was highly unionized and had negotiated collective agreements regarding salaries, benefits and working conditions. The government, directly or indirectly, was the employer. The government wanted to reduce

c) *L'incidence de l'arrêt Health Services*

[34] Suivant l'arrêt *Dunmore*, pour que l'État soit contraint d'adopter des dispositions protégeant les demandeurs, ceux-ci doivent établir qu'il leur est essentiellement impossible d'exercer leur liberté d'association. La Cour ne définit cependant pas la portée du droit d'association protégé à l'al. 2d) dans le contexte de la négociation collective. Toutefois, dans *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour, sous notre plume, s'appuient sur l'arrêt *Dunmore* pour statuer que la loi ou la mesure de l'État qui a pour effet d'annuler des conventions collectives existantes et de rendre essentiellement impossible toute véritable négociation collective ultérieure constitue une restriction de la liberté d'association garantie à l'al. 2d).

[35] Dans cette affaire, s'étaient portés demandeurs des syndicats et leurs membres travaillant dans le secteur des services de santé de la Colombie-Britannique, où le taux de syndicalisation était très élevé et où les salaires, les avantages sociaux et les conditions de travail étaient déterminés par des conventions collectives négociées.

costs by changing the structure of its employees' working arrangements in ways that would have been impermissible under the existing collective agreements. It chose to do so, not through collective bargaining to the end of altering those collective agreements, but by the simple expedient of legislation. In short, the government used its legislative powers to effectively nullify the collective agreements to its benefit, and to the detriment of its employees. The legislation not only conflicted with existing collective agreements, but also precluded collective bargaining in the future on a number of issues and conditions of employment. (See R. K. Basu, "Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications" (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, at p. 177; see also M. Coutu, L. L. Fontaine and G. Marceau, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2009), at p. 144.)

[36] The unions responded by bringing an action claiming that the government had breached s. 2(d) by legislatively interfering with freedom of association. They further claimed that the government had done so in circumstances that could not be justified under s. 1 of the *Charter*. *Health Services* thus put directly in issue the right to collective bargaining. The claimants did not seek the enactment of associational protections. Rather, they asserted that s. 2(d) protected a right to collective bargaining and that the government had violated the constitutional guarantee of freedom of association by legislating to both overturn existing contracts and preclude effective collective bargaining in the future. The unions lost at trial and on appeal but succeeded in this Court.

[37] While *Health Services* concerned the actions of a government employer nullifying collective bargaining arrangements with unions representing its own employees, the Court rested its decision on a more general discussion of s. 2 of the *Charter*. Applying the principles of interpretation established in *Dunmore*, a majority of the Court held that s. 2(d) includes "a process of collective action to achieve workplace goals" (para. 19). This

L'État, leur employeur direct ou indirect, entendait diminuer les coûts du système de santé en apportant à l'organisation du travail de ses employés des changements que n'autorisaient pas les conventions collectives en vigueur. Au lieu de recourir à la négociation collective pour obtenir la modification des conventions collectives, il a simplement légiféré. En somme, l'État a exercé son pouvoir législatif pour annuler unilatéralement les conventions collectives à son avantage et au détriment de ses employés. En plus d'être incompatible avec les conventions collectives applicables, la loi interdisait la négociation collective ultérieure au sujet d'un certain nombre de conditions d'emploi et de questions connexes. (Voir R. K. Basu, « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, p. 177; voir aussi M. Coutu, L. L. Fontaine et G. Marceau, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2009), p. 144.)

[36] Les syndicats ont réagi en s'adressant aux tribunaux, pour le motif que l'État avait contrevenu à l'al. 2d) et porté atteinte à la liberté d'association par voie législative. Ils prétendaient en outre que les circonstances dans lesquelles la mesure législative avait été prise n'offraient pas de justification au sens de l'article premier de la *Charte*. L'affaire mettait donc directement en jeu le droit de négociation collective. Les demandeurs ne revendiquaient pas l'adoption de mesures protégeant l'activité associative. Ils faisaient plutôt valoir que l'al. 2d) protégeait le droit de négociation collective et que l'État n'avait pas respecté la garantie constitutionnelle de la liberté d'association en légiférant pour à la fois annuler des contrats existants et empêcher toute véritable négociation collective ultérieure. Déboutés en première instance et en appel, les syndicats ont obtenu gain de cause devant notre Cour.

[37] Dans l'affaire *Health Services*, si le litige découlait de mesures prises par un employeur public pour annuler des conventions collectives négociées avec des syndicats représentant ses propres employés, notre Cour a toutefois fondé sa décision sur une analyse plus générale de l'art. 2 de la *Charte*. Les juges majoritaires ont appliqué les principes d'interprétation dégagés dans *Dunmore* pour conclure que l'al. 2d) protège « une action collective



process requires the parties to meet and bargain in good faith on issues of fundamental importance in the workplace (para. 90). By legislating to undo the existing collective bargaining arrangements and by hampering future collective bargaining on important workplace issues, the British Columbia government had “substantially interfered” with the s. 2(d) right of free association, and had failed to justify the resultant limitation on the exercise of the right under s. 1 of the *Charter* (paras. 129-61).

[38] The decision in *Health Services* follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*. Section 2(d), interpreted purposively and in light of Canada’s values and commitments, protects associational collective activity in furtherance of workplace goals. The right is not merely a paper right, but a right to a process that permits meaningful pursuit of those goals. The claimants had a right to pursue workplace goals and collective bargaining activities related to those goals. The government employer passed legislation and took actions that rendered the meaningful pursuit of these goals impossible and effectively nullified the right to associate of its employees. This constituted a limit on the exercise of s. 2(d), and was thus unconstitutional unless justified under s. 1 of the *Charter*.

[39] While the majority decision in *Health Services* sits firmly within the principles the Court had earlier set out in *Dunmore*, in its discussion of the s. 2(d) right the Court went on to explain in greater detail what the government must permit in order to avoid the charge of substantial interference with the s. 2(d) right in the context of collective action in pursuit of workplace goals. In *Dunmore*, Bastarache J. stated that “the effective exercise of these freedoms may require . . . the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one’s employer” (para. 30). It remained uncertain what other collective activities might be protected.

visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail » (par. 19), une démarche qui oblige les parties à négocier de bonne foi au sujet de questions liées au travail revêtant une importance fondamentale (par. 90). Par l’adoption d’une loi pour réduire à néant des conventions collectives et empêcher à l’avenir la négociation collective d’importantes questions relatives au travail, la Colombie-Britannique avait « considérablement entravé » l’exercice du droit de libre association garanti à l’al. 2d) et n’avait pas justifié cette restriction au sens de l’article premier de la *Charte* (par. 129-161).

[38] La décision rendue dans cette affaire découle directement des principes énoncés dans *Dunmore*. Lorsqu’on l’interprète téléologiquement et dans la perspective des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du Canada, l’al. 2d) protège l’activité associative exercée collectivement pour atteindre des objectifs liés au travail. Le droit ne possède pas seulement un caractère théorique; il commande un processus qui permet véritablement la poursuite de ces objectifs. Les demandeurs avaient le droit de poursuivre des objectifs liés au travail et de se livrer à des activités de négociation collective pour les atteindre. L’État employeur a légiféré et pris des mesures de manière à rendre impossible la poursuite véritable de tels objectifs et à supprimer dans les faits le droit de ses employés de s’associer. Il a ainsi restreint l’exercice de la liberté garantie à l’al. 2d), ce qui était inconstitutionnel, sauf justification au regard de l’article premier de la *Charte*.

[39] Même si, dans *Health Services*, les juges majoritaires s’en tiennent fermement aux principes établis précédemment par la Cour dans *Dunmore*, lorsqu’ils analysent le droit conféré à l’al. 2d), ils précisent davantage ce que l’État doit permettre afin de ne pas entraver substantiellement l’exercice de ce droit dans le contexte d’une action concertée visant la réalisation d’objectifs liés au travail. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache affirme au par. 30 que « l’exercice réel de ces libertés peut exiger [. . .] l’exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l’employeur ». Restait à déterminer quelles autres activités collectives pouvaient être protégées.

[40] The majority of the Court in *Health Services* affirmed that bargaining activities protected by s. 2(d) in the labour relations context include good faith bargaining on important workplace issues (para. 94; see also paras. 93, 130 and 135). This is not limited to a mere right to make representations to one's employer, but requires the employer to engage in a process of consideration and discussion to have them considered by the employer. In this sense, collective bargaining is protected by s. 2(d). The majority stated:

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. [para. 90]

[41] By way of elaboration on what constitutes good faith negotiation, the majority of the Court stated:

- Section 2(d) requires the parties to meet and engage in meaningful dialogue. They must avoid unnecessary delays and make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract (paras. 98, 100-101);
- Section 2(d) does not impose a particular process. Different situations may demand different processes and timelines (para. 107);
- Section 2(d) does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms and does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse (paras. 102-3);
- Section 2(d) protects only "the right . . . to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method" (para. 91).

[42] The Court in *Health Services* emphasized that s. 2(d) does not require a particular model

[40] Dans *Health Services*, la Cour à la majorité confirme que les activités de négociation en contexte de relations du travail protégées par l'al. 2d) comprennent la négociation de bonne foi de questions importantes liées à l'exécution des fonctions (par. 94; voir aussi par. 93, 130 et 135). Il ne suffit pas de pouvoir présenter des observations à l'employeur, mais ce dernier est également tenu de les prendre en considération dans le cadre d'un processus d'examen et d'échange. L'alinéa 2d) protège la négociation collective dans ce sens. Les juges majoritaires affirment à ce propos :

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. [par. 90]

[41] Puis, en explicitant la notion de négociation de bonne foi, les juges majoritaires ajoutent :

- l'alinéa 2d) exige que les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue; elles doivent éviter les retards inutiles et faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable (par. 98, 100-101);
- il n'impose pas de processus particulier; différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers (par. 107);
- il n'oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières ni ne garantit un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses (par. 102-103);
- il ne protège que le « droit [. . .] 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 » (par. 91).

[42] Dans *Health Services*, la Cour insiste sur le fait que l'al. 2d) n'impose ni un modèle particulier

of bargaining, nor a particular outcome. What s. 2(d) guarantees in the labour relations context is a meaningful process. A process which permits an employer not even to consider employee representations is not a meaningful process. To use the language of *Dunmore*, it is among those “collective activities [that] must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning” (para. 17). Without such a process, the purpose of associating in pursuit of workplace goals would be defeated, resulting in a significant impairment of the exercise of the right to freedom of association. One way to interfere with free association in pursuit of workplace goals is to ban employee associations. Another way, just as effective, is to set up a system that makes it impossible to have meaningful negotiations on workplace matters. Both approaches in fact limit the exercise of the s. 2(d) associational right, and both must be justified under s. 1 of the *Charter* to avoid unconstitutionality.

[43] In summary, *Health Services* applied the principles developed in *Dunmore* and explained more fully what is required to avoid interfering with associational activity in pursuit of workplace goals and undermining the associational right protected by s. 2(d). Its suggestion that this requires a good faith process of consideration by the employer of employee representations and of discussion with their representatives is hardly radical. It is difficult to imagine a meaningful collective process in pursuit of workplace aims that does not involve the employer at least considering, in good faith, employee representations. The protection for collective bargaining in the sense affirmed in *Health Services* is quite simply a necessary condition of meaningful association in the workplace context.

de négociation, ni un résultat déterminé. En effet, cette disposition garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable. Dans cette optique, on ne saurait tenir pour véritable un processus qui permet à l’employeur de ne même pas prendre en compte les observations de ses employés. Pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Dunmore*, le processus garanti fait partie de ces « activités collectives [qui] doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens » (par. 17). À défaut d’un tel processus, l’association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail perd sa raison d’être, ce qui entrave substantiellement l’exercice de la liberté d’association. On peut entraver l’exercice de la liberté d’association voué à la réalisation d’objectifs liés au travail en frappant d’interdiction la formation d’associations d’employés. On peut le faire tout aussi efficacement en établissant un système qui rend impossible la négociation véritable de questions liées au travail. Les deux méthodes restreignent en fait l’exercice du droit d’association garanti à l’al. 2d), et toutes deux doivent faire l’objet d’une justification au regard de l’article premier de la *Charte* pour échapper à une conclusion d’inconstitutionnalité.

[43] En résumé, l’arrêt *Health Services* applique les principes établis dans *Dunmore* et précise davantage les mesures nécessaires pour éviter d’entraver l’activité associative visant la réalisation d’objectifs liés au travail et de compromettre le droit d’association protégé à l’al. 2d). L’opinion exprimée dans l’arrêt *Health Services*, selon laquelle l’employeur doit dès lors prendre part de bonne foi à un processus d’examen des observations des employés et d’échange avec les représentants de ces derniers, ne saurait être considérée comme radicale. Il demeure en effet difficile de concevoir qu’une véritable démarche collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail ne prévoie pas à tout le moins que l’employeur examine de bonne foi les observations des employés. La protection de la négociation collective au sens entendu dans l’arrêt *Health Services* constitue tout simplement une condition essentielle à l’exercice véritable de la liberté d’association au travail.

(d) *The Issue on This Appeal*

[44] Against this background, we return to the issue in this case. The Court of Appeal held that *Health Services* constitutionalizes a full-blown Wagner system of collective bargaining, and concluded that since the *AEPA* did not provide such a model, absent s. 1 justification, it is unconstitutional. The court appears to have understood the affirmation of the right to collective bargaining in *Health Services* as an affirmation of a particular type of collective bargaining, the Wagner model which is dominant in Canada.

[45] With respect, this overstates the ambit of the s. 2(d) right as described in *Health Services*. First, as discussed, the majority in *Health Services* unequivocally stated that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome (para. 91).

[46] Second, and more fundamentally, the logic of *Dunmore* and *Health Services* is at odds with the view that s. 2(d) protects a particular kind of collective bargaining. As discussed earlier, what s. 2(d) protects is *the right to associate to achieve collective goals*. Laws or government action that make it impossible to achieve collective goals *have the effect* of limiting freedom of association, by making it pointless. It is in this derivative sense that s. 2(d) protects a right to collective bargaining: see *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*CLA*”), where the right to access government information was held to be “a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government” (para. 30). However, no particular type of bargaining is protected. In every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals.

d) *La question en litige dans le présent pourvoi*

[44] C’est sur cette toile de fond que nous revenons à la question en litige en l’espèce. La Cour d’appel décide que l’arrêt *Health Services* constitutionnalise en vérité le modèle Wagner de négociation collective, et comme la *LPEA* n’établit pas un régime inspiré de ce modèle, elle conclut que, sauf justification en application de l’article premier, elle est inconstitutionnelle. Elle paraît voir dans la reconnaissance du droit de négociation collective la consécration d’un type particulier de système de négociation collective, soit le modèle Wagner, qui prédomine au Canada.

[45] À notre avis, la Cour d’appel surestime la portée du droit protégé à l’al. 2d) suivant l’arrêt *Health Services*. Rappelons d’abord que les juges majoritaires statuent sans équivoque que cet alinéa ne garantit ni l’application d’un modèle particulier de négociation collective, ni l’obtention d’un résultat donné (par. 91).

[46] En second lieu, et de manière plus fondamentale, la logique qui sous-tend les arrêts *Dunmore* et *Health Services* n’admet pas l’idée que l’al. 2d) protège un type particulier de négociation collective. Comme nous l’avons vu précédemment, cet alinéa protège *le droit de s’associer afin de réaliser des objectifs collectifs*. La loi ou la mesure de l’État qui rend impossible la réalisation d’objectifs collectifs *a pour effet* de restreindre la liberté d’association en la privant de sens. C’est dans ce sens dérivé que l’al. 2d) protège le droit de négociation collective : voir *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *CLA* »), où la Cour statue que le droit d’accès à des renseignements gouvernementaux constitue « un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (par. 30). Cependant, aucun type particulier de négociation n’est protégé. La question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail.

[47] It follows that *Health Services* does not support the view of the Ontario Court of Appeal in this case that legislatures are constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements (C.A. reasons, at para. 80). What is protected is associational activity, not a particular process or result. If it is shown that it is impossible to meaningfully exercise the right to associate due to substantial interference by a law (or absence of laws: see *Dunmore*) or by government action, a limit on the exercise of the s. 2(d) right is established, and the onus shifts to the state to justify the limit under s. 1 of the *Charter*.

[48] The resolution of this appeal does not rest on stark reliance on a particular conception of collective bargaining. Rather, it requires us to return to the principles that underlie the majority rulings in *Dunmore* and *Health Services*. The question here, as it was in those cases, is whether the legislative scheme (the *AEPA*) renders association in pursuit of workplace goals impossible, thereby substantially impairing the exercise of the s. 2(d) associational right.

(e) *Response to Justice Deschamps*

[49] Justice Deschamps adopts a narrow interpretation of the majority reasons in *Health Services*, stating that they merely recognized “that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment” (para. 308). In her view, it was unnecessary for the majority in that case to consider the duty to negotiate in good faith, and consequently argues that the passages of the majority judgment that discussed this duty were in *obiter*.

[47] Dès lors, l’arrêt *Health Services* n’étaye pas l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, selon laquelle la Constitution exige que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d’activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail. Selon la Cour d’appel, ce modèle imposerait l’obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective (motifs de la C.A., par. 80). Or, c’est l’activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier. S’il est démontré qu’une loi (ou l’absence de loi : voir *Dunmore*) ou une action de l’État rend impossible en l’entravant substantiellement l’exercice véritable du droit d’association, la restriction du droit garanti à l’al. 2d) est établie. Il appartient alors à l’État de justifier cette restriction en application de l’article premier de la *Charte*.

[48] Pour régler le sort du présent pourvoi, il n’est donc pas nécessaire d’adhérer sans réserve à une conception particulière de la négociation collective. Il suffit de revenir aux principes qui étayaient les décisions majoritaires dans *Dunmore* et *Health Services*. Comme dans ces affaires, il faut se demander si le régime législatif (la *LPEA*) rend impossible l’association vouée à la réalisation d’objectifs liés au travail, entravant ainsi substantiellement l’exercice de la liberté d’association garantie à l’al. 2d).

e) *Réponse aux motifs de la juge Deschamps*

[49] La juge Deschamps interprète de manière restrictive les motifs majoritaires de la Cour dans *Health Services*. Elle affirme qu’ils reconnaissent seulement que « la liberté d’association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d’agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d’emploi » (par. 308). Selon elle, il n’était pas nécessaire, dans cette affaire, que les juges majoritaires se penchent sur l’obligation de négocier de bonne foi, et les passages de leurs motifs qui s’y rapportent constituent donc des remarques incidentes.

[50] However, such a narrow interpretation of the majority reasons in *Health Services* would not support the holding in that case. If s. 2(d) merely protected the right to act collectively and to make collective representations, the legislation at issue in that case would have been constitutional. The legislation in that case violated s. 2(d) since it undermined the ability of workers to engage in meaningful collective bargaining, which the majority defined as good faith negotiations (para. 90). The majority underlined 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. [Emphasis added; para. 114.]

[51] In our view, the majority decision in *Health Services* should be interpreted as holding what it repeatedly states: that workers have a constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith.

(f) *Response to Justice Rothstein*

[52] Justice Rothstein argues that *Health Services* represents a radical departure from previous jurisprudence and was wrongly decided.

[53] The central argument of our colleague is that s. 2(d) of the *Charter* does not protect collective bargaining. He understands the majority decision in *Health Services* to have constitutionalized collective bargaining. That, he says, is wrong in principle, inconsistent with the Court's prior jurisprudence, and unworkable in practice.

[54] Our colleague appears to interpret *Health Services* as establishing directly or indirectly a

[50] Or, cette interprétation étroite des motifs majoritaires dans *Health Services* ne justifierait pas la décision rendue dans cette affaire. Si l'alinéa 2d) ne protégeait que le droit d'agir de concert et de formuler des observations collectives, la loi en cause dans ce dossier aurait été déclarée constitutionnelle. En effet, la loi contestée portait atteinte à l'al. 2d), puisqu'elle compromettrait la capacité des travailleurs d'entreprendre une véritable négociation collective, que les juges majoritaires définissent comme une négociation de bonne foi (par. 90). Ces derniers soulignent en outre ce qui suit :

[L]e 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. [Nous soulignons; par. 114.]

[51] À notre sens, il faut interpréter les motifs majoritaires dans *Health Services* à partir de ce qu'ils affirment à maintes reprises : les travailleurs ont le droit constitutionnel de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi.

f) *Réponse aux motifs du juge Rothstein*

[52] Le juge Rothstein soutient que l'arrêt *Health Services* rompt radicalement avec la jurisprudence antérieure et que la décision est erronée.

[53] Selon le principal argument de notre collègue, l'al. 2d) de la *Charte* ne protège pas la négociation collective. Il considère que dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires constitutionnalisent la négociation collective, ce qui, selon lui, demeure foncièrement incompatible avec les décisions antérieures de notre Cour et inapplicable dans les faits.

[54] Notre collègue paraît considérer que l'arrêt *Health Services* consacre directement ou

Wagner model of labour relations. The actual holding of *Health Services*, as discussed above, was more modest. *Health Services* affirms a derivative right to collective bargaining, understood in the sense of a process that allows employees to make representations and have them considered in good faith by employers, who in turn must engage in a process of meaningful discussion. The logic that compels this conclusion, following settled *Charter* jurisprudence, is that the effect of denying these rights is to render the associational process effectively useless and hence to substantially impair the exercise of the associational rights guaranteed by s. 2(d). No particular bargaining model is required.

[55] Rothstein J. calls for *Health Services* to be overturned. But his views also imply overturning *Dunmore*, on which *Health Services* rests. Rothstein J. states that “the essence of freedom of association is that it enables individuals to do in association what they could do as individuals” (para. 197). This echoes the model of s. 2(d) adopted by the plurality in *PIPSC*, and rejected by Bastarache J. in *Dunmore*. For the reasons that follow, we remain of the view that *Dunmore* and *Health Services* represent good law and should not be overruled.

(i) The Caution Required in Overturning Precedent

[56] Our colleague correctly recognizes at the outset of his reasons that overturning a precedent of this Court is a step not to be lightly undertaken. We would note that as we understand the law (see above), rejection of *Health Services* implies rejection of *Dunmore* as well, since the two cases rest on the same fundamental logic.

[57] The seriousness of overturning two recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. This is particularly so given their recent vintage. *Health Services* was issued only four years ago, and, when this appeal was argued, only two years had passed.

indirectement un modèle Wagner de relations du travail. Or, son effet reste plus modeste, comme nous l’expliquons précédemment. En effet, il reconnaît un droit dérivé de négociation collective, c’est-à-dire le droit à un processus qui permet aux employés de formuler des observations et d’obtenir leur examen de bonne foi par l’employeur, qui doit en outre participer à un dialogue véritable à leur sujet. La logique qui mène à cette conclusion, compte tenu de la jurisprudence constitutionnelle établie, veut que l’absence de tels droits rende inutile le processus associatif et entrave de ce fait substantiellement l’exercice de la liberté d’association garantie à l’al. 2d). Aucun modèle particulier de négociation n’est imposé.

[55] Le juge Rothstein propose de renverser l’arrêt *Health Services*. Or, sa thèse implique également la nécessité d’écarter *Dunmore*, sur lequel prend appui *Health Services*. Il affirme que « la liberté d’association permet essentiellement à l’individu de faire de concert avec d’autres ce qu’il pourrait accomplir seul » (par. 197). Il reprend en cela le point de vue des juges majoritaires dans *IPFPC*, que rejette le juge Bastarache dans *Dunmore*. Pour les motifs exposés ci-après, nous demeurons d’avis que les arrêts *Dunmore* et *Health Services* sont fondés en droit et ne doivent pas être écartés.

(i) La prudence nécessaire avant de renverser un précédent

[56] Au début de ses motifs, notre collègue reconnaît à juste titre qu’il ne convient pas d’écarter un précédent de la Cour à la légère. En raison de notre interprétation du droit applicable (voir les motifs qui précèdent), nous devons souligner qu’écarter l’arrêt *Health Services* emporterait aussi le rejet de *Dunmore*, puisque les deux jugements reposent sur la même logique fondamentale.

[57] On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l’avis réfléchi de majorités claires. Leur caractère récent milite d’autant plus contre leur abandon. *Health Services* a été prononcé il y a seulement quatre ans, et lorsque le présent pourvoi a été entendu, seulement deux ans s’étaient écoulés.

[58] Rothstein J. suggests that since *Health Services* deals with constitutional law, the Court should be more willing to overturn it (paras. 141-43). In our respectful view, this argument is not persuasive. The constitutional nature of a decision is not a primary consideration when deciding whether or not to overrule, but at best a final consideration in difficult cases. Indeed, the fact that *Health Services* relates to a constitutional *Charter* right may militate in favour of upholding this past decision. As Binnie J. stated on behalf of a unanimous Court in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, “[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection” (para. 44). Justice Rothstein’s proposed interpretation of s. 2(d) of the *Charter* would diminish the scope of the s. 2(d) right.

[59] We note as well that, while the Court in this case was asked to clarify the ambit of *Health Services*, it was not asked to overrule it. British Columbia, the respondent in *Health Services*, stated explicitly that it was “not here contesting this Court’s conclusion that s. 2(d) protects a process of collective bargaining” (Factum of the Attorney General of British Columbia, at para. 18). Absent notice to the profession and interested persons, overruling *Health Services* seems to us procedurally inappropriate.

[60] In our view, the arguments advanced by our colleague against *Health Services* do not meet the high threshold for reversing a precedent of this Court.

(ii) The Arguments on Jurisprudence

[61] Justice Rothstein argues that *Health Services* represents a marked departure from prior jurisprudence. We do not agree.

[62] We have already discussed this jurisprudence in detail and need not repeat the discussion

[58] Le juge Rothstein laisse entendre que la Cour devrait se montrer plus disposée à écarter l’arrêt *Health Services* parce qu’il porte sur le droit constitutionnel (par. 141-143). En toute déférence, cet argument ne nous convainc pas. Lorsqu’il s’agit de renverser un précédent, sa nature constitutionnelle ne constitue pas une considération primordiale et elle n’est considérée tout au plus qu’en dernier lieu dans les cas épineux. Du reste, le fait que *Health Services* porte sur un droit constitutionnel garanti par la *Charte* peut militer en faveur de son maintien. Comme le dit le juge Binnie avec l’accord de tous ses collègues dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d’écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* » (par. 44). L’interprétation que préconise le juge Rothstein réduirait la portée du droit reconnu à l’al. 2d).

[59] Nous faisons également observer que, dans le présent pourvoi, on demande à la Cour de clarifier la portée de l’arrêt *Health Services*, et non de l’écarter. La province de la Colombie-Britannique, intimée dans cette affaire, disait expressément [TRADUCTION] « ne pas contester en l’espèce la conclusion de la Cour selon laquelle l’al. 2d) protège un processus de négociation collective » (mémoire du procureur général de la Colombie-Britannique, par. 18). À défaut d’un avis au milieu juridique et aux intéressés, il nous paraît inopportun sur le plan procédural de renverser l’arrêt *Health Services*.

[60] Selon nous, les arguments invoqués par notre collègue pour contester la validité de cet arrêt ne satisfont pas aux conditions strictes imposées pour le renversement d’un précédent de notre Cour.

(ii) L’argumentation de nature jurisprudentielle

[61] Le juge Rothstein soutient aussi que l’arrêt *Health Services* se démarque nettement de la jurisprudence antérieure. Nous ne sommes pas d’accord.

[62] Nous avons déjà examiné ces décisions antérieures en détail et point n’est besoin d’y revenir. En



here. In brief, the early cases did not consider the issue. Nothing said in them, however, negates the current state of the law, except for the fourth proposition in *PIPSC*, which was corrected in *Dunmore* to recognize that s. 2(d) extends to collective, as distinct from individual goals. *Dunmore*, as discussed above, established the proposition that legislative regimes that make meaningful pursuit of workplace goals impossible significantly impair the exercise of the s. 2(d) right to free expression and constitute a limit on the right which is unconstitutional unless justified by the state under s. 1. *Health Services*, far from being an “express break” with prior jurisprudence, is grounded in the principles earlier enunciated in *Dunmore*.

(iii) Purpose of Section 2(d): Individual Versus Collective Rights

[63] Our colleague argues that the recognition of a constitutional right to collective bargaining in *Health Services* is not supported by the purpose of s. 2(d), because it improperly assigns a collective dimension to individual rights. The collective dimension of individual rights was recognized by Dickson C.J., dissenting in *Alberta Reference*, stating that s. 2(d) protects group activity for which activity there is “no analogy involving individuals” such as the right to bargain collectively (pp. 367-70). The Court in *Dunmore* modified the fourth proposition in the earlier case of *PIPSC*. As Bastarache J. there stated, “certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning”.

[64] Consistent with this framework, the majority decision in *Health Services* framed s. 2(d) as an *individual right* (“the right of employees”, para. 87 (emphasis added)) that *may require the protection of group activity* (see also paras. 19 and 89). The fundamental inquiry is whether the state action would *substantially impair* the ability of “union members to pursue shared goals in concert” (para. 96 (emphasis added)). As in *Dunmore*, the majority

résumé, les précédents ne portent pas sur la question en litige. Toutefois, ils ne comportent aucun élément qui contredise l'état actuel du droit, sauf la quatrième proposition formulée dans *IPFPC*, puis rectifiée dans *Dunmore* de façon à reconnaître que l'al. 2d) protège les objectifs collectifs en plus des objectifs individuels. Rappelons que dans *Dunmore*, notre Cour statue qu'un régime législatif qui rend impossible l'exercice véritable du droit de poursuivre des objectifs liés au travail entrave substantiellement l'exercice de la liberté d'expression et apporte à ce droit une restriction inconstitutionnelle si elle n'est pas justifiée par l'État en application de l'article premier. Loin de constituer un revirement jurisprudentiel, l'arrêt *Health Services* s'appuie sur les principes énoncés précédemment dans *Dunmore*.

(iii) L'objet de l'al. 2d) : droits individuels et droits collectifs

[63] Notre collègue soutient que l'objet de l'al. 2d) n'appuie pas la thèse qu'un droit de négociation collective de nature constitutionnelle a été reconnu dans *Health Services* car elle attribue à tort une dimension collective à un droit individuel. Or, cette dimension collective a été reconnue dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, où le juge en chef Dickson, dissident, affirme que l'al. 2d) protège aussi l'activité collective à l'égard de laquelle il n'existe « aucune analogie comportant des individus » comme la négociation collective (p. 367-370). De plus, dans *Dunmore*, la Cour modifie la quatrième proposition de la décision antérieure *IPFPC*. Comme le souligne le juge Bastarache, « certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens ».

[64] En respectant ce cadre d'analyse, dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires statuent que l'al. 2d) confère un *droit individuel* (« le droit [des] employés », par. 87 (nous soulignons)) qui *peut exiger la protection d'une activité collective* (voir aussi les par. 19 et 89). La question fondamentale en jeu demeure celle de déterminer si l'acte de l'État *entraverait substantiellement* la capacité des « syndiqués de poursuivre collectivement des

concluded that the realization of the individual right required a capacity to act in common, which may give rise to a need to protect group activities and, as a consequence, to recognize group rights.

[65] In summary, *Health Services* was consistent with the previous cases on the issue of individual and collective rights. It recognized, as did previous jurisprudence, that s. 2(d) is an individual right. But it also recognized, as did previous cases, that to meaningfully uphold this individual right, s. 2(d) may properly require legislative protection of group or collective activities.

[66] Rothstein J. also emphasizes that “[i]ndividuals who are not members of an association . . . have no constitutional right to oblige their employers to bargain” (paras. 179 and 187). In our view, this outcome is not anomalous. It follows logically from the fact that collective bargaining is a derivative right, a “necessary precondition” to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association: see *CLA*, at para. 30. Where there is no reliance on freedom of association, there is no derivative right to require employers to bargain.

(iv) The Argument That Section 2(d) Is a Freedom, Not a Right

[67] Our colleague argues that by requiring a process that allows for meaningful dialogue on workplace matters, *Health Services* wrongly converts a negative freedom into a positive right. This bright line between freedoms and rights seems to us impossible to maintain. Just as freedom of expression implies correlative rights, so may freedom of association. The freedom to do a thing, when guaranteed by the Constitution interpreted purposively, implies a right to do it. The *Charter* cannot be subdivided into two kinds of guarantees — freedoms and rights.

objectifs communs » (par. 96 (nous soulignons)). Comme dans l’arrêt *Dunmore*, les juges majoritaires concluent que la mise en œuvre du droit individuel suppose la faculté d’agir de concert, ce qui peut nécessiter la protection d’activités collectives et, par conséquent, la reconnaissance de droits collectifs.

[65] En résumé, *Health Services* s’inscrit dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs. Il reconnaît comme eux que l’al. 2d) confère un droit individuel. Cependant, la Cour reconnaît aussi dans ce jugement, comme elle l’avait fait dans d’autres affaires, que l’al. 2d) peut à bon droit imposer une protection législative de l’activité collective pour assurer l’exercice véritable du droit individuel.

[66] Le juge Rothstein ajoute par ailleurs que « l’individu qui n’est pas membre d’une association ne bénéficie pas du droit constitutionnel d’exiger de son employeur qu’il négocie avec lui » (par. 179 et 187). À notre avis, cette conséquence n’a rien d’anormale. Elle découle logiquement du fait que le droit à la négociation collective est un droit dérivé, une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour permettre l’exercice véritable de la liberté d’association garantie par la Constitution : voir *CLA*, par. 30. Dans les cas où la liberté d’association ne peut être invoquée, le droit dérivé permettant d’exiger que l’employeur négocie ne saurait exister.

(iv) La thèse voulant que l’al. 2d) confère une liberté et non un droit

[67] Notre collègue fait également valoir qu’en imposant un processus qui permet un véritable dialogue sur les questions liées au travail, *Health Services* transforme à tort une liberté négative en un droit positif. Cette distinction nette entre une liberté et un droit nous paraît intenable. La liberté d’expression emporte des droits corrélatifs, la liberté d’association aussi. Lorsqu’elle est garantie par la Constitution interprétée de manière téléologique, la liberté d’accomplir un acte implique le droit d’accomplir cet acte. La *Charte* ne saurait prévoir deux catégories distinctes de garanties, d’une part les libertés, d’autre part les droits.

[68] The majority in both *Dunmore* and *Health Services* held that freedom to associate may require the state to take positive steps. Bastarache J. in *Dunmore* underlined that “it may be asked whether the distinction between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations” (para. 20). He further noted that

history has shown, and Canada’s legislatures have uniformly recognized, that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. . . . In this context, it must be asked whether, in order to make the freedom to organize meaningful, s. 2(d) of the *Charter* imposes a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups. [para. 20]

[69] This Court has consistently rejected a rigid distinction between “positive” freedoms and “negative” rights in the *Charter*. For example, it recently held that s. 2(b) may require the government to disclose documents to the public in order to enable meaningful discourse: *CLA*, at para. 37. As stated by L’Heureux-Dubé J. in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995:

The distinctions between “freedoms” and “rights”, and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information. [p. 1039]

[70] A purposive protection of freedom of association may require the state to act positively to protect the ability of individuals to engage in fundamentally important collective activities, just as

[68] Tant dans *Dunmore* que dans *Health Services*, les juges majoritaires décident que la liberté de s’associer peut imposer à l’État l’obligation de prendre des mesures concrètes. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache souligne qu’« on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l’État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail » (par. 20). Il ajoute que

[l]’histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu’une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. [. . .] Dans ce contexte, il faut se demander si, pour que la liberté syndicale ait un sens, l’al. 2d) de la *Charte* impose à l’État l’obligation positive d’étendre la protection légale à des groupes non protégés. [par. 20]

[69] Notre Cour s’est toujours refusée à établir une distinction rigide entre les libertés « positives » et les droits « négatifs » consacrés par la *Charte*. Par exemple, elle a récemment statué que l’al. 2b) peut exiger de l’État qu’il communique des documents au public afin d’assurer un débat véritable : *CLA*, par. 37. Comme le souligne la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995 :

Les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s’éloigner du contexte de l’approche fondée sur l’objet énoncée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d’adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s’imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d’une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l’expression, ou à assurer l’accès du public à certains types de renseignements. [p. 1039]

[70] Tout comme l’interprétation téléologique de la liberté d’expression peut obliger l’État à divulguer des documents pour permettre un débat public significatif, l’interprétation téléologique de la

a purposive interpretation of freedom of expression may require the state to disclose documents to permit meaningful discussion.

[71] With respect, we also do not agree that the structure of the *Charter* reflects a rigid distinction between freedoms and rights. Rothstein J.'s reasons state that "[w]hen the *Charter* uses the term 'right', as it does in ss. 7 to 12, either a positive entitlement is introduced, or a right to be free of some restriction or prohibition (i.e. a freedom) is introduced" (para. 192).

[72] In fact, many of the rights in ss. 7 to 12 do not entitle individuals to any form of state action. Rather these provisions guarantee a mixture of negative and positive rights. For instance, s. 9 protects "the right not to be arbitrarily detained or imprisoned" and s. 12 protects "the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment". But s. 10 also protects a right to counsel and imposes a corresponding duty on police officers to facilitate the exercise of this right. See also *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 107, referring to "the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment" (emphasis added).

[73] It may also be observed that *Health Services* does not impose constitutional duties on private employers, but on governments as employers and parliaments and legislatures as law makers, in accordance with s. 32 of the *Charter*. Rather, the majority held that individuals have a right against the state to a process of collective bargaining in good faith, and that this right requires the state to impose statutory obligations on employers. As held by Cory and Iacobucci JJ. in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, one must "distinguish between 'private activity' and 'laws that regulate private activity'. The former is not subject to the *Charter*, while the latter obviously is" (para. 66). If workers are incapable of exercising their right to collective bargaining, they may only bring a *Charter* claim

liberté d'association et de la protection qu'elle offre peut obliger l'État à prendre des mesures concrètes pour permettre aux individus de prendre part à des activités collectives d'importance fondamentale.

[71] En toute déférence, nous ne pouvons déduire de la manière dont elle est conçue que la *Charte* établit une distinction rigide entre les libertés et les droits. Le juge Rothstein dit que « [l]orsque la *Charte* emploie le terme "droit" aux art. 7 à 12, elle reconnaît soit un droit positif, soit un droit d'échapper à quelque limitation ou interdiction (c.-à-d., une liberté) » (par. 192).

[72] En fait, bon nombre des droits conférés aux art. 7 à 12 ne comportent pas de garantie d'un type particulier d'action de l'État. Ces dispositions reconnaissent plutôt un ensemble diversifié de droits négatifs et positifs. À titre d'exemple, l'art. 9 reconnaît à chacun le « droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». L'article 12 confère le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Mais l'art. 10 protège également le droit à l'assistance d'un avocat et impose aux policiers l'obligation concomitante de faciliter l'exercice de ce droit. Voir aussi *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 107, où la Cour renvoie à la garantie contre tous traitements ou peines cruels et inusités que prévoit l'art. 12.

[73] On peut également faire observer que *Health Services* n'impose pas d'obligations constitutionnelles aux employeurs du secteur privé, mais plutôt aux gouvernements à titre d'employeurs ainsi qu'au Parlement et aux assemblées législatives en qualité de législateurs, conformément à l'art. 32 de la *Charte*. Les juges majoritaires reconnaissent ainsi que les individus possèdent, vis-à-vis de l'État, le droit à un processus de négociation collective de bonne foi et que ce droit demande à l'État d'imposer des obligations légales aux employeurs. Comme le relèvent les juges Cory et Iacobucci dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, il faut faire une distinction « entre l'"activité privée" et la "loi qui régit l'activité privée". La première n'est pas assujettie à la *Charte*, alors que la seconde l'est

against the government and not their employer, and they must show a state action.

(v) The Argument That *Health Services* Privileges Particular Associations

[74] Our colleague argues that the effect of *Health Services* is to privilege some associations over others, by interpreting s. 2(d) in a way that is not content-neutral. Broadly put, the argument appears to be that, by considering the goals of a particular association, one moves beyond pure associational activity into a court-based selection of what goals are acceptable and what goals are not.

[75] Yet consideration of goals cannot be avoided. One of the basic principles of *Charter* interpretation is that rights must be interpreted in a purposive way — having regard for the purposes, or goals, they serve. Thus, in the *Alberta Reference*, McIntyre J. described the core of s. 2(d) protection as being association “both to satisfy [a] desire for social intercourse and to realize common purposes” (p. 395 (emphasis added)). *Dunmore* resolved the issue, not by saying that the s. 2(d) right must be content-neutral, but by asserting that it must be interpreted in conjunction with Canada’s values and international human rights and labour law commitments. In our view, this is the preferable approach. A content-neutral right is too often a meaningless right.

(vi) The Argument That *Health Services* Gives Contracts Priority Over Statutes

[76] Our colleague argues that *Health Services* gives constitutional status to contracts, privileging them over statutes. The argument is based on the

manifestement » (par. 66). Les travailleurs qui sont dans l’impossibilité d’exercer leur droit de négociation collective ne peuvent que poursuivre l’État, et non leur employeur, sur le fondement de la *Charte*, et ils doivent faire la preuve d’une action de l’État.

(v) L’argument selon lequel *Health Services* favorise certaines associations

[74] Notre collègue prétend que l’arrêt *Health Services* favorise certaines associations par rapport à d’autres parce que la Cour y interprète l’al. 2d) d’une manière qui n’est pas neutre quant à la nature de la liberté exercée. D’un point de vue général, il paraît soutenir qu’en considérant les objectifs d’une association en particulier, on passe de la protection de l’activité associative pure à un processus de détermination judiciaire des objectifs associatifs admissibles ou inadmissibles.

[75] Or, l’examen des objectifs ne peut être évité. L’un des principes fondamentaux d’interprétation de la *Charte* veut que les droits doivent être interprétés de manière téléologique, c’est-à-dire au regard des objectifs qui les sous-tendent ou de leur raison d’être. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre affirme que l’al. 2d) protège essentiellement le droit de s’associer à autrui « à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes » (p. 395 (nous soulignons)). Dans *Dunmore*, la Cour tranche la question non pas en affirmant que le droit conféré à l’al. 2d) doit être interprété de manière neutre quant à la nature de la liberté exercée, mais en statuant que son interprétation doit tenir compte des valeurs canadiennes ainsi que du droit international des droits de la personne et des engagements internationaux du pays en droit du travail. À notre avis, cette démarche est plus opportune. Trop souvent, un droit interprété sans égard à son objet demeure vide de sens.

(vi) L’argument selon lequel *Health Services* donne priorité au contrat sur la loi

[76] Selon le juge Rothstein, *Health Services* reconnaît une valeur constitutionnelle au contrat en le faisant primer la loi. Il considère que pour

view that *Health Services* holds that breach of collective agreements violates s. 2(d). In fact, as discussed above, this was not the finding in *Health Services*. The majority in *Health Services* held that the unilateral nullification of significant contractual terms, by the government that had entered into them or that had overseen their conclusion, coupled with effective denial of future collective bargaining, undermines the s. 2(d) right to associate, not that labour contracts could never be interfered with by legislation.

(vii) The Argument That *Health Services* Removes Judicial Deference to the Legislation

[77] Our colleague argues that *Health Services* undercuts the judicial deference courts have paid in the past to the legislature in labour relations. We observe at the outset that this argument rests on the premise — repeatedly rejected in *Health Services* — that the Court was constitutionally enshrining the Wagner model of labour relations. In fact this is not what *Health Services* held.

[78] As stated in *Health Services*, “[i]t may well be appropriate for judges to defer to legislatures on policy matters expressed in particular laws” (para. 26). What *Health Services* rejected was a judicial “no go” zone for an entire right on the ground that it may involve the courts in policy matters: creating such a *Charter*-free zone would “push deference too far” (*ibid.*). This Court reached a similar conclusion in *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at paras. 62-63.

[79] The approach to deference advanced in *Health Services* is consistent with this Court’s general jurisprudence. Deference should inform the determination of whether Parliament’s scheme satisfies the requirements of the *Charter*, as articulated by the courts. See P. Macklem, “Developments in Employment Law: The 1990-91 Term” (1992),

la Cour, le non-respect d’une convention collective emporte celui de l’al. 2d). Pourtant, nous l’avons déjà dit, *Health Services* n’a jamais comporté une telle conclusion. En effet, les juges majoritaires dans cet arrêt décident que l’annulation unilatérale de clauses contractuelles importantes dont l’État avait convenu ou dont il avait coordonné la conclusion, de pair avec l’exclusion dans les faits de toute négociation collective ultérieure, compromet l’exercice du droit de s’associer garanti à l’al. 2d), non qu’un contrat de travail ne peut jamais être modifié par voie législative.

(vii) L’argument selon lequel *Health Services* supprime la déférence des tribunaux envers le législateur

[77] Notre collègue affirme que *Health Services* sape la déférence que les tribunaux manifestaient jusqu’alors envers le législateur dans le domaine des relations du travail. Signalons d’emblée que son argument a pour prémisse — maintes fois rejetée dans *Health Services* —, que la Cour y constitutionnalise le modèle Wagner de relations du travail, ce qui n’est pas le cas en réalité.

[78] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Health Services*, « 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 » (par. 26). Ce qui a été rejeté dans cet arrêt c’est la prétention selon laquelle un droit serait entièrement « à l’abri des interventions judiciaires » au motif que celles-ci entraîneraient les tribunaux dans le domaine de la politique générale. Selon eux, une telle soustraction à l’application de la *Charte* « pousse trop loin le principe de la déférence judiciaire » (*ibid.*). Notre Cour tire la même conclusion dans *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, aux par. 62-63.

[79] La déférence préconisée dans *Health Services* se situe dans le droit fil de la jurisprudence générale de notre Cour. Il faut maintenir une attitude de déférence au moment de déterminer si une loi du Parlement satisfait aux exigences de la *Charte* établies par les tribunaux (voir P. Macklem, « Developments in Employment Law :

3 *S.C.L.R.* (2d) 227, at pp. 239-41. Conversely, the courts should not rely on deference to narrow the meaning of *Charter* rights in the first place. Doing so would abdicate the courts' duty as the "final arbiters of constitutionality in Canada" (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 31).

[80] In *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, the reasons of both LeBel J. and Bastarache J. (dissenting) rejected the view that deference to Parliament on labour relations created a *Charter*-free zone of legislative action, although there was disagreement on the scope of s. 2(d) and the application of the *Charter*. The reasons of LeBel J., written on behalf of a minority of the Court in finding no violation of s. 2(d), acknowledged the existence of a jurisprudential policy of non-intervention in labour relations. However, LeBel J. also stated that "the jurisprudence of this Court has never held that labour laws are immune to *Charter* review" (para. 162).

[81] Rothstein J. argues that courts should consider deference to Parliament in determining the scope of s. 2(d). This approach is inconsistent with this Court's decision in *Dunmore*. While Rothstein J. adopts the approach of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, this Court has since distanced itself from this view. In *Dunmore*, Bastarache J. referred to McIntyre J.'s discussion of deference under s. 1, rather than in outlining the scope of s. 2(d): para. 57; see also *Delisle*, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting; *KMart Canada Ltd.*, at paras. 62-63, in which Cory J. referred to this passage from McIntyre J.'s reasons under s. 1 in a freedom of expression case. Deference to legislatures properly plays a part, not in defining the nature and scope of a constitutional right, but within the margin of appreciation that the *Oakes* analytical process acknowledges, particularly at the minimal impairment stage.

The 1990-91 Term » (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227, p. 239-241). Les tribunaux ne doivent pas pour autant invoquer la déférence pour restreindre au départ la portée de droits garantis par la *Charte*, car ils se déroberaient alors à leurs obligations en tant qu'« arbitre[s] ultime[s] [. . .] en matière de constitutionnalité au Canada » (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 31).

[80] Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, en dépit de leur désaccord sur la portée de l'al. 2d) et l'application de la *Charte*, tant le juge LeBel que le juge Bastarache (dissident) rejettent l'idée que la déférence envers le législateur en matière de relations du travail soustrait l'action législative à l'application de la *Charte*. Le juge LeBel, au nom des juges minoritaires selon lesquels il n'y avait pas violation de l'al. 2d), reconnaît l'existence d'un principe de non-intervention judiciaire dans les relations du travail. Cependant, il ajoute que « les arrêts de notre Cour n'ont jamais conclu que les lois du travail se trouvaient à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte* » (par. 162).

[81] Le juge Rothstein soutient que les tribunaux doivent tenir compte de la déférence qui s'impose envers le Parlement pour déterminer la portée de l'al. 2d). Cette prétention est incompatible avec la décision de notre Cour dans *Dunmore*. Notre collègue adhère ainsi au point de vue exprimé par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, mais notre Cour s'est dissociée de celui-ci depuis. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache renvoie à l'analyse du juge McIntyre concernant la déférence en fonction de l'article premier plutôt qu'aux fins de déterminer la portée de l'al. 2d) : par. 57; voir également *Delisle*, les juges Cory et Iacobucci, dissidents, et *KMart Canada Ltd.*, par. 62-63, où le juge Cory reprend ce passage des motifs du juge McIntyre pour l'application de l'article premier dans une affaire de liberté d'expression. La déférence envers le législateur joue comme il se doit non pas dans la définition de la nature et de la portée d'un droit constitutionnel, mais bien dans l'appréciation que permet le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Oakes*, spécialement à l'étape de l'atteinte minimale.

(viii) The Argument of Unworkability

[82] Rothstein J. argues that *Health Services* is unworkable and therefore must be overturned (para. 256).

[83] The short answer to this argument is that unworkability has not been established. Winkler C.J.O. speculates that more will be required to make *Health Services* work, and academics have weighed in with great passion, some in favour of the decision, some against it. But there is no concrete evidence that the principles enunciated in *Dunmore* and *Health Services* are unworkable or have led to intolerable results. It is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice. In *Henry*, in holding this Court's decision in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, to be unworkable 19 years after it was delivered, Binnie J. noted that the unworkability of that decision "only emerged over time as the courts have struggled to work with the distinction between impeachment of credibility and incrimination" (para. 45).

[84] Rothstein J. argues that the distinction drawn in *Health Services* between substantive and procedural rights is unworkable. Again, we must disagree. In our colleague's view, the procedural right to collective activity under s. 2(d) would impinge on the substantive right to a concluded collective agreement rejected in *Health Services*. However, substantive impact does not invalidate a procedural right. All procedures affect outcomes, but that does not mean that all procedural rights are unworkable. The *Charter* may protect collective bargaining and not the fruits of that process.

[85] Rothstein J. also suggests that more is required to transform the principles in *Health Services* into a full-blown labour relations scheme. This, however, does not establish unworkability. It is not the role of this Court to specify in advance

(viii) L'argument de l'inapplicabilité

[82] Le juge Rothstein affirme également que l'arrêt *Health Services* est inapplicable et qu'il y a donc lieu de l'écartier (par. 256).

[83] La réponse lapidaire à cet argument est que l'inapplicabilité n'est pas établie. Le juge en chef Winkler avance l'hypothèse que des ajouts seraient nécessaires pour rendre l'arrêt *Health Services* applicable, et des auteurs se prononcent avec ferveur, certains en faveur de la décision, d'autres contre. Or, rien ne démontre concrètement que les principes dégagés dans *Dunmore* et *Health Services* seraient inapplicables ou qu'ils auraient entraîné des résultats inadmissibles. Il est prématuré de conclure à l'inapplicabilité pratique de l'arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans. Dans *Henry*, le juge Binnie déclare inapplicable l'arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, 19 ans après son prononcé, en soulignant que l'inapplicabilité s'est manifestée « graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer » (par. 45).

[84] Pour le juge Rothstein, la distinction établie dans *Health Services* entre droit substantiel et droit procédural n'est pas applicable. Encore une fois, nous ne pouvons partager son avis. Notre collègue estime que le droit procédural à l'activité collective protégé à l'al. 2d) empiète sur le droit substantiel à la conclusion d'une convention collective pourtant écarté dans *Health Services*. Cependant, l'incidence sur le droit substantiel n'invalide pas le droit procédural. La procédure influe toujours sur le résultat, mais tout droit procédural n'est pas inapplicable pour autant. La *Charte* peut protéger la négociation collective, mais non le fruit de ce processus.

[85] Le juge Rothstein laisse par ailleurs entendre que des additions seraient nécessaires pour transformer les principes de l'arrêt *Health Services* en un véritable régime de relations du travail, ce qui ne prouve toutefois pas son inapplicabilité. En



precisely which model of labour relations the legislature should adopt. Instead, its role is to outline the boundaries within which the legislature must operate, and to assess if the scheme developed by legislators satisfies this test.

(ix) The Argument on Academic Criticism

[86] Justice Rothstein argues that academic criticism supports the view that *Health Services* should be overturned. While he agrees that criticism of a judgment is not sufficient to justify overruling it, he asserts that it is reason for the Court to “take notice”.

[87] The first point to note is that the decisions that Rothstein J. relies on, the Trilogy and *PIPSC*, were themselves the subject of intense academic criticism (see, e.g., Macklem, at p. 240: “the combined effect of the Labour Trilogy and *P.I.P.S.* is a national embarrassment”; see also D. Beatty and S. Kennett, “Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573; A. C. Hutchinson and A. Petter, “Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter” (1988), 38 *U.T.L.J.* 278; R. Elliot, “Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term” (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83). The real question is whether the academic criticism raises concerns not identified in *Health Services* that would justify overruling it.

[88] Moreover, as our colleague acknowledges, there was a range of opinions expressed about the decision in *Health Services*. As is often the case, some commentators agree, while others disagree in whole or in part. A number of comments approved of the shift away from the Trilogy in favour of a broader and more contextual understanding of freedom of association: see, e.g., C. Brunelle, “La liberté d’association se porte mieux: un commentaire de l’arrêt *Health Services*”, in *Conférence des juristes de l’État 2009: XVIII<sup>e</sup> Conférence* (2009), 237; P. Verge, “L’affirmation constitutionnelle de la liberté d’association: une nouvelle vie

effet, il ne revient pas à la Cour de préciser d’avance le modèle de relations du travail que devrait adopter le législateur. Il lui appartient plutôt de déterminer la marge de manœuvre dont dispose ce dernier, puis de décider si le régime établi satisfait aux exigences.

(ix) L’argument fondé sur les critiques des auteurs

[86] Le juge Rothstein fait valoir que les critiques des auteurs le confortent dans l’idée qu’il faut rompre avec *Health Services*. Même s’il convient que la critique d’un jugement ne saurait justifier son renversement, notre collègue prétend qu’il faut cependant que notre Cour en « prenne acte ».

[87] Signalons d’abord que les précédents invoqués par le juge Rothstein — la trilogie et *IPFPC* — ont eux aussi été fortement critiqués (voir, p. ex., Macklem, p. 240, où il dit que [TRADUCTION] « l’effet combiné de la trilogie et d’*IPFPC* crée un malaise à l’échelle nationale »; voir aussi D. Beatty et S. Kennett, « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573; A. C. Hutchinson et A. Petter, « Private Rights/Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter » (1988), 38 *U.T.L.J.* 278; R. Elliot, « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83). Il convient plutôt de se demander si la doctrine relève des problèmes non abordés dans *Health Services* qui justifieraient le renversement de cet arrêt.

[88] De plus, ainsi que le reconnaît notre collègue, des opinions variées ont été exprimées à l’égard de l’arrêt *Health Services*. Comme cela se produit souvent, certains auteurs l’approuvent, d’autres sont totalement ou partiellement en désaccord avec elle. Un certain nombre de commentaires appuient l’abandon de la trilogie au bénéfice d’une conception plus large et plus contextuelle de la liberté d’association : voir, p. ex., C. Brunelle, « La liberté d’association se porte mieux : un commentaire de l’arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l’État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence* (2009), 237; P. Verge, « L’affirmation

pour l'autonomie collective?" (2010), 51 *C. de D.* 353. Indeed, some commentators fault this Court's decision for not going far enough in protecting collective bargaining and related issues: see, e.g., P. Verge, "La Cour suprême, le 'droit' à la négociation collective et le 'droit' de grève" (2006), 66 *R. du B.* 391; P. Verge, "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets" (2009), 50 *C. de D.* 267; J. Cameron, "The Labour Trilogy's Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297; J. Cameron, "Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.

(x) The Argument on Canadian Labour History

[89] Rothstein J. takes issue with the discussion of Canadian labour history in *Health Services*, pointing out that hostility to collective bargaining is part of Canadian labour law history. We agree with this obvious fact, which was largely true until the Second World War, which is indeed referred to in the majority reasons in *Health Services*.

[90] The relevant question from the perspective of interpreting s. 2(d) of the *Charter* is not whether courts in the past have undermined collective bargaining, but rather whether Canadian society's *understanding* of freedom of association, viewed broadly, includes the right to collective bargaining in the minimal sense of good faith exchanges affirmed in *Health Services*. Whether that right has been consistently guaranteed by the legal system does not resolve the issue before us, the content of the s. 2(d) guarantee. *Charter* guarantees must be given a generous and purposive interpretation. While the practice of courts pre-*Charter* may assist in interpreting *Charter* guarantees, it does not freeze them forever in a pre-*Charter* vice.

constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective? » (2010), 51 *C. de D.* 353. Certains auteurs reprochent même à la Cour de ne pas aller assez loin dans la protection de la négociation collective et d'autres questions connexes : voir notamment P. Verge, « La Cour suprême, le "droit" à la négociation collective et le "droit" de grève » (2006), 66 *R. du B.* 391; P. Verge, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets » (2009), 50 *C. de D.* 267; J. Cameron, « The Labour Trilogy's Last Rites : *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297; J. Cameron, « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.

(x) L'argument fondé sur l'évolution du droit du travail au Canada

[89] Le juge Rothstein conteste l'historique des relations du travail au Canada que dresse la Cour dans *Health Services* et il souligne l'hostilité dont la négociation collective a fait historiquement l'objet au pays. Nous convenons de ce fait manifeste, généralement observable jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, et les juges majoritaires le mentionnent effectivement dans *Health Services*.

[90] Pour interpréter l'al. 2d) de la *Charte*, il ne faut pas se demander si les tribunaux ont déjà sapé les régimes de négociation collective dans le passé, mais bien si la *conception* que se fait la société canadienne de la liberté d'association, considérée largement, englobe le droit de négociation collective, compris dans le sens d'un droit minimal strict à des échanges de bonne foi reconnu dans *Health Services*. D'ailleurs on ne réglera pas le problème posé devant notre Cour, soit le contenu de la garantie constitutionnelle de l'al. 2d), en se demandant si notre système juridique a toujours garanti ce droit. Les garanties constitutionnelles doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique. La jurisprudence antérieure à la *Charte* peut être utile à leur interprétation, mais elle n'immobilise pas ces garanties dans une vision antérieure à la *Charte*.

(xi) The Argument on International Law

[91] Rothstein J. takes issue with the majority's conclusion in *Health Services* that international law supports a finding that s. 2(d) includes a right to collective bargaining.

[92] The majority in *Health Services* discussed both “Canada’s *current* international law commitments and the current state of international thought on human rights” (para. 78 (underlining added)). *Charter* rights *must* be interpreted in light of Canadian values and Canada’s international and human rights commitments. In *Dunmore*, Bastarache J. emphasized the relevance of these in interpreting s. 2(d) in the context.

[93] The fundamental question from the perspective of s. 2(d) is whether Canada’s international obligations support the view that collective bargaining is constitutionally protected in the minimal sense discussed in *Health Services*. The majority in *Health Services* relied on three documents that Canada has endorsed: the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, 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”).

[94] The decision rendered by the ILO Committee on Freedom of Association (“CFA”), in the conflict between the employees of the B.C. health services and the government of British Columbia, concerned the very conflict that formed the factual background of the decision in *Health Services*. After applying Convention No. 87 and noting that Canada had not ratified *Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257 (“Convention No. 98”), the CFA concluded that

(xi) L’argument fondé sur le droit international

[91] Le juge Rothstein exprime également son désaccord avec l’avis des juges majoritaires dans *Health Services* selon lequel le droit international permet de conclure que l’al. 2d) inclut un droit à la négociation collective.

[92] Dans cet arrêt, les juges majoritaires se penchent à la fois sur « les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et [sur] l’opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne » (par. 78 (nous soulignons)). Les droits constitutionnels *doivent* être interprétés à la lumière des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du pays en matière de droits de la personne. Ainsi, dans *Dunmore*, le juge Bastarache insiste sur la pertinence de ces éléments pour interpréter l’al. 2d) eu égard au contexte.

[93] La question fondamentale qui se pose alors sous l’angle de l’al. 2d) consiste à rechercher si les obligations internationales du Canada permettent de conclure que la négociation collective bénéficie de la protection constitutionnelle au sens strict entendu dans *Health Services*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires s’appuient sur trois instruments internationaux entérinés par le Canada : le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« Convention n° 87 ») de l’Organisation internationale du Travail (« OIT »).

[94] La décision du Comité de la liberté syndicale de l’OIT (« CLS ») dans le conflit opposant les employés des services de santé de la Colombie-Britannique et le gouvernement de la province visait le différend même qui est à l’origine de l’arrêt *Health Services*. Après avoir appliqué la Convention n° 87 et avoir indiqué que le Canada n’avait pas ratifié la *Convention (n° 98) concernant l’application des principes du droit d’organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257 (« Convention n° 98 »), le CLS conclut que

the action of the government of British Columbia violated the employees' right to freedom of association. It stated that the unilateral cancellation of collective agreements "may have a detrimental effect on workers' interests in unionization, since members and potential members could consider it useless to join an organization the main objective of which is to represent its members in collective bargaining, if the results of bargaining are constantly cancelled by law" (Report No. 330 (2003), vol. LXXXVI, Series B, No. 1, at para. 304).

[95] Rothstein J. argues that Convention No. 98 (which is not binding on Canada) does not support "a version of collective bargaining that includes a duty to bargain in good faith" (para. 249). While voluntariness is a component of the international model of collective bargaining — as noted by the majority in *Health Services* (para. 77, citing B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Intern'l Lab. Rev.* 33, at pp. 51-52) — the ILO Committee of Experts has not found compulsory collective bargaining to be contrary to international norms. The 1994 Report of the Committee of Experts discussed the domestic schemes that compelled employers to bargain with unions, listing Canada, and approvingly stated that such schemes illustrated "the principle that employers and trade unions should negotiate in good faith and endeavour to reach an agreement" (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Freedom of Association and Collective Bargaining* (1994), at para. 243). This is precisely the general principle that *Health Services* endorses.

(xii) The Argument on Charter Values

[96] Rothstein J. argues that the majority in *Health Services* erred in relying on the underlying values of the *Charter* when interpreting the scope of s. 2(d) rather than on the text of the *Charter* itself (paras. 252-54). We can only respond that a value-oriented approach to the broadly worded

la mesure du gouvernement de la province porte atteinte à la liberté d'association des employés. Il affirme que l'annulation unilatérale de conventions collectives « peut saper la confiance des salariés dans la valeur de l'appartenance à un syndicat, les membres ou les adhérents potentiels étant ainsi incités à considérer qu'il est inutile d'adhérer à une organisation dont le but principal est de représenter ses membres dans les négociations collectives, si les résultats de ces dernières sont souvent annulés par voie législative » (Rapport n° 330 (2003), vol. LXXXVI, série B, n° 1, par. 304).

[95] Le juge Rothstein soutient que la Convention n° 98 (qui ne lie pas le Canada) n'étaye pas la thèse d'une « négociation collective entendue au sens où l'employeur est tenu de négocier de bonne foi » (par. 249). Bien que le caractère volontaire de ce processus soit inhérent à la notion internationale de négociation collective — comme le signalent les juges majoritaires dans *Health Services* (par. 77, citant B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, p. 51-52) —, la Commission d'experts de l'OIT ne conclut pas que la négociation collective obligatoire contrevient aux normes internationales. Dans son rapport de 1994, la commission examine les régimes nationaux, dont celui du Canada, qui obligent l'employeur à négocier avec un syndicat et elle relève avec satisfaction qu'ils illustrent le « principe selon lequel employeurs et syndicats doivent négocier de bonne foi en s'efforçant d'arriver à un accord » (Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, *Liberté syndicale et négociation collective* (1994), par. 243). Tel est précisément le principe général repris dans *Health Services*.

(xii) L'argument fondé sur les valeurs de la Charte

[96] Selon le juge Rothstein, dans *Health Services*, les juges majoritaires ont tort de s'appuyer sur les valeurs qui sous-tendent la *Charte* plutôt que sur le texte lui-même de celle-ci lorsqu'ils interprètent la portée de l'al. 2d) (par. 252-254). Nous répondons simplement qu'interpréter en fonction des valeurs

guarantees of the *Charter* has been repeatedly endorsed by *Charter* jurisprudence over the last quarter century.

(xiii) Conclusion

[97] Notwithstanding the comprehensive reasons of our colleague, we conclude that *Health Services* is grounded in precedent, consistent with Canadian values, consistent with Canada's international commitments and consistent with this Court's purposive and generous interpretation of other *Charter* guarantees. In our view, it should not be overturned.

(2) Application: Have the Respondents Established a Breach of Section 2(d)?

[98] The essential question is whether the *AEPA* makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible, as was the case in *Dunmore*. If the *AEPA* process, viewed in terms of its effect, makes good faith resolution of workplace issues between employees and their employer effectively impossible, then the exercise of the right to meaningful association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* will have been limited, and the law found to be unconstitutional in the absence of justification under s. 1 of the *Charter*. The onus is on the farm workers to establish that the *AEPA* interferes with their s. 2(d) right to associate in this way.

[99] As discussed above, the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith is a derivative right under s. 2(d) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association. The question is whether the *AEPA* provides a process that satisfies this constitutional requirement.

[100] Under the *AEPA*, the right of employees' associations to make representations to their employers is set out in s. 5. The relevant sections are ss. 5(1), (5), (6) and (7):

de la *Charte* les garanties formulées dans celle-ci de manière générale est conforme à la jurisprudence constitutionnelle des 25 dernières années.

(xiii) Conclusion

[97] En dépit des motifs détaillés de notre collègue, nous arrivons à la conclusion que l'arrêt *Health Services* prend appui dans les décisions antérieures, qu'il est compatible avec les valeurs canadiennes, qu'il respecte les engagements internationaux du Canada et qu'il s'inscrit dans la foulée de l'interprétation téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles, en sorte qu'il n'y a pas lieu selon nous de l'écartier.

(2) Application : Les intimés ont-ils établi l'atteinte à l'al. 2d)?

[98] La Cour doit essentiellement se demander si, à l'instar des textes législatifs considérés dans *Dunmore*, la *LPEA* rend de fait impossible l'association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail. Si, considéré sous l'angle de son effet, le processus de la *LPEA* rend effectivement impossible le règlement de bonne foi des différends liés au travail opposant employés et employeurs, on se trouve devant une restriction du droit d'association véritable garanti à l'al. 2d) de la *Charte* et la loi est inconstitutionnelle sauf justification au regard de l'article premier de la *Charte*. Il incombe aux travailleurs agricoles d'établir que la *LPEA* porte ainsi atteinte à leur droit constitutionnel de s'associer.

[99] Rappelons que le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi est dérivé de la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et qu'il est nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association. Il faut alors rechercher si la *LPEA* prévoit un processus qui satisfait à cette exigence constitutionnelle.

[100] Dans la *LPEA*, le droit d'une association d'employés de formuler des observations à l'intention de l'employeur est prévu à l'art. 5, dont voici les paragraphes pertinents :

5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

[101] Sections 5(6) and (7) are critical. They provide that the employer shall listen to oral representations, and read written representations, and acknowledge having read them. They do not expressly refer to a requirement that the employer consider employee representations in good faith. Nor do they rule it out. By implication, they include such a requirement.

[102] Three considerations lead us to conclude that any ambiguity in ss. 5(6) and (7) should be resolved by interpreting them as imposing a duty on agricultural employers to consider employee representations in good faith.

[103] The first consideration is the principle that a statute should be interpreted in a way that gives meaning and purpose to its provisions. This requires us to ask what the purpose of the requirements in ss. 5(6) and (7) is. There can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations. No labour relations purpose is served merely by *pro forma* listening or reading. To fulfill the purpose of reading or listening, the employer must consider the submission. Moreover, the employer must do so in good faith: consideration with a closed mind would render listening or reading the submission pointless.

5. (1) Un employeur donne à une association d'employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi d'un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) L'association d'employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L'employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l'employeur informe l'association d'employés par écrit qu'il les a lues.

[101] Les paragraphes 5(6) et (7) revêtent une importance cruciale. Ils disposent que l'employeur écoute les observations présentées oralement et qu'il lit celles formulées par écrit, puis qu'il informe l'association qu'il les a lues. Ils n'exigent pas expressément de l'employeur qu'il examine de bonne foi les revendications de ses employés. Ils ne l'excluent pas non plus. L'obligation lui en est faite implicitement.

[102] Trois raisons nous incitent à conclure qu'il faut résoudre toute ambiguïté du libellé des par. 5(6) et (7) en tenant pour acquis que les dispositions obligent l'employeur agricole à examiner de bonne foi les observations de ses employés.

[103] La première découle du principe qu'une loi doit s'interpréter de manière que ses dispositions aient un sens et un objet. Il nous faut donc déterminer la raison d'être des exigences énoncées aux par. 5(6) et (7). Une seule explication peut être trouvée à l'obligation imposée à l'employeur d'écouter ou de lire les observations présentées par les employés : s'assurer que l'employeur considère effectivement ces observations. Une simple obligation d'écoute ou de lecture passive ne permettra pas de réaliser cet objectif. Pour s'acquitter de son obligation, l'employeur doit examiner les observations. De plus, il doit le faire de bonne foi : une attitude fermée rend l'examen sans objet.

[104] The second consideration is that Parliament and legislatures are presumed to intend to comply with the *Charter: Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was), dissenting in part; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33. At the time the *AEPA* was adopted *Dunmore* had pronounced that the *Charter* requires meaningful exercise of the right to associate in pursuit of workplace goals. Since *Health Services*, it has been clear that this requires employers to consider employee representations in good faith. Any ambiguity in the *AEPA* should be resolved accordingly.

[105] The third consideration is the expressed intention of the Minister in debates on the legislation. When introducing the legislation, she stated:

The government is advised that the Supreme Court of Canada decision regarding *Dunmore* versus Ontario obligates the government to extend legislative protections to agricultural workers. It obligates us to do this to ensure that employees have the right to form and join associations, as well as have the protection necessary to ensure that the freedom of association is meaningful. The government of Ontario will meet these obligations.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, 3rd Sess., 37th Parl., October 22, 2002, at p. 2340 (emphasis added))

[106] The government must, on the words of its Minister, have intended the legislation to achieve whatever is required to ensure meaningful exercise of freedom of association. As discussed above, meaningful exercise of the right to free association in the workplace context requires good faith consideration of employee representations. As pointed out by the respondents, the Minister also stated that the *AEPA* was not intended to “extend collective bargaining to agricultural workers”. However, this may be understood as an affirmation that the *AEPA* did not institute the dominant Wagner model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the *LRA*, not that the Minister

[104] La deuxième raison tient à la présomption selon laquelle le Parlement et les législatures veulent respecter la *Charte : Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), dissident en partie; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33. Lors de l’adoption de la *LPEA*, la Cour avait statué, dans *Dunmore*, que la *Charte* exigeait l’exercice véritable du droit de s’associer dans la poursuite d’objectifs liés au travail. Depuis l’arrêt *Health Services*, il est clair que l’employeur doit de ce fait examiner de bonne foi les observations de ses employés. Il faut résoudre en conséquence toute ambiguïté de la *LPEA*.

[105] La troisième raison se retrouve dans l’intention exprimée par la ministre responsable lorsque le projet de loi a été débattu. Voici ce qu’elle a déclaré en le présentant :

[TRADUCTION] Le gouvernement est informé que la décision de la Cour suprême du Canada dans *Dunmore* contre l’Ontario l’oblige à accorder une protection légale aux travailleurs agricoles. Il nous faut donc faire en sorte que ces employés jouissent du droit de former des associations et d’y adhérer, ainsi que de la protection voulue pour que leur liberté d’association ait un sens. Le gouvernement de l’Ontario satisfera à ces obligations.

(Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2002, p. 2340 (nous soulignons))

[106] À la lecture des propos tenus par la ministre, on doit conclure que le gouvernement a dû vouloir accomplir tout ce qui était nécessaire pour assurer l’exercice véritable de la liberté d’association. Comme nous l’affirmons précédemment, l’exercice véritable du droit de libre association dans le contexte du travail rend obligatoire l’examen de bonne foi des demandes formulées par les employés. Les intimés signalent que la ministre précise en outre que la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] « l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles ». On peut cependant en déduire que la *LPEA* n’instaure pas le modèle Wagner, prédominant en matière de

intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants.

[107] These considerations lead us to conclude that s. 5 of the *AEPA*, correctly interpreted, protects not only the right of employees to make submissions to employers on workplace matters, but also the right to have those submissions considered in good faith by the employer. It follows that s. 5 of the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*.

[108] It is argued that the record thus far under the *AEPA* gives little reason to think that the *AEPA* process will in fact lead to good faith consideration by employers. The evidence shows that the respondents attempted to engage employers in collective bargaining activities on a few occasions. On each occasion the employer ignored or rebuffed further engagement. The employers have refused to recognize their association and have either refused to meet and bargain with it or have not responded to the demands of the respondents.

[109] This history, scant as it is, does not establish that the *AEPA* violates s. 2(d). Indeed, the union has not made a significant attempt to make it work. As just discussed, properly interpreted, it does not violate s. 2(d). Moreover, the process has not been fully explored and tested. The *AEPA*, as Farley J. noted, contemplates a meaningful exercise of the right of association, and provides a tribunal for the resolution of disputes.

[110] Farley J. expressed cautious hope that the Tribunal created by the Act would prove efficacious and that the relief claimed might be granted:

One would think it better to see how the Tribunal operates in fact before condemning it as powerless to deal with such abuses. . . . I am of the view that this condemnation is premature. A successful application would do one of several things: be effective positively

négociation collective, ou qu'elle ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. Toutefois, ces commentaires ne signifient pas que la ministre voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l'al. 2d).

[107] Pour ces raisons, nous concluons que l'art. 5 de la *LPEA*, s'il est correctement interprété, protège non seulement le droit des employés de présenter à l'employeur des observations relatives au travail, mais aussi celui de les voir prises en considération de bonne foi par le destinataire. L'article 5 de la *LPEA* ne porte donc pas atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

[108] Les intimés plaident qu'à ce jour, les faits donnent peu de raisons de croire que le processus établi par la *LPEA* mènera vraiment à un examen de bonne foi par l'employeur. La preuve révèle que les intimés ont tenté à quelques reprises de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais qu'à chaque fois, ces derniers ont fait la sourde oreille ou refusé de négocier plus avant. Les employeurs ont refusé de reconnaître l'association et ils ont soit écarté toute rencontre en vue de négocier avec elle, soit omis de répondre aux demandes des intimés.

[109] La brève histoire de ces tentatives ne saurait établir que la *LPEA* contrevient à l'al. 2d). En effet, le syndicat n'a pas fait d'efforts significatifs pour faire fonctionner ce nouveau régime. Nous le répétons, correctement interprétée, la *LPEA* respecte l'al. 2d). En outre, le processus qu'elle prévoit n'a pas été pleinement exploré et mis à l'épreuve. Comme le signale le juge Farley, la *LPEA* a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle crée un tribunal pour le règlement des différends.

[110] Le juge Farley exprime avec prudence l'espoir que le Tribunal créé par la Loi se révèle efficace et que la réparation demandée puisse être accordée :

[TRADUCTION] Il semble préférable de voir comment le Tribunal s'acquitte de sa tâche dans les faits avant de le déclarer inapte à réprimer de tels abus. [. . .] À mon avis, cette condamnation est prématurée. Une demande accueillie produit l'un ou l'autre des résultats suivants :



as to action; or morally give the wrongdoing employer a “bloody nose”; or if truly an empty process, it would demonstrate the need for strengthening by legislative amendment. [para. 18]

[111] Farley J. accordingly found that the complaint was premature:

... it would seem to me to be a premature and unfair complaint that the Tribunal charged under the *AEPA* with dealing with complaints — namely the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal — is bereft of expertise in labour relations given its bipartite composition of labour and agricultural experienced personnel. That Tribunal should be given a fair opportunity to demonstrate its ability to appropriately handle the function given to it by the *AEPA*. [para. 28]

[112] Section 11 of the *AEPA* specifically empowers the Tribunal to make a determination that there has been a contravention of the Act, and to grant an order or remedy with respect to that contravention. The Tribunal may be expected to interpret its powers, in accordance with its mandate, purposively, in an effective and meaningful way. Labour tribunals enjoy substantial latitude when applying their constituent statutes to the facts of a given case. As stated by the Ontario Labour Relations Board in *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384:

The Act does not spell out each and every right and obligation of labour and management. This Board is left with the task of applying the Act’s general language in the light of an infinite variety of circumstances which may arise. A rigid scheme of regulation is avoided and flexibility is provided although all within the limitations necessary to effectuate the dominant purpose of the Act. [pp. 399-400]

[113] We conclude the *AEPA* does not breach s. 2(d) of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider the s. 1 arguments that the respondents’ demands for full *LRA* protections would be inappropriate because of the diverse nature of the agricultural sector, ranging from small family operations to larger commercial establishments.

faire véritablement avancer les choses ou infliger un « revers » moral à l’employeur fautif ou encore, s’il s’agit véritablement d’un processus vain, démontre la nécessité d’une modification législative visant à le resserrer. [par. 18]

[111] Il conclut donc que la plainte est prématurée :

[TRADUCTION] ... il me paraît prématuré et injuste d’affirmer que le Tribunal chargé par la *LPEA* de l’audition des plaintes — le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales — n’a pas d’expertise en relations du travail étant donné qu’il est bipartite et compte à la fois des membres provenant du monde du travail et des membres issus du milieu de l’agriculture. Il convient de donner au Tribunal la possibilité raisonnable de montrer qu’il peut s’acquitter adéquatement de la fonction que lui confie la *LPEA*. [par. 28]

[112] L’article 11 de la *LPEA* habilite expressément le Tribunal à déterminer s’il y a eu infraction à la Loi et à rendre des ordonnances réparatrices. De plus, le Tribunal pourrait, conformément à son mandat, interpréter téléologiquement ses pouvoirs de façon qu’ils soient efficaces et utiles. Les tribunaux du travail jouissent d’une grande latitude pour appliquer leur loi constitutive aux faits particuliers des affaires dont ils sont saisis. Comme le souligne la Commission des relations de travail de l’Ontario dans *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 :

[TRADUCTION] La Loi n’énumère pas chacun des droits et des obligations des employés et de la direction. Il revient à la Commission d’appliquer le libellé général de la Loi en fonction de la myriade de situations qui peuvent se présenter. On évite ainsi d’appliquer un cadre réglementaire rigide et on recourt à la souplesse, mais compte tenu des limitations que rend nécessaires la réalisation de l’objectif principal de la Loi. [p. 399-400]

[113] Nous concluons que la *LPEA* ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l’al. 2d) de la *Charte*. Il n’y a donc pas lieu d’examiner au regard de l’article premier la prétention des intimés selon laquelle la nature multiforme du secteur agricole, qui englobe tant de petites exploitations familiales que de grandes exploitations commerciales, ne permet pas de faire bénéficier les intimés de toute la protection qu’offre la *LRT*.

### C. Section 15 of the Charter

[114] As an alternative to their claim under s. 2(d), the respondents contend that Ontario has violated their equality rights under s. 15 of the *Charter* by excluding them from the statutory protections accorded to workers in other sectors. They argue that status as an agricultural worker is analogous to the enumerated grounds of discrimination in s. 15(1) because their occupation is a fundamental aspect of their identity.

[115] Farley J., writing in 2006, found that the situation of farm workers had not changed appreciably since *Dunmore*, in 2001, where this Court wrote with sympathy of the vulnerable position of these workers and the need for greater labour protections. The Ontario legislature attempted to respond to the concerns expressed in *Dunmore* by enacting the *AEPA*.

[116] The s. 15 discrimination claim, like the s. 2(d) claim, cannot succeed on the record before us. It is clear that the regime established by the *AEPA* does not provide all the protections that the *LRA* extends to many other workers. However, a formal legislative distinction does not establish discrimination under s. 15. What s. 15 contemplates is substantive discrimination that impacts on individuals stereotypically or in ways that reinforce existing prejudice and disadvantage: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 17. The *AEPA* provides a special labour regime for agricultural workers. However, on the record before us, it has not been established that the regime utilizes unfair stereotypes or perpetuates existing prejudice and disadvantage. Until the regime established by the *AEPA* is tested, it cannot be known whether it inappropriately disadvantages farm workers. The claim is premature.

### V. Conclusion

[117] The decision that we render today is another step in the resolution of the issues surrounding the

### C. Article 15 de la Charte

[114] Subsidiairement, les intimés soutiennent que l'Ontario a porté atteinte au droit à l'égalité garanti à l'art. 15 de la *Charte* en leur refusant la protection légale dont jouissent les travailleurs des autres secteurs. Ils plaident que le fait d'être travailleur agricole constitue un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1), car leur fonction définit essentiellement leur identité.

[115] Dans son jugement datant de 2006, le juge Farley estime que la situation des travailleurs agricoles n'a pas changé notablement depuis l'affaire *Dunmore*, en 2001, dans laquelle la Cour statue en se montrant sensible à la vulnérabilité de ces travailleurs et à la nécessité de mieux les protéger. Par l'adoption de la *LPEA*, le législateur ontarien a tenté de donner suite aux préoccupations de la Cour dans l'arrêt *Dunmore*.

[116] À l'instar de la demande fondée sur l'al. 2d), le moyen alléguant la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* ne peut être accueilli au vu du dossier. Certes, le régime créé par la *LPEA* ne confère pas toutes les protections que la *LRT* offre à de nombreux autres travailleurs. Toutefois, une distinction législative formelle ne permet pas d'établir la discrimination visée à l'art. 15, à savoir la discrimination réelle qui, en raison de l'application de stéréotypes, a des incidences sur des individus ou a pour effet de renforcer des préjugés ou des désavantages existants : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 17. La *LPEA* crée un régime de relations du travail spécialement pour les travailleurs agricoles. Cependant, le dossier n'établit pas que le régime repose sur des stéréotypes inéquitables ou qu'il perpétue des préjugés ou des désavantages existants. Tant qu'il n'a pas été mis à l'épreuve, on ne peut savoir si le régime de la *LPEA* défavorise indûment les travailleurs agricoles. Le recours demeure prématuré.

### V. Conclusion

[117] En statuant dans la présente affaire, notre Cour franchit une autre étape dans le règlement des

organizational challenges faced by farm workers in Ontario. We hope that all concerned proceed on the basis that s. 2(d) of the *Charter* confirms a right to collective bargaining, defined as “a process of collective action to achieve workplace goals”, requiring engagement by both parties. Like all *Charter* rights, this right must be interpreted generously and purposively. The bottom line may be simply stated: Farm workers in Ontario are entitled to meaningful processes by which they can pursue workplace goals.

[118] We would allow the appeal and dismiss the action. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

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*?

It is not necessary to answer this question.

3. Does s. 3(b.1) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

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*?

It is not necessary to answer this question.

5. Does the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

questions entourant le droit des travailleurs agricoles de l'Ontario d'exercer leur droit d'association. Il faut espérer que tous les intéressés partiront du principe que l'al. 2d) de la *Charte* confirme un droit de négociation collective, à savoir « une action collective visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail », et une obligation des deux parties de participer au processus. Comme tous ceux garantis par la *Charte*, ce droit doit faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique. L'essentiel se résume simplement : les travailleurs agricoles de l'Ontario ont droit à un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail.

[118] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Nous sommes également d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, contrevient-elle à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable 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*?

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

3. L'alinéa 3b.1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, contrevient-il à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable 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*?

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

5. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, contrevient-elle à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. 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*?

It is not necessary to answer this question.

7. Does s. 3(b.1) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

8. 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*?

It is not necessary to answer this question.

In the circumstances, we order no costs on this appeal or in the courts below.

The reasons of Charron and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[119] I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice and LeBel J. in this appeal. I agree with them that the appeal should be allowed and the action dismissed. However, I disagree with their interpretation of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with respect to collective bargaining.

[120] The Chief Justice and LeBel J. have accurately set out the background, the constitutional challenge and the judicial history in this case. While I agree with what they have written in these respects, I respectfully disagree with the reasons for their decision.

[121] The reasons of the Chief Justice and LeBel J. are based upon the majority decision in *Health*

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable 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*?

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

7. L'alinéa 3b.1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, contrevient-il à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable 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*?

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

Vu les circonstances, aucuns frais ne sont adjugés dans le présent pourvoi, ni devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Charron et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[119] J'ai eu l'occasion de lire les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel dans la présente affaire. Je conviens avec eux qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Toutefois, je ne souscris pas à leur interprétation de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui concerne la négociation collective.

[120] La Juge en chef et le juge LeBel font correctement état du contexte, de la contestation constitutionnelle et de l'historique judiciaire. J'approuve ce qu'ils écrivent à cet égard mais, en toute déférence, je ne peux souscrire aux motifs qui sous-tendent leur décision.

[121] Les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel prennent appui sur l'arrêt *Health Services*

*Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (“*Health Services*”). The majority in *Health Services* found that s. 2(d) of the *Charter* confers constitutional status on collective bargaining. It concluded that collective bargaining as protected by s. 2(d) “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” (para. 90). It further found that the requirement to bargain in good faith imposes a duty on employers to meet with employees and make a “reasonable effort to arrive at an acceptable contract” (para. 101).

[122] Following the reasons in *Health Services*, the Chief Justice and LeBel J. in this case say that s. 2(d) protects a right to collective bargaining, which includes “a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith” (para. 2). According to them, there is no doubt that because of s. 2(d) employers “must engage in a process of meaningful discussion” because “the effect of denying these rights is to render the associational process effectively useless” (para. 54).

[123] The term collective bargaining may have different meanings in other contexts, which I discuss in further detail below. For the sake of clarity, throughout these reasons, I will use the term to refer to the entitlements and obligations that the Chief Justice and LeBel J. view as being encompassed by s. 2(d), as quoted in paras. 121 and 122 above.

[124] I respectfully disagree with the Chief Justice and LeBel J. that collective bargaining enjoys constitutional status under the s. 2(d) freedom of association. I do not agree that s. 2(d) requires the state to impose a complex set of statutorily defined reciprocal rights and duties on employers and workers associations, including a duty to bargain in good faith.

*and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (« *Health Services* »). Dans cet arrêt, les juges majoritaires concluent que l’al. 2d) de la *Charte* confère une valeur constitutionnelle à la négociation collective. Selon eux, la négociation collective ainsi protégée à l’al. 2d) « 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 » (par. 90). Ils concluent également que l’exigence de négocier de bonne foi oblige l’employeur à rencontrer ses employés et à faire un « effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101).

[122] Conformément aux motifs des juges majoritaires dans *Health Services*, la Juge en chef et le juge LeBel affirment en l’espèce que l’al. 2d) protège un droit à la négociation collective, qui comprend « un processus de dialogue où l’association d’employés peut présenter des observations à l’employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi » (par. 2). Selon eux, il ne fait aucun doute qu’en raison de l’al. 2d), l’employeur « doit [. . .] participer à un dialogue véritable » parce que « l’absence de tels droits rend[rait] inutile le processus associatif » (par. 54).

[123] Le terme « négociation collective » peut avoir un sens différent dans d’autres contextes. J’y reviendrai. Par souci de clarté, tout au long des présents motifs, j’utilise le terme pour parler des droits et des obligations qui, de l’avis de la Juge en chef et du juge LeBel, sont visés à l’al. 2d), comme je l’indique aux par. 121 et 122 qui précèdent.

[124] En toute déférence, je ne peux convenir avec la Juge en chef et le juge LeBel que la négociation collective bénéficie de la protection constitutionnelle au titre de la liberté d’association garantie à l’al. 2d). Je ne crois pas que cet alinéa exige de l’État qu’il impose aux employeurs et aux associations de travailleurs un ensemble de droits et d’obligations réciproques définis par la loi, dont l’obligation de négocier de bonne foi.

[125] In my view, s. 2(d) protects the liberty of individuals to associate and engage in associational activities. Therefore, s. 2(d) protects the freedom of workers to form self-directed employee associations in an attempt to improve wages and working conditions. What s. 2(d) does not do, however, is impose duties on others, such as the duty to bargain in good faith on employers.

[126] A constitutionally imposed duty to bargain in good faith strengthens the position of organized labour *vis-à-vis* employers. I express no opinion on the desirability of such an outcome for agricultural employees in Ontario. My point is only that courts are ill-suited to determine what is a matter of labour relations policy. Such policy decisions require a balancing of differing interests rather than an application of legal principles. Courts do not have the necessary expertise, or institutional capacity, to undertake a process which should involve consulting with and receiving representations from the various interested stakeholders and coming to an informed decision after balancing the necessary policy considerations. The decision to impose a duty of collective bargaining should be made by the legislature, and not by the court.

[127] Since the majority reasons are an application of the findings in *Health Services* to the circumstances of this appeal, the initial question that is raised is whether *Health Services* was correctly decided. As I have already suggested, and as I will explain below, I would find that *Health Services* was not correctly decided, to the extent that it constitutionalizes collective bargaining.

[128] In my opinion, overruling *Health Services* would dispose of the constitutional challenge in this case. The respondents' (Fraser's) argument that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), violates the *Charter* because it does not protect a right to collective bargaining would have no basis. I therefore turn first to the question of whether it would be appropriate that *Health Services* be overruled.

[125] À mon sens, l'al. 2d) protège la liberté des individus de s'associer et d'exercer des activités associatives. Par conséquent, l'alinéa protège la liberté des travailleurs de former des associations autonomes en vue d'améliorer salaires et conditions de travail. Toutefois, il n'impose pas d'obligations à autrui, comme celle de négocier de bonne foi qui incomberait à l'employeur.

[126] Reconnaître une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi favorise les associations d'employés par rapport aux employeurs. Je ne me prononce pas sur le caractère souhaitable d'un tel résultat pour les employés agricoles de l'Ontario. Je signale seulement qu'il ne convient pas de laisser aux tribunaux le soin de trancher une question qui relève des politiques relatives aux relations du travail, car il leur faudrait pour cela mettre en balance des intérêts divergents, et non appliquer des principes juridiques. Les tribunaux n'ont ni l'expertise ni les moyens organisationnels requis pour consulter les divers intéressés, examiner leurs observations et arriver à une décision éclairée après avoir soupesé les considérations de principe pertinentes. La décision d'imposer une obligation de négocier de bonne foi doit être prise par le législateur, et non par une cour de justice.

[127] Puisque, dans leurs motifs, les juges majoritaires appliquent aux circonstances de l'espèce les conclusions tirées dans l'arrêt *Health Services*, il faut d'abord se demander si la décision rendue dans cette affaire est fondée. Je l'ai déjà laissé entendre — et j'y reviendrai —, j'estime que, dans l'affaire *Health Services*, la décision est erronée dans la mesure où elle constitutionnalise la négociation collective.

[128] À mon sens, rompre avec l'arrêt *Health Services* permettrait de résoudre le litige constitutionnel en l'espèce. La thèse des intimés (Fraser) selon laquelle la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), contrevient à la *Charte* en ce qu'elle ne protège pas le droit à la négociation collective n'aurait plus aucun fondement. Par conséquent, je me penche d'abord sur la question de savoir s'il convient d'écarter l'arrêt *Health Services*.

## II. When Should Precedent Be Overturned?

[129] The authorities are abundant that this Court may overrule its own decisions, and indeed it has done so on numerous occasions: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849, *per* Dickson C.J. in dissent; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, *per* Lamer C.J. for the majority; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.

[130] However, in order to overrule its own precedent, the Court must be satisfied, based upon substantial reasons, that the precedent was wrongly decided. It is not appropriate simply because of a change in the composition of the Court that precedent should be overturned, because of the views of newly appointed judges. There must be compelling reasons to justify overruling: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 665; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at paras. 18-19; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[131] This Court's most recent pronouncement on the question of overruling was in *Henry*. Writing for the Court, Justice Binnie first noted at para. 44 that the Court's practice is against departing from precedent unless there are compelling reasons to do so. However, he also recognized that "while rare, departures [from precedent] do occur". He further noted that constitutional decisions, including *Charter* decisions, are not immutable and may be overruled, though he held that "[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection."

[132] The values of certainty and consistency, which are served by adherence to precedent, are important to the orderly administration of justice in a system based upon the rule of law. Therefore, judges must proceed with caution when deciding to overrule a prior decision. The caution and care with which a judge must approach the question of overruling was articulated well by Gibbs J.

## II. À quelles conditions peut-on rompre avec un arrêt antérieur?

[129] Notre Cour a maintes fois statué qu'elle pouvait écarter ses propres décisions, ce qu'elle a d'ailleurs fait à de nombreuses reprises : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849, le juge en chef Dickson, dissident; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353, le juge en chef Lamer, au nom des juges majoritaires; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

[130] Pour qu'un arrêt antérieur puisse être écarté, de sérieux motifs doivent toutefois convaincre la Cour qu'il a été rendu à tort. Il ne suffit pas que les juges actuels — nommés depuis — opinent différemment pour que l'on puisse rompre avec un précédent. Des raisons impérieuses doivent justifier la rupture d'avec l'arrêt antérieur : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.

[131] L'arrêt le plus récent dans lequel la Cour se prononce sur le sujet est *Henry*. Avec l'appui de ses collègues, le juge Binnie y souligne d'abord au par. 44 qu'il est contraire à la pratique de la Cour de rompre avec un précédent, sauf raisons impérieuses. Toutefois, il reconnaît également qu'« il lui arrive effectivement de s'en écarter, même si elle le fait rarement ». Il ajoute que même si les décisions constitutionnelles, y compris celles fondées sur la *Charte*, ne sont pas immuables et peuvent être répudiées, « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte* ».

[132] La certitude et la cohérence, que favorise le respect des précédents, importent pour la bonne administration de la justice dans un régime fondé sur la primauté du droit. Les tribunaux doivent donc être prudents lorsqu'ils sont appelés à écarter une décision antérieure. Dans l'arrêt *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, à la p. 599, le juge Gibbs de la Haute Cour d'Australie fait bien

of the High Court of Australia in *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, at p. 599:

No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice, unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court.

[133] What the courts are doing when deciding whether to overrule a precedent is a balancing exercise between two important values: correctness and certainty. A court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty or to correct the error. Indeed, because judicial discretion is being exercised, the courts have set down, and academics have suggested, a plethora of criteria for courts to consider in deciding between upholding precedent and correcting error.

[134] In *Bernard*, Dickson C.J. in dissent, identified four reasons for overruling an earlier precedent, at pp. 850-61:

1. Decisions that predate the *Charter* and fail to reflect *Charter* values;
2. Subsequent developments in the law that undermine the validity of the precedent;
3. A prior decision that creates uncertainty contrary to the underlying values of clarity and certainty that lie behind *stare decisis*;
4. A prior decision that operates against the accused by expanding the scope of criminal liability beyond its normal limits.

These factors were subsequently adopted by the majority in *Chaulk* as a non-exhaustive list of considerations relevant to deciding whether to overrule an earlier precedent (p. 1353).

état de la prudence et de la circonspection dont il convient alors de faire preuve :

[TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle.

[133] Le tribunal appelé à décider s'il convient ou non d'écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s'il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l'intérêt de la certitude ou corriger l'erreur. Comme cette pondération suppose l'exercice du pouvoir discrétionnaire, tribunaux et auteurs ont proposé l'application d'une pléthore de critères.

[134] Dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, relève aux p. 850 à 861 quatre motifs justifiant la rupture d'avec un précédent :

1. la décision est antérieure à la *Charte* et n'est pas conforme aux valeurs consacrées par celle-ci;
2. l'évolution subséquente du droit remet en question la validité du précédent;
3. la décision antérieure crée de l'incertitude, allant ainsi à l'encontre des valeurs de clarté et de certitude que suppose le principe du *stare decisis*;
4. la décision antérieure joue contre l'accusé en accroissant sa responsabilité criminelle au-delà des limites normales.

Dans l'arrêt subséquent *Chaulk*, les juges majoritaires voient dans ces éléments une énumération non exhaustive des considérations présidant à la décision d'écarter ou non un précédent (p. 1353).



[135] More recently, in *Henry*, Binnie J. identified the following reasons for overturning an earlier precedent, at paras. 45-46:

1. The prior decision departed from the purpose of a *Charter* provision as articulated in an earlier precedent;
2. Experience shows that the prior decision is unworkable as its application is unnecessarily complex and technical;
3. The prior decision is contrary to sound principle;
4. The prior decision results in unfairness.

[136] The Supreme Court of the United States has also grappled with identifying the appropriate principles governing when courts should overrule precedent. In *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), O'Connor, Kennedy and Souter JJ., writing for a majority of the court on this point, held that when the court considers whether to overrule an earlier case, "its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case" (p. 854). To this end, they articulated four factors to be considered in deciding whether to overrule precedent, at pp. 854-55:

1. Has the rule proved to be intolerable because it defies workability?
2. Is the rule subject to a reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation?
3. Have related principles of law developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine?
4. Have facts so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification?

[135] Plus récemment, dans l'arrêt *Henry*, le juge Binnie établit que les motifs suivants justifient la rupture d'avec un précédent (par. 45-46) :

1. la décision antérieure n'est pas conforme à l'objet d'une disposition de la *Charte* défini dans un précédent;
2. la décision est inapplicable en pratique, car son application s'est révélée inutilement complexe et formaliste;
3. elle est contraire à des principes valables;
4. elle est contraire à l'équité.

[136] La Cour suprême des États-Unis a elle aussi tenté de déterminer les principes applicables à l'abandon d'un précédent. Dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), les juges O'Connor, Kennedy et Souter, au nom des juges majoritaires sur ce point, concluent que le tribunal qui examine s'il y a lieu d'écarter une décision antérieure [TRADUCTION] « tient habituellement compte d'une série de considérations de prudence et de pragmatisme pour s'assurer que l'abandon d'une décision antérieure est compatible avec l'idéal de la primauté du droit et pour soupeser les coûts respectifs de la confirmation de la décision et de son abandon » (p. 854). À cette fin, ils exposent aux p. 854 et 855 quatre questions que le tribunal doit se poser avant d'écarter ou non un précédent :

1. L'inapplicabilité pratique de la règle la rend-elle intolérable?
2. La règle est-elle à ce point suivie que sa répudiation entraînerait un préjudice singulier et ajouterait de ce fait l'iniquité à ses autres coûts?
3. Des principes de droit connexes ont-ils vu le jour de sorte que l'ancienne règle ne soit plus que le vestige d'une doctrine abandonnée?
4. La situation a-t-elle changé ou est-elle perçue différemment au point de priver l'ancienne règle d'application ou de justification substantielle?

[137] Professor Debra Parkes has summarized eight criteria suggested by Professor B. V. Harris as follows:

1. Can the precedent be distinguished?
2. Was it decided *per incuriam*?
3. Is the precedent unworkable?
4. Are new reasons advanced not considered in the earlier case?
5. Does the law now view the precedent to be wrong?
6. Do the values underlying error correction or doing justice outweigh the values of adherence to *stare decisis*?
7. Would error be swiftly corrected by the legislature in non-constitutional cases?
8. Are foundational principles of human and civil rights involved?

See D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at p. 149, citing B. V. Harris, “Final Appellate Courts Overruling Their Own ‘Wrong’ Precedents: The Ongoing Search for Principle” (2002), 118 *L.Q.R.* 408.

[138] If a precedent has overruled prior cases, two sets of precedents exist, an original precedent and a new precedent, although one has been overruled. In such cases it will be more important to carefully scrutinize the new precedent to determine if it has strayed from sound prior decisions and whether it would be preferable to return to the original, and more sound, decisions. In *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995), O’Connor J. confronted this type of situation. She stated, at p. 231:

Remaining true to an “intrinsically sounder” doctrine established in prior cases better serves the values of *stare decisis* than would following a more recently

[137] La professeure Debra Parkes résume comme suit les huit critères proposés par le professeur B. V. Harris :

1. Peut-on établir une distinction d’avec le précédent?
2. S’agit-il d’une décision rendue *per incuriam*?
3. Le précédent est-il inapplicable en pratique?
4. De nouveaux motifs qui n’ont pas été examinés avant le prononcé de la décision antérieure sont-ils invoqués?
5. Les tribunaux considèrent-ils désormais qu’il s’agit d’une décision erronée?
6. Les valeurs justifiant que l’erreur soit corrigée ou que justice soit rendue l’emportent-elles sur celles liées au respect du *stare decisis*?
7. L’erreur serait-elle rapidement corrigée par le législateur dans une affaire de nature non constitutionnelle?
8. Des principes fondamentaux touchant aux droits de la personne et du citoyen sont-ils en cause?

Voir D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 149, citant B. V. Harris, « Final Appellate Courts Overruling Their Own “Wrong” Precedents : The Ongoing Search for Principle » (2002), 118 *L.Q.R.* 408.

[138] Lorsqu’un précédent en a écarté un autre, deux précédents existent — l’ancien et le nouveau —, même si l’un des deux a été abandonné. Il est alors plus important d’analyser attentivement le nouveau pour déterminer s’il s’est écarté de bonnes décisions antérieures et s’il est préférable de rétablir les décisions initiales jugées meilleures. Aux prises avec ce genre de situation dans l’affaire *Adarand Constructors, Inc. c. Pena*, 515 U.S. 200 (1995), la juge O’Connor affirme ce qui suit à la p. 231 :

[TRADUCTION] Il est plus conforme au principe du *stare decisis* de rester fidèle à une doctrine « intrinsèquement plus juste » établie dans des décisions antérieures que

decided case inconsistent with the decisions that came before it; the latter course would simply compound the recent error and would likely make the unjustified break from previously established doctrine complete.

Thus, where there exist earlier precedents from which the precedent at issue itself departed, it may be justifiable, based on the values underlying *stare decisis*, for the Court to return to the earlier precedents.

[139] The criteria discussed in the above cases and articles may, depending on the circumstances of each case, be relevant in deciding whether overruling is appropriate. However, these criteria do not represent an exhaustive list of considerations or requirements. Rather, such criteria function as “guidelines to assist th[e] Court in exercising its discretion”: *Chaulk*, at p. 1353, *per* Lamer C.J. Fundamentally, the question in every case involves a balancing: Do the reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong that it should not be upheld and perpetuated?

[140] In the case of *Health Services*, I am of the opinion that the following considerations are relevant and justify overruling.

[141] First, the error in *Health Services* concerns a question of constitutional law. Thus, not only does it go to one of the foundational principles of our legal system, but it is not susceptible to being corrected in a lasting way by the legislative branch. While s. 33 of the *Charter* may allow Parliament or the legislatures to suspend, temporarily, the force of this Court’s ruling, history over the last two decades demonstrates that resort to s. 33 by legislatures has been exceedingly rare. *Health Services* will, if left to stand, set out abiding principles of constitutional law. Only the Court may correct this error in fundamental principle. As noted in *Planned Parenthood*, it is “common wisdom that the rule of *stare decisis* is not an ‘inexorable command,’ and certainly it is not such in every constitutional case” (p. 854). The jurisprudence of this

de suivre une décision plus récente qui rompt avec ces décisions antérieures. Dans le second cas, on aggrave simplement l’erreur récente et on scelle la rupture injustifiée d’avec la doctrine établie antérieurement.

Ainsi, lorsque le précédent en cause a rompu avec des décisions antérieures, le tribunal peut être justifié par les valeurs qui sous-tendent le *stare decisis* de rétablir celles-ci.

[139] Selon les circonstances de l’espèce, les critères énoncés dans les décisions et les articles susmentionnés peuvent servir à déterminer s’il y a lieu ou non d’écarter un précédent. Toutefois, il ne s’agit pas d’une énumération exhaustive de considérations à prendre en compte ou d’exigences à satisfaire, mais plutôt de « principes directeurs qui doivent guider [la] Cour dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire » : *Chaulk*, p. 1353, le juge en chef Lamer. Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d’un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l’emportent-ils sur la nécessité d’écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu’il ne soit ni confirmé ni perpétué?

[140] Je suis d’avis que les considérations qui suivent s’appliquent à *Health Services* et qu’elles justifient qu’on écarte cet arrêt.

[141] Premièrement, l’erreur commise touche une question de droit constitutionnel. Ainsi, non seulement elle vise l’un des principes fondamentaux de notre système de droit, mais elle n’est pas susceptible d’être corrigée de façon durable par le législateur. Bien que le Parlement ou les législatures puissent s’autoriser de l’art. 33 de la *Charte* pour suspendre temporairement l’application d’un jugement de notre Cour, c’est une avenue qu’ils ont très rarement empruntée au cours des deux dernières décennies. L’arrêt *Health Services*, s’il demeure opposable, établit des principes de droit constitutionnel obligatoires. Seule notre Cour peut corriger cette erreur qui entache un principe fondamental. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Planned Parenthood*, [TRADUCTION] « on convient généralement que le principe du *stare decisis* ne crée

Court contains similar observations. Because the *Charter* involves the most fundamental principles underlying our law, it is particularly important that its provisions be correctly interpreted.

[142] The Chief Justice and LeBel J. say that the constitutional nature of *Health Services* should only be a final consideration with respect to overruling difficult cases (para. 58). In my respectful view, and as my reasons will endeavour to demonstrate, there are no shortage of reasons to believe that *Health Services* is problematic on other grounds.

[143] Relying on *Henry*, my colleagues also warn that this Court should be wary of overruling *Health Services* because doing so might have the potential to diminish *Charter* protection (para. 58, citing *Henry*, at para. 44). They say that this consideration “militate[s] in favour of upholding” *Health Services* (para. 58). However, the Court cannot be oblivious to errors in prior decisions. When considering overruling, the Court must balance correctness and certainty. If there is a potential diminishment arising from correcting prior error, that is a reason to be cautious, not a reason to forego correcting prior error altogether. Arguably, as *Health Services* itself strayed from prior precedent, returning to those prior precedents would promote certainty. However, even if certainty would favour retaining *Health Services*, in this case the need for a constitutionally correct answer is paramount.

[144] Second, as I have indicated, *Health Services* strayed significantly from earlier sound precedents with respect to the purpose of *Charter* protection for freedom of association. The constitutional guarantee of freedom of association is premised on the recognition that individuals may be better able to secure their interests and achieve their goals if they may join with others in their *attempt* to do so. From this, two propositions necessarily follow:

pas une “règle implacable”, surtout pas dans toute affaire constitutionnelle » (p. 854). On relève des observations analogues dans la jurisprudence de notre Cour. Puisque la *Charte* énonce les principes les plus fondamentaux de notre droit, la justesse de son interprétation importe particulièrement.

[142] Suivant la Juge en chef et le juge LeBel, la nature constitutionnelle de l’arrêt *Health Services* ne doit être considérée qu’en dernier lieu lorsqu’il s’agit d’écarter un précédent dans un cas épineux (par. 58). À mon humble avis, et comme je m’efforce de le démontrer dans les présents motifs, il existe suffisamment de raisons de croire que l’arrêt *Health Services* est problématique sous d’autres rapports.

[143] S’appuyant sur *Henry*, mes collègues estiment également que la Cour doit se garder d’écarter *Health Services*, car cela risquerait d’atténuer la protection qu’offre la *Charte* (par. 58, citant *Henry*, par. 44). Ils affirment que cette considération « peut militer en faveur de son maintien » (par. 58). Toutefois, nous ne pouvons faire fi de l’erreur qui entache des décisions antérieures. Lorsqu’elle envisage la possibilité d’écarter un précédent, notre Cour doit mettre en balance deux éléments : la décision correcte et la certitude. La possibilité que la correction de l’erreur diminue la protection qu’offre la *Charte* justifie la prudence, mais non l’abstention totale de corriger l’erreur. Puisque l’arrêt *Health Services* s’écarte lui-même d’un précédent antérieur, on pourrait soutenir que le rétablissement de ce dernier favoriserait la certitude. Et même si la certitude militait en faveur de la confirmation de l’arrêt *Health Services*, la nécessité d’une réponse constitutionnellement juste l’emporterait en l’espèce.

[144] Deuxièmement, et je le répète, *Health Services* s’écarte sensiblement de bonnes décisions antérieures concernant l’objet de la protection constitutionnelle de la liberté d’association. Cette garantie constitutionnelle reconnaît à la base qu’un individu peut être plus en mesure de défendre ses intérêts et d’atteindre ses objectifs s’il lui est permis de s’associer à d’autres *en vue* d’y parvenir. De cette prémisse découlent nécessairement deux

(a) that s. 2(d) was intended to secure *the individual's* freedom to coordinate his or her actions with others and enjoy the benefits that flow naturally from that coordination; and (b) that s. 2(d) was not intended to promote or guarantee the *outcomes* for which the association was formed. The ruling in *Health Services* contradicts both of these central tenets. By constitutionalizing collective bargaining, *Health Services* created a group right that vests in the employee association rather than individual workers, and confers substantive outcomes for which the association was formed. It has therefore moved away from the sound principles established by earlier precedents of this Court.

[145] Third, the constitutionalization of collective bargaining, as envisaged in *Health Services* and by the Chief Justice and LeBel J. in this case, is unworkable. On a practical level, the right to collective bargaining asserted by my colleagues is not workable without other elements of modern labour legislation in place. As Winkler C.J.O. recognized at the Court of Appeal, if it is to be effective, the right to collective bargaining will be hard pressed to perform its function without reinforcement from the other aspects of labour legislation that he identified (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). As a matter of principle, the distinction between substance and process on which the ruling in *Health Services* (and of the Chief Justice and LeBel J. in this case) is premised cannot be sustained. The process is itself a desirable outcome for the association of workers, and will result in substantive concessions by the employer. Thus, both principle and practicality militate against sustaining the ruling in *Health Services*.

[146] Fourth, there has been intense academic criticism of *Health Services*, including by Professor Eric Tucker, who was himself cited by the majority in support of its decision. See B. Etherington, “The B.C. *Health Services and Support Decision* — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From and Where Will It Lead?” (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715, at pp. 734-39. I recognize that

corollaires : a) l'al. 2d) vise à garantir la liberté de l'individu de joindre ses efforts à ceux d'autrui et de profiter des avantages qui découlent naturellement de cette concertation, et b) l'al. 2d) ne vise pas à favoriser ou à garantir le résultat escompté de l'association. L'arrêt *Health Services* va à l'encontre de ces deux propositions essentielles. En constitutionnalisant la négociation collective, les juges majoritaires dans cette affaire ont créé un droit collectif qui bénéficie à l'association de salariés plutôt qu'aux travailleurs individuels et qui donne droit au résultat concret visé par la formation de l'association. Ils se sont donc écartés des principes valables établis par notre Cour dans ses décisions antérieures.

[145] Troisièmement, la protection constitutionnelle de la négociation collective au sens où l'entendent la majorité dans l'arrêt *Health Services* et la Juge en chef et le juge LeBel en l'espèce, est inapplicable en pratique. Dans les faits, le droit de négocier collectivement que font valoir mes collègues ne peut s'appliquer indépendamment d'autres éléments de la législation moderne du travail. Comme le reconnaît le juge en chef Winkler de la Cour d'appel, le droit de négocier collectivement peut difficilement atteindre son objectif sans l'appui des autres volets de la législation du travail dont il fait mention (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). Par principe, la distinction entre la substance et le processus sur laquelle fait fond l'arrêt *Health Services* (ainsi que la Juge en chef et le juge LeBel en l'espèce) ne peut être maintenue. Le processus est en soi un résultat souhaitable pour l'association de travailleurs, et il amènera l'employeur à faire des concessions sur la substance. Tant les principes que l'effet réel militent donc contre la confirmation de l'arrêt *Health Services*.

[146] Quatrièmement, les auteurs, dont le professeur Eric Tucker — que les juges majoritaires citent à l'appui de leur décision —, critiquent vivement l'arrêt *Health Services*. Voir B. Etherington, « The B.C. *Health Services and Support Decision* — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada : Where Did It Come From and Where Will It Lead? » (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715, p. 734-739. Je reconnais

there is also academic commentary agreeing with the results of *Health Services*, as pointed out by the Chief Justice and LeBel J. (at para. 88). The existence of such commentary is not unexpected given the highly contentious and polarizing nature of labour relations. However, as I will explain, while some agree with the result, the academic criticism of concern here targets the reasoning of the majority in *Health Services*.

[147] Even some of the authors who support the results of *Health Services* and who are cited by my colleagues are critical of aspects of the reasoning employed by the majority of the Court to achieve those results. For example, Professor Jamie Cameron, in “Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233, while supportive of the results of *Health Services*, criticized the decision because “*B.C. Health Services* relied on a concept of entitlement that was so heavily and exclusively contextualized to collective bargaining that the decision lost contact with the underlying values which have anchored s. 2(d) since the *Labour Trilogy*” (p. 262; see also pp. 240 and 259).

[148] I reiterate that in light of such academic criticism, it is appropriate for this Court to take notice and acknowledge the errors that have been identified.

[149] My colleagues say that it is “procedurally inappropriate” to overrule *Health Services* because none of the parties have expressly asked this Court to do so (para. 59). However, the substance of the arguments of the appellants and interveners supporting them are in effect a claim that *Health Services* should be overruled. The appellants and interveners supporting them all say that in this case there should be no obligation on agricultural employers to engage in compulsory collective bargaining. In my opinion, it is not possible to agree that there is no such obligation without overruling *Health Services*.

que certains auteurs adhèrent aux conclusions de la formation majoritaire dans l’arrêt *Health Services*, ce que ne manquent pas de faire remarquer la Juge en chef et le juge LeBel (par. 88). Ces divergences d’opinions n’ont rien pour surprendre étant donné le terreau fertile en litiges et en clivages que représentent les relations du travail. Toutefois, comme je l’explique ci-après, certains observateurs souscrivent à l’issue dans *Health Services*, mais les critiques qui nous intéressent en l’espèce portent sur le raisonnement des juges majoritaires dans cette affaire.

[147] Même certains des auteurs qui appuient l’issue dans *Health Services* — et que citent mes collègues — critiquent en partie le raisonnement des juges majoritaires qui sous-tend cette décision. Par exemple, dans « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233, la professeure Jamie Cameron, bien qu’elle soit d’accord sur le dispositif dans *Health Services*, déplore que la décision [TRADUCTION] « prenne appui sur un droit considéré, sur le plan conceptuel, si excessivement et uniquement en fonction de la négociation collective qu’il y a rupture avec les valeurs qui sous-tendent l’al. 2d) depuis la trilogie en droit du travail » (p. 262; voir également p. 240 et 259).

[148] Je maintiens qu’au vu de ces critiques, il convient que notre Cour prenne acte des erreurs relevées et les reconnaisse.

[149] Selon mes collègues, il serait « inopportun sur le plan procédural » de rompre avec l’arrêt *Health Services* puisqu’aucune des parties ne nous l’a expressément demandé (par. 59). La substance des arguments des appelants et des intervenants qui les appuient démontre toutefois qu’ils demandent effectivement à la Cour de rompre avec cet arrêt. Ces derniers disent tous qu’en l’espèce, l’employeur agricole ne devrait pas être obligé de négocier avec ses employés regroupés en association. À mon avis, il n’est pas possible d’accepter que cette obligation n’existe pas sans rompre avec l’arrêt *Health Services*.

[150] Further, as Deschamps J. observes, “an employer’s duty to bargain in good faith was not even raised” in *Health Services* (at para. 297), and while the parties in *Health Services* “recognized that under most Canadian labour law statutes, employers had an obligation to bargain in good faith, the claimants were not seeking a declaration characterizing this obligation as a constitutional one” (para. 304). Despite this issue not having been raised in *Health Services*, the majority in that case did not find it “procedurally inappropriate” to find that “collective bargaining imposes corresponding duties on the employer” and “requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith” (para. 90).

[151] Lastly, while the foregoing factors all support overruling *Health Services*, as the Chief Justice and LeBel J. point out, it is fundamental that it be demonstrated that *Health Services* was decided in error. The balance of these reasons endeavours to explain why *Health Services* was erroneously decided.

### III. The Explicit Break With Precedent in *Health Services*

#### A. *Introduction*

[152] Prior to explaining why *Health Services* erred in finding that s. 2(d) of the *Charter* protects collective bargaining, I will briefly refer to *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which was consistent with this Court’s jurisprudence prior to *Health Services* on the contours of s. 2(d) in the labour law context. I do this to underline the explicit break from that jurisprudence in *Health Services*. This break came when a majority of this Court found that s. 2(d) required that government legislate to facilitate collective goals which an association was formed to pursue, rather than protecting the freedom of association itself. This finding went beyond the rule in *Dunmore* which mandated legislative protection only where such protection was necessary to the freedom to associate.

[150] En outre, comme le fait remarquer la juge Deschamps, « l’obligation de l’employeur de négocier de bonne foi n’avait même pas été alléguée » dans *Health Services* (par. 297), et si dans cette affaire les parties « reconnaissaient que la plupart des lois canadiennes du droit du travail obligent l’employeur à négocier de bonne foi, [. . .] ils ne demandaient pas à la Cour de déclarer que cette obligation avait un fondement constitutionnel » (par. 304). Même si la question n’avait pas été soulevée dans *Health Services*, les juges de la majorité n’ont pas estimé qu’il serait « inopportun sur le plan procédural » de conclure que le droit des employés de « négocier collectivement impose [. . .] à l’employeur des obligations correspondantes » et « implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi » (par. 90).

[151] Enfin, même si tous les éléments susmentionnés justifient la mise au rancart de l’arrêt *Health Services*, comme le font remarquer la Juge en chef et le juge LeBel, il faut absolument démontrer que la décision est entachée d’une erreur. C’est ce que je tente de faire ci-après.

### III. La rupture expresse d’avec la jurisprudence dans *Health Services*

#### A. *Introduction*

[152] Avant d’expliquer en quoi, dans *Health Services*, les juges majoritaires ont eu tort de conclure que l’al. 2d) de la *Charte* protège la négociation collective, je reviens brièvement sur l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, qui était conforme à la jurisprudence de notre Cour antérieure à *Health Services* quant à la portée de l’al. 2d) en droit du travail. Je tiens ici à souligner la rupture expresse d’avec cette jurisprudence dans *Health Services*. Cette rupture est survenue lorsque la majorité des juges a conclu que l’al. 2d) obligeait le gouvernement à légiférer pour faciliter la réalisation des objectifs communs que visait la formation d’une association, plutôt que pour protéger la liberté d’association elle-même. Cette conclusion allait au-delà de la règle établie dans *Dunmore*, qui n’exigeait une protection législative qui si elle était nécessaire à la liberté d’association.

[153] The Chief Justice and LeBel J. present an alternative interpretation which suggests that *Health Services* “follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*” (para. 38). With respect, I do not agree with this interpretation because it does not follow from the words and findings in *Dunmore*. In *Dunmore*, the requirement that government provide legislation to protect workers was anchored in the proposition that certain workers could not associate without government intervention. This concept was embodied by the idea that the lack of legislation was a “substantial interference” to the ability to form an association (para. 25 (emphasis deleted)). Deschamps J. describes *Dunmore* as holding that agricultural workers “were substantially unable to exercise their constitutional right [to associate] without the support of a legislative framework” (para. 307). This characterization is in line with the words of Bastarache J. who himself noted the distinction between forming an association and enhancing and facilitating the goals of that association:

... a group that proves capable of associating despite its exclusion from a protective regime will be unable to meet the evidentiary burden required of a *Charter* claim. In such a case, inclusion in a statutory regime cannot be said to safeguard, but rather to enhance, the exercise of a fundamental freedom. [para. 39]

[154] *Health Services*, in contrast, was not focussed on ensuring that government did not interfere with the right of individuals to form an association. Indeed the action was brought by existing associations. Instead, the decision in *Health Services* centred on the purported need to constitutionalize collective bargaining in order for the association to be “meaningful”. The majority concluded that without a legislated right to collective bargaining, and without constitutional protection of terms of the collective agreement in that case, the formation of an association was meaningless.

[155] This sentiment was an express break from *Dunmore* because the majority in *Health Services* focussed on the goals of an association and the *enhancement* of those goals, rather than the ability of the claimants to associate (which they already

[153] La Juge en chef et le juge LeBel proposent une autre interprétation suivant laquelle *Health Services* « découle directement des principes énoncés dans *Dunmore* » (par. 38). En toute déférence, je ne puis accepter cette interprétation, car elle s’écarte des propos et des conclusions de notre Cour. Dans *Dunmore*, la nécessité pour le gouvernement de protéger les travailleurs par une loi découlait de la prémisse qu’il fallait une intervention gouvernementale pour que certains travailleurs puissent s’associer. Cette notion tenait à l’idée que l’absence d’une loi constituait une « entrave substantielle » à la capacité de former une association (par. 25 (soulignement omis)). Selon la juge Deschamps, la Cour a conclu dans *Dunmore* « qu’il leur [les employés agricoles] était essentiellement impossible d’exercer leur droit constitutionnel sans l’appui de la loi » (par. 307). Cette caractérisation est conforme au propos du juge Bastarache, qui a lui-même signalé la distinction entre former une association et faciliter la réalisation de ses objectifs :

... le groupe qui réussit à s’associer malgré son exclusion d’un régime de protection ne peut s’acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe pour établir l’atteinte à la *Charte*. Dans ce cas, l’inclusion dans le régime légal ne protège pas seulement, mais améliore, l’exercice d’une liberté fondamentale. [par. 39]

[154] Dans *Health Services* par contre, il ne s’agissait pas de s’assurer que le gouvernement n’entrave pas le droit de former une association. De fait, ce sont des associations qui avaient intenté l’action. La décision des juges majoritaires dans cette affaire portait plutôt sur l’opportunité d’inscrire dans la Constitution la négociation collective pour que l’association ait un « sens ». La majorité des juges a conclu que la formation d’une association perdait tout son sens si une loi n’assurait pas le droit à la négociation collective et si, en l’instance, les termes de la convention collective n’étaient pas constitutionnellement protégés.

[155] Ce sentiment constituait une rupture expresse d’avec l’arrêt *Dunmore* puisque dans *Health Services*, les juges majoritaires ont insisté sur les objectifs d’une association et la *valorisation* de ces objectifs, plutôt que sur la capacité



had done). Constitutionalizing collective bargaining therefore cannot be said to safeguard the ability to associate, but instead is concerned with “enhanc[ing] the exercise of a fundamental freedom”, which cannot form the basis of a *Charter* claim (*Dunmore*, at para. 39). This express break from *Dunmore* is found in the reasons of the Chief Justice and LeBel J., where they suggest that providing associational protections in the *AEPA* without also enshrining good faith bargaining would “render the associational process effectively useless” (para. 54). This break from *Dunmore* is also recognized in the reasons of my colleague Abella J., where she observes that *Health Services* resulted in “creating a completely different jurisprudential universe” from that found in the previous “*Dunmore* ‘right to organize’ template” (paras. 324-25).

[156] It is this shift from protecting what is necessary to exercise the freedom to associate, to constitutionalizing the goals of an association — that is, negotiating a collective agreement — which results in *Health Services* being inconsistent with the ruling in *Dunmore*. The majority in *Health Services* found that the freedom of association is meaningless unless the government also imposes a duty on employers to bargain in good faith, and protects the fruits of that bargaining process. The focus shifted in *Health Services* from protecting the right to associate to enhancing the goals of the association. This was an express break from *Dunmore*.

#### B. *The Jurisprudential Background Prior to Health Services*

[157] This Court first examined the scope of the *Charter*’s guarantee of freedom of association in a series of three cases that came to be known as the “labour law trilogy” (“Trilogy”): *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The specific issue in those cases was whether s. 2(d) protected the right to strike. However, the members of the Court took the opportunity to consider, at length,

des demandeurs de s’associer (ce qu’ils avaient déjà fait). On ne saurait donc affirmer que la constitutionnalisation de la négociation collective protège la capacité de s’associer; elle vise plutôt « [l’amélioration de] l’exercice d’une liberté fondamentale », qui ne peut donner lieu à une demande fondée sur la *Charte* (*Dunmore*, par. 39). Cette rupture expresse d’avec l’arrêt *Dunmore* se trouve dans les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel, selon qui inclure à la *LPEA* la protection associative sans inclure aussi la négociation de bonne foi « rend[rait] inutile le processus associatif » (par. 54). Dans ses motifs, ma collègue la juge Abella reconnaît elle aussi cette rupture avec l’arrêt *Dunmore* lorsqu’elle fait remarquer que *Health Services* « a créé un univers jurisprudential entièrement différent » du « “droit de s’organiser” reconnu dans *Dunmore* » (par. 324-325).

[156] C’est en raison de ce passage, de la protection de ce qui est nécessaire à l’exercice de la liberté d’association à la constitutionnalisation des objectifs d’une association — soit la négociation d’une convention collective —, que *Health Services* est incompatible avec *Dunmore*. Dans *Health Services*, les juges majoritaires ont conclu que la liberté d’association n’a de sens que si le gouvernement impose également à l’employeur l’obligation de négocier de bonne foi et s’il protège le résultat de la négociation. Notre Cour a donc mis l’accent non plus sur le droit de s’associer mais sur la valorisation de l’objectif que vise l’association. C’est là la rupture expresse d’avec l’arrêt *Dunmore*.

#### B. *Le contexte jurisprudential avant l’arrêt Health Services*

[157] Notre Cour examine pour la première fois la portée de la liberté d’association garantie par la *Charte* dans trois arrêts formant la « trilogie en droit du travail » (« trilogie ») : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. La question précise à trancher dans ces arrêts était celle de savoir si l’al. 2d) protégeait le droit de grève, mais les juges de la Cour ont saisi l’occasion

the purpose and scope of the protections afforded by s. 2(d). The bulk of the substantive analysis is found in the *Alberta Reference*.

[158] While the Court was divided on the result in those cases, there was nonetheless agreement on a number of core principles concerning the purpose and scope of s. 2(d). With respect to the purpose of granting constitutional protection to freedom of association, the following comment by McIntyre J. reflects a general consensus amongst the members of the Court:

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. “Man, as Aristotle observed, is a ‘social animal, formed by nature for living with others’, associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes.” [p. 395]

[159] In addition, the Court was agreed that s. 2(d) protects an individual right to enter into an association and does not create group rights that vest in the association itself. In the words of Dickson C.J. (dissenting):

What freedom of association seeks to protect is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage. But this is not an unlimited constitutional license for all group activity. The mere fact that an activity is capable of being carried out by several people together, as well as individually, does not mean that the activity acquires constitutional protection from legislative prohibition or regulation. [p. 366]

McIntyre J. struck a similar note:

In considering the constitutional position of freedom of association, it must be recognized that while it advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise. [p. 397]

d’examiner en détail l’objet et la portée des garanties offertes à l’al. 2d). L’analyse de fond se retrouve pour l’essentiel dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*.

[158] La Cour était partagée sur l’issue de ces affaires, mais ses juges s’entendaient néanmoins sur un certain nombre de principes essentiels concernant l’objet et la portée de l’al. 2d). S’agissant de la raison d’être de la constitutionnalisation de la liberté d’association, le juge McIntyre formule la remarque suivante, qui reflète le consensus général au sein de la Cour :

Bien que, à l’instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d’association n’ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple : pour l’individu, la réalisation de certains objectifs par l’exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l’aide et la coopération d’autrui. [TRADUCTION] « L’homme, comme l’a fait observer Aristote, est un “animal social façonné par la nature pour vivre en groupe”, qui s’associe à ses semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes. » [p. 395]

[159] De plus, la Cour convient que l’al. 2d) protège le droit individuel de former une association, mais qu’il ne confère pas de droit collectif à l’association même. Selon le juge en chef Dickson, dissident dans cette affaire :

Ce que la liberté d’association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l’association en tant qu’activités particulières, mais la liberté des individus d’interagir avec d’autres êtres humains, de les aider et d’être aidés par eux dans les diverses activités qu’ils choisissent d’exercer. Mais ce n’est pas là une autorisation constitutionnelle illimitée pour toute activité collective. Le simple fait qu’une activité puisse être exercée par plusieurs personnes ensemble, aussi bien qu’individuellement, ne signifie pas que cette activité se voit conférer une protection constitutionnelle contre toute interdiction ou réglementation législative. [p. 366]

Le juge McIntyre ajoute dans la même veine :

En considérant la situation constitutionnelle de la liberté d’association, il faut reconnaître que, bien qu’elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu’elle ne puisse être exercée seule, il s’agit néanmoins d’une liberté qui appartient à l’individu et non aux groupes formés grâce à son exercice. [p. 397]

[160] In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”), the core areas of agreement in the *Alberta Reference* were later summarized by Sopinka J. in a passage that has since been frequently cited:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. [pp. 401-2]

[161] These four propositions were later endorsed by majorities of the Court in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, and *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. In the latter case, a majority of the Court ruled that s. 2(d) does not entitle workers to any particular set of statutory protections for their associative activities, such as those providing for a right to collective bargaining.

[162] The proposition that s. 2(d) does not confer a right to collective bargaining was once again endorsed by a majority of the Court in *Dunmore*. However, in that case the Court recognized that Sopinka J.’s four propositions, while valid, might not exhaust the entire scope of protection afforded by s. 2(d) (para. 16).

[163] Bastarache J. explained that the core of s. 2(d) protection is to prohibit the state from interfering with an activity because of its associational nature. Relying on comments made by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, he noted that Sopinka J.’s fourth proposition, which protects “the exercise in association of the lawful rights of individuals”, suffers from a potential weakness. That proposition will, in general, serve as a useful test

[160] Dans l’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), le juge Sopinka résume les principaux éléments de consensus dégagés dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, et ses propos sont fréquemment cités depuis :

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, j’arrive à la conclusion qu’il se dégage quatre propositions différentes quant à l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) : premièrement, l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir; deuxièmement, l’al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association; troisièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus. [p. 401-402]

[161] Ces quatre propositions ont ultérieurement été reprises par les juges majoritaires de la Cour dans les arrêts *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989. Dans l’arrêt *Delisle*, la formation majoritaire statue que l’al. 2d) n’accorde pas aux activités associatives des employés des protections particulières, comme celle conférant un droit à la négociation collective.

[162] Dans *Dunmore* les juges majoritaires de la Cour confirment encore une fois que l’al. 2d) ne confère pas de droit à la négociation collective. Or, dans cet arrêt, la Cour reconnaît que malgré leur validité, les quatre propositions du juge Sopinka ne rendent peut-être pas entièrement compte de la protection qu’offre l’al. 2d) (par. 16).

[163] Le juge Bastarache explique que l’objet essentiel de la protection prévue à l’al. 2d) est d’empêcher l’État de faire obstacle à une activité à cause de sa nature associative. S’appuyant sur les remarques du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, il indique que la quatrième proposition du juge Sopinka, qui protège « l’exercice collectif des droits et libertés individuels », peut comporter une faille. La proposition sert en général

in determining whether the state has targeted the associational aspect of an activity rather than the activity itself. If the state has outlawed an activity at both the individual and the group level, it is likely that this is because the activity itself is deemed to be harmful or problematic. By contrast, if the state permits an individual to engage in an activity but has outlawed the performance of that activity in concert with others, this will generally indicate that the state has targeted the activity solely because of its associational nature. Thus, Sopinka J.'s fourth proposition assists in isolating the true intent or effect of a measure when determining whether it infringes a person's freedom of association (paras. 16-18).

[164] However, there may be cases in which the state has directly targeted the associational aspects of an activity which are not captured by Sopinka J.'s fourth proposition. An activity performed on a group level may be "qualitatively" different from what an individual can undertake in isolation, such that no direct comparison or analogy is possible. If one were to interpret the fourth proposition as requiring a strict analogy between the collective activity and its individual counterpart, a state restriction on such "qualitatively" different activities would not be considered to inhibit freedom of association and would therefore pass muster under s. 2(d). Recognizing this, *Dunmore* attenuated the requirement of an individual analogue. If it can be demonstrated that a restriction on a group activity is an attack on the associational nature of the activity, a s. 2(d) claim may yet succeed even if no direct analogy can be made between the group activity and a lawful individual counterpart.

[165] This observation about how "qualitatively" different activities exist was aimed at explaining why certain activities which did not have an individual analogue must be protected in order to protect the freedom to form an association. The disposition in *Dunmore* turned on whether the lack of protection for agricultural employees was a "substantial interference" to the ability of workers to *form an association* (paras. 22-23). To suggest, in

à déterminer si l'État vise le caractère associatif de l'activité plutôt que l'activité elle-même. Si l'État interdit l'exercice tant individuel que collectif d'une activité, c'est vraisemblablement parce que l'activité est tenue pour préjudiciable ou problématique. En revanche, s'il permet à l'individu d'exercer une activité, mais qu'il lui interdit de le faire de concert avec d'autres, on peut généralement conclure que l'activité tombe sous le couperet de l'État uniquement en raison de sa nature associative. Ainsi, la quatrième proposition du juge Sopinka permet de discerner la raison d'être ou l'effet véritable d'une mesure aux fins de déterminer si elle porte atteinte à la liberté d'association d'une personne (par. 16-18).

[164] Toutefois, il peut arriver que l'État vise directement les aspects associatifs d'une activité qui échappent à la quatrième proposition du juge Sopinka. Une activité exercée collectivement peut être « qualitativement » différente d'une activité exercée individuellement, de sorte qu'aucune comparaison ou analogie directe ne soit possible. Si l'on concluait que la quatrième proposition exige une analogie stricte entre l'activité collective et l'activité correspondante individuelle, la limitation par l'État d'une activité « qualitativement » différente ne serait pas jugée attentatoire à la liberté d'association et serait donc tenue pour acceptable au regard de l'al. 2d). Dans l'arrêt *Dunmore*, la Cour le reconnaît et atténue l'exigence d'une activité individuelle analogue. Le demandeur qui peut démontrer que, en limitant une activité collective, l'État s'en prend à la nature associative de celle-ci, peut avoir gain de cause sur le fondement de l'al. 2d) même s'il est impossible d'établir une analogie directe entre l'activité collective et son équivalent individuel légitime.

[165] Par cette remarque à propos de l'existence d'activités « qualitativement » différentes, le juge Bastarache voulait expliquer pourquoi il est nécessaire de protéger certaines activités n'ayant pas une activité individuelle analogue afin de protéger la liberté de former une association. Dans *Dunmore*, il fallait déterminer si l'absence de protection des employés agricoles constituait une « atteinte substantielle » à la capacité des travailleurs de *former*

hindsight, that “[a]fter *Dunmore*, there could be no doubt that [s. 2(d)] extends to realization of collective, as distinct from individual, goals” as the Chief Justice and LeBel J. say at para. 32 (emphasis added), is to substantially overstate the holding in *Dunmore*.

### C. *An Express Break With Precedent in Health Services*

[166] While the basic framework set down in the Trilogy had stood for some 20 years, the Court decided to break with this line of precedent in *Health Services*. In that case, the majority held that s. 2(d) protects a right to collective bargaining and imposes a duty on employers to bargain in good faith. Such a right could not be accommodated within the framework set down by the Trilogy and followed in subsequent cases, and so the majority opted to overturn that line of precedents altogether.

[167] The overarching reason advanced for rejecting the Trilogy’s interpretation of s. 2(d) was that it reflected a “decontextualized” rather than “purposive” approach to *Charter* interpretation: *Health Services*, at para. 30. The majority in *Health Services* found that insufficient attention had been paid to the close connection between freedom of association and labour relations (specifically trade unionism), and that the intimate ties between the two implied that s. 2(d) should be held to protect a broader set of entitlements than the Trilogy’s approach could support. Under this view, the main problem with the Trilogy’s approach was that it did not extend a right to “collective bargaining”, the protection of which was, in the majority’s view, a central purpose of freedom of association (para. 86).

[168] In extending constitutional protection to collective bargaining, the majority in *Health Services* viewed this constitutional right as including an obligation on parties to bargain in good faith. The majority in *Health Services* described the protection afforded under s. 2(d) as follows, at para. 90:

*une association* (par. 22-23). En laissant entendre après coup, au par. 32, que, « [a]près l’arrêt *Dunmore*, nul ne pouvait contester que [l’al. 2d)] englobait la réalisation d’objectifs collectifs et non seulement individuels » (je souligne), la Juge en chef et le juge LeBel élargissent indûment la portée de la décision dans *Dunmore*.

### C. *Reviement jurisprudentiel dans Health Services*

[166] Alors que le cadre général établi dans la trilogie s’appliquait depuis quelque 20 ans, la Cour a décidé de lui tourner le dos. Dans l’arrêt *Health Services*, les juges majoritaires concluent que l’al. 2d) protège le droit à la négociation collective et oblige l’employeur à négocier de bonne foi. Comme ce droit ne peut s’inscrire dans le cadre issu de la trilogie et appliqué depuis, les juges majoritaires opèrent un revirement jurisprudentiel.

[167] Dans *Health Services*, le principal motif pour lequel la formation majoritaire rejette la portée que la trilogie reconnaît à l’al. 2d) est qu’il s’agit d’une interprétation « insensible [au] contexte », et non « téléologique », de la *Charte* (par. 30). Les juges concluent que l’on n’a pas tenu suffisamment compte du lien étroit entre la liberté d’association et les relations du travail (à savoir le syndicalisme), et qu’en raison des liens étroits qui existent entre les deux, on doit considérer que la protection offerte par l’al. 2d) est plus grande que celle susceptible d’être reconnue sur le fondement de la trilogie. De ce point de vue, la principale faille de la trilogie est qu’elle ne reconnaît pas un droit à la « négociation collective », dont la protection est, selon la majorité, inhérente à la liberté d’association (par. 86).

[168] Dans *Health Services*, lorsqu’ils accordent la protection constitutionnelle à la négociation collective, les juges majoritaires considèrent que ce droit constitutionnel oblige les parties à négocier de bonne foi. Ils décrivent comme suit la protection offerte par l’al. 2d) :

... 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.

In fact, the majority went so far as to say that "the duty to consult and negotiate in good faith" is "the fundamental precept of collective bargaining" (para. 97).

[169] The decision in *Health Services* purported to impose two limitations on this right. First, the right was said not to cover all aspects of "collective bargaining", as that term is understood in the statutory labour relations regimes based upon the Wagner model that are in place across the country. The Wagner model refers to Canadian variants of the *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (the "*Wagner Act*"), which was enacted into law in the United States during the Depression. By the end of the 1930s, most Canadian provinces had passed legislation incorporating the main objectives of the *Wagner Act*. The Wagner model has four legislative hallmarks: explicit recognition of the right of employees to belong to a trade union of their choice; protections against employer coercion or interference with organizing activities, known as unfair labour practices provisions; a duty upon employers to bargain in good faith with their employees' unions; and a dispute resolution mechanism for resolving impasses: see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 1-11.

[170] Second, it was said not to be aimed at securing a particular outcome in a labour dispute, or guaranteeing access to any particular statutory scheme: see *Health Services*, at para. 19. Nonetheless, the majority held that the process of good faith collective bargaining demands that unions and employers engage with each other and "make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract": *Health Services*, at para. 101.

... 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. [par. 90]

En fait, les juges majoritaires vont jusqu'à affirmer que « l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi » constitue « le précepte fondamental de la négociation collective » (par. 97).

[169] Dans l'arrêt *Health Services*, la formation majoritaire de notre Cour dit apporter deux nuances à ce droit à la négociation collective. Premièrement, selon elle, le droit ne vise pas tous les aspects de la « négociation collective » au sens des législations du travail fondées sur le modèle Wagner et appliquées au pays. Le modèle Wagner fait référence aux variantes canadiennes de la *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (la « *Loi Wagner* »), adoptée aux États-Unis pendant la Dépression. À la fin des années 1930, la plupart des provinces canadiennes avaient adopté une loi reprenant les principaux objectifs de la *Loi Wagner*. Les lois inspirées du modèle Wagner possèdent quatre caractéristiques : la reconnaissance expresse du droit de l'employé d'appartenir au syndicat de son choix, la protection contre la coercition ou l'ingérence de l'employeur dans les activités associatives (pratiques déloyales de travail), l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi avec le syndicat de ses employés et un mécanisme de résolution des différends pour dénouer les impasses : voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-11.

[170] Deuxièmement, dans *Health Services*, les juges majoritaires précisent que le droit ne vise pas l'obtention d'un résultat particulier lors d'un conflit de travail ni l'accès garanti à un régime législatif précis (par. 19). Néanmoins, ils concluent que le processus de négociation collective de bonne foi exige que le syndicat et l'employeur se rencontrent et fassent « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101).

[171] The Chief Justice and LeBel J. say that *Health Services* “follows directly” from the finding in *Dunmore*, because the government action in that case “rendered the meaningful pursuit of [workplace goals and collective bargaining activities] impossible and effectively nullified the right to associate of its employees” (para. 38). However, as I have discussed above, this conflates two arguments. The first is that restrictions on the ability to *associate*, either directly or because the government interfered with an activity because of its “associational nature”, are unconstitutional, which was the finding in *Dunmore*. The second is that governments are required to provide legislation which enhances the ability of an existing association to pursue its goal of negotiating a collective agreement, which was the finding in *Health Services*, but was contrary to *Dunmore*. As noted above, an application of the actual holding in *Dunmore* would have asked only if the government substantially interfered with the ability to associate.

#### IV. Section 2(d) of the Charter Does Not Protect Collective Bargaining

[172] I now turn to the fundamental question in this case: namely, whether *Health Services* was wrong to constitutionalize collective bargaining. In my respectful view, *Health Services* was indeed wrong. The problems relating to this aspect of *Health Services* can be grouped into three categories.

[173] First, the collective bargaining right recognized in *Health Services* is inconsistent with the purpose of s. 2(d). As I will explain, the interpretation of s. 2(d) adopted by the majority in *Health Services* is unsound in principle for a number of reasons, and the correct conceptual framework for s. 2(d) is that established by the Trilogy and applied in subsequent cases. Section 2(d) does not protect a right to collective bargaining.

[171] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que l'arrêt *Health Services* « découle directement » de la décision dans *Dunmore* car dans cette affaire, la mesure gouvernementale a eu pour effet de « rendre impossible la poursuite véritable [des objectifs liés au travail et des activités de négociation collective et de] supprimer dans les faits le droit de ses employés de s'associer » (par. 38). Toutefois, comme je l'ai expliqué, cette affirmation confond deux arguments. Suivant le premier argument, les restrictions à la capacité de *s'associer*, imposées directement ou par une mesure de l'État qui empêche une activité du fait de sa « nature associative », sont inconstitutionnelles; telle *était* la conclusion dans *Dunmore*. Suivant le deuxième argument, les gouvernements sont tenus d'adopter une loi qui favorise la capacité d'associations existantes de poursuivre l'objectif de négocier des conventions collectives, et c'était la conclusion dans *Health Services*, mais elle était contraire à *Dunmore*. Comme je l'ai dit, en appliquant la véritable conclusion de l'arrêt *Dunmore*, la Cour aurait décidé uniquement si le gouvernement entravait de façon substantielle la capacité de s'associer.

#### IV. L'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas la négociation collective

[172] Je me penche maintenant sur la question fondamentale soulevée en l'espèce : dans l'arrêt *Health Services*, la formation majoritaire constitutionnalise-t-elle à tort la négociation collective? J'estime en toute déférence que c'est le cas. Les problèmes que pose à cet égard l'arrêt *Health Services* sont de trois types.

[173] Premièrement, le droit à la négociation collective reconnu dans *Health Services* est incompatible avec l'objet de l'al. 2d). Comme je l'explique plus loin, dans cet arrêt, l'interprétation de cet alinéa par les juges majoritaires n'est pas fondée eu égard aux principes applicables, et ce, pour nombre de raisons, et le bon cadre conceptuel est celui établi dans la trilogie et appliqué par la suite. L'alinéa 2d) ne protège pas le droit à la négociation collective.

[174] Second, the reasons advanced in *Health Services* for protecting collective bargaining under s. 2(d) do not support that conclusion. The majority in *Health Services* found that the history of Canadian labour law, international law, and *Charter* values all pointed in favour of extending the guarantee of freedom of association to include collective bargaining. While all of those factors support constitutional recognition of the freedom of workers to associate, they do not support the right to collective bargaining.

[175] Third, the approach to collective bargaining in particular, and s. 2(d) in general, articulated in *Health Services* raises significant problems relating to workability. In my view, the framework established in *Health Services* is both inherently unstable and is a vehicle for the imposition of judicial policy preferences.

[176] I now address each of these problems in turn.

A. *The Collective Bargaining Right Recognized in Health Services Is Inconsistent With the Purpose of Section 2(d)*

[177] There are five reasons why the collective bargaining right recognized by *Health Services* is inconsistent with the purpose of s. 2(d). First, the analysis in *Health Services* improperly assigned collective dimensions to an individual right. Second, *Health Services* assigned positive obligations to the essentially negative freedom of association. Third, the reasons in *Health Services* replaced a content-neutral approach to s. 2(d) freedom and adopted an approach to s. 2(d) which privileges certain associations over others. Fourth, *Health Services* elevated contracts — collective bargaining agreements — above statutes and disrupted the ordinary hierarchy of laws. Fifth, the analysis in *Health Services* departs from a long-standing principle of judicial deference in the field of labour relations.

[174] Deuxièmement, les motifs avancés par la majorité dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection prévue à l'al. 2d) n'appuient pas sa conclusion. La formation majoritaire conclut que l'histoire du droit du travail au Canada, le droit international et les valeurs consacrées dans la *Charte* militent tous en faveur de l'élargissement de la protection de la liberté d'association de façon qu'elle englobe la négociation collective. Or, bien que tous ces éléments appuient la reconnaissance constitutionnelle de la liberté des travailleurs de s'associer, ils n'appuient pas le droit à la négociation collective.

[175] Troisièmement, dans l'arrêt *Health Services*, la conception de la négociation collective en particulier et de l'al. 2d) en général soulève des problèmes importants d'applicabilité pratique. À mon sens, le cadre établi est intrinsèquement précaire et permet aux tribunaux d'imposer leurs préférences d'ordre politique.

[176] Je me penche maintenant sur chacun de ces problèmes.

A. *Le droit à la négociation collective reconnu dans Health Services est incompatible avec l'objet de l'al. 2d)*

[177] Le droit à la négociation collective reconnu dans l'arrêt *Health Services* est incompatible avec l'objet de l'al. 2d) pour cinq raisons. Premièrement, dans son analyse, la majorité attribue à tort une dimension collective à un droit individuel. Deuxièmement, elle accole des obligations positives à la liberté de s'associer, alors que celle-ci est essentiellement négative. Troisièmement, dans ses motifs, la formation majoritaire substitue à une interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée une interprétation de la liberté garantie à l'al. 2d) qui privilégie certaines associations. Quatrièmement, elle élève le contrat — la convention collective — au-dessus de la loi et inverse la hiérarchie habituelle des sources du droit. Cinquièmement, son analyse rompt avec un principe appliqué depuis longtemps dans le domaine des relations du travail : la déférence des tribunaux envers le législateur.



(1) Section 2(d) Protects Individual Interests,  
Not Group Interests(a) *Individual Freedoms Versus Collective  
Rights*

[178] First, *Health Services* reinterpreted an individual freedom as giving rise to collective rights with no individual rights foundation. This reinterpretation of the scope of s. 2(d) was a departure from previous jurisprudence that is not justified by the purpose of the *Charter* guarantee. The series of cases beginning with the *Alberta Reference* established that the freedom of association is an individual freedom which is intended to prevent the government from interfering with associations by treating groups differently than it treats individuals.

[179] *Health Services* expanded s. 2(d) to protect collective rights which meant that individuals who are members of specific groups now enjoy greater constitutional rights than those who are not. In particular, following *Health Services*, workers' associations enjoy a robust right to bargain because employers are constitutionally obligated to bargain with their association. Individuals who are not members of an association, on the other hand, have no constitutional right to oblige their employers to bargain.

[180] While the *Charter* may protect certain collective rights, freedom of association does not fall into that category. Where a particular *Charter* guarantee extends greater rights to a group than to an individual, that effect is made clear in the text of the particular guarantee. For example, the right to minority language education in ss. 23(1) and 23(2) is subject to there being a sufficient number of eligible children to warrant public expenditures on minority language education (s. 23(3)). In this way, the guarantee in s. 23 is predicated on the existence of a group. Minority language educational rights thus have a "unique collective aspect even though the rights are granted to individuals" (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 28, *per*

(1) L'alinéa 2d) protège des intérêts indivi-  
duels, et non collectifsa) *Libertés individuelles versus droits  
collectifs*

[178] Premièrement, dans *Health Services*, les juges majoritaires réinterprètent une liberté individuelle et concluent qu'elle fait naître des droits collectifs sans assise individuelle. Leur nouvelle interprétation de la portée de l'al. 2d) constitue un abandon de la jurisprudence antérieure qui n'est pas justifié par l'objet de la garantie constitutionnelle. Le *Renvoi relatif à l'Alberta* et les arrêts rendus dans sa foulée ont établi que la liberté d'association est une liberté individuelle qui vise à empêcher l'État d'entraver l'activité associative en traitant les groupements différemment des individus.

[179] L'arrêt *Health Services* élargit la portée de l'al. 2d) afin de protéger des droits collectifs, de sorte que les individus qui sont membres de certains groupements bénéficient désormais de droits constitutionnels plus importants que ceux qui n'en sont pas membres. Plus particulièrement, une association de travailleurs bénéficie d'un droit important de négociation, car la Constitution oblige l'employeur à négocier avec elle. En revanche, l'individu qui n'est pas membre d'une association ne bénéficie pas du droit constitutionnel d'exiger de son employeur qu'il négocie avec lui.

[180] Bien que la *Charte* puisse protéger certains droits collectifs, la liberté d'association ne fait pas partie de ces droits. La garantie constitutionnelle qui confère des droits plus étendus à un groupement qu'à un individu le précise clairement dans son libellé. Par exemple, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité garanti aux par. 23(1) et (2) s'exerce uniquement lorsque le nombre d'enfants admissibles est suffisant pour justifier le financement public (par. 23(3)). Partant, la garantie prévue à l'art. 23 repose sur l'existence d'un groupe. Ainsi, « l'exercice de ces droits individuels [droits à l'instruction dans la langue de la minorité] [se voient conférer] une dimension collective particulière » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3,

Iacobucci and Arbour JJ.). Similarly, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the “existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples”. Treaty rights, being rights established in a treaty between a group of aboriginals and the Crown, undoubtedly have a collective dimension to them insofar as they vest rights in a particular group. See, e.g., *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at paras. 10-11. By contrast, s. 2(d) provides that “[e]veryone has . . . freedom of association”. This language supports an interpretation of s. 2(d) as an individual freedom. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at pp. 37-1 and 37-2.

(b) *Qualitative Differences Between Individuals and Associations Do Not Change the Individual Nature of Freedom of Association*

[181] The Chief Justice and LeBel J. say that *Health Services* was “consistent with the previous cases on the issue of individual and collective rights” (para. 65). I must respectfully disagree. McIntyre J. in the *Alberta Reference* made the point, which is the point that I make in my reasons, that freedom of association protects the right of groups to engage in activities that are lawful or constitutionally protected for individuals. The reliance on a purposive approach to interpretation advanced by the majority in *Health Services* opens the door to s. 2(d) being interpreted as a generalized group right as opposed to an individual right, which is an interpretation that is not consistent with this Court’s prior jurisprudence. My colleagues’ reference to the interpretation of s. 2(d) advanced by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, was not a position accepted by the majority and, as my reasons point out, by constitutionalizing the right to bargain collectively *Health Services* departed from the position of the majority in that case.

[182] As I will now explain, although in *Dunmore*, s. 2(d) was found to protect group activity that was

par. 28, les juges Iacobucci et Arbour). De même, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones ». Un droit issu de traité, c’est-à-dire qui découle d’un traité intervenu entre un groupe d’Autochtones et la Couronne, revêt incontestablement une dimension collective dans la mesure où il est conféré à un groupe particulier. Voir, p. ex., l’arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 10-11. Par contre, l’al. 2d) dispose que « [c]hacun a [. . .] la liberté d’association », ce qui étaye l’interprétation voulant qu’il protège une liberté individuelle. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 37-1 et 37-2.

b) *Malgré les différences qualitatives entre activités individuelles et activités associatives, la liberté d’association demeure de nature individuelle*

[181] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que l’arrêt *Health Services* « s’inscrit dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs » (par. 65), ce dont je ne peux malheureusement convenir. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre fait valoir — comme je le fais en l’espèce — que la liberté d’association protège le droit d’un groupement de se livrer à des activités qui, lorsqu’elles sont le fait d’individus, sont légitimes ou jouissent d’une protection constitutionnelle. L’interprétation téléologique privilégiée par les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* permet de considérer que l’al. 2d) confère un droit collectif généralisé plutôt qu’un droit individuel, ce qui va à l’encontre de la jurisprudence de notre Cour antérieure à cet arrêt. L’interprétation de l’al. 2d) préconisée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et à laquelle font référence mes collègues n’a pas été retenue par les juges majoritaires. De plus, comme je le soutiens dans les présents motifs, en constitutionnalisant le droit de négocier collectivement, l’arrêt *Health Services* rompt avec l’opinion majoritaire dans cette affaire.

[182] Comme je l’explique ci-après, même si, dans l’arrêt *Dunmore*, la Cour conclut que l’al. 2d)

“qualitatively” different from individual activity, s. 2(d) cannot be used to give groups greater constitutional protection than individuals.

[183] The majority in *Health Services*, in rejecting the view that s. 2(d) only protects those activities that may be lawfully pursued on the individual level, said that *Dunmore* had overtaken the notion that freedom of association applies only to activities capable of performance by individuals. *Dunmore* cannot be interpreted in such a manner. In *Dunmore*, Bastarache J. explained that to limit s. 2(d) to activities that are performable by individuals might render futile certain fundamental initiatives, since some collective activities may, by their very nature, be incapable of being performed by an individual. As I explained above, in the view of Bastarache J., certain activities are, when performed by a group, “qualitatively” different from those activities performed solely by an individual, and this qualitative difference may merit constitutional protection for the collective activity (*Dunmore*, at para. 17). With respect, *Dunmore* does not stand for the proposition that such qualitative differences open the door to the notion of group rights entirely unconnected to individual rights.

[184] I accept that there may be qualitative differences between individuals acting alone and individuals acting in concert. Professor Langille refers to the example of choir singing. See B. Langille, “The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It” (2009), 54 *McGill L.J.* 177 (“Freedom of Association”), at p. 185. While he ultimately believes that the choir metaphor should not apply to determine the scope of s. 2(d) rights, in my opinion the metaphor is apt in explaining the limited type of qualitatively different group activities that may be protected by s. 2(d). A group of individuals singing together in a choir can produce musical effects, such as harmonies and counterpoint, that an individual singing alone cannot. Such effects are not just an accumulation of individual voices singing in exactly the

protège l’activité collective « qualitativement » différente de l’activité individuelle, cette disposition ne saurait accorder aux groupements une plus grande protection constitutionnelle qu’aux individus.

[183] Dans l’arrêt *Health Services*, rejetant la thèse selon laquelle l’al. 2d) protège uniquement les activités qui peuvent légitimement être exercées à l’échelle individuelle, les juges majoritaires affirment que l’arrêt *Dunmore* rend désuète l’idée que la liberté d’association s’applique aux seules activités susceptibles d’exercice individuel. L’arrêt *Dunmore* ne peut être interprété de cette manière. Le juge Bastarache y explique que faire bénéficier de la protection de l’al. 2d) seulement les activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens des actes fondamentaux, puisque certaines activités collectives ne peuvent, de par leur nature, être accomplies individuellement. J’ai déjà expliqué que pour le juge Bastarache, lorsqu’elles sont exercées par un groupe, certaines activités sont « qualitativement » différentes de celles exercées uniquement par un individu, et cette différence qualitative peut emporter la protection constitutionnelle de l’activité collective (*Dunmore*, par. 17). En toute déférence, l’arrêt *Dunmore* n’appuie pas la proposition voulant que ces différences qualitatives ouvrent la voie à une notion de droit collectif non arrimé à un droit individuel.

[184] Je reconnais qu’il peut y avoir des différences qualitatives entre individus agissant seuls et individus agissant collectivement. Dans « The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177 (« Freedom of Association »), p. 185, le professeur B. Langille donne l’exemple d’une chorale. Bien qu’il précise que cette métaphore ne saurait servir à circonscrire la portée des droits garantis à l’al. 2d), elle permet à mon avis d’illustrer le genre restreint d’activités collectives qualitativement différentes susceptibles de bénéficier de la protection offerte par cette disposition. Un groupe d’individus chantant ensemble dans une chorale peut produire des effets musicaux, tels une harmonie et un contrepoint, qui ne peuvent être obtenus d’un individu chantant seul. Il ne s’agit pas uniquement

same way. Rather, they produce a musical effect that is fundamentally different from what a lone individual can produce. In other words, the whole is not merely the sum of its parts. The ability to create such effects through the coordination of individual action is one reason why freedom of association is protected. I believe that *Dunmore* found that s. 2(d) may protect voluntary collective activity which is “qualitatively” different from individual activity in this limited way.

[185] In my view, the question is not whether the activity is susceptible of being performed, *in exactly the same manner*, by an individual acting alone. A choir singing harmony may produce sound that is qualitatively distinct from an individual voice, but it is nonetheless *produced* by a group of individuals voluntarily singing together. One individual is free to sing in one octave, another is free to sing in another octave. A harmony may result if they choose to perform these individual activities in concert with one another. And if the state were to outlaw harmony, it would be attacking the individuals’ ability to do side by side at the same time what each may do apart. Thus, while harmony arising out of choir singing may have no direct individual analogue, a legislative attack on harmony would be an attack on the association itself, and should not be permitted under s. 2(d). Section 2(d) may recognize qualitative differences between individual and group activity, without altering the individual nature of freedom of association.

[186] While s. 2(d) protects “qualitatively” different activities which are an emergent result of free individual organization, it does not impose a constitutional obligation on government to *create* out of whole cloth a set of qualitative differences that make the group more powerful than it otherwise would be, even if such differences would enhance its ability to achieve its goals.

[187] *Health Services* did not purport to give constitutional force to a right to *individuals* to compel employers to bargain in good faith with them. Individuals who are not members of an association

de juxtaposer les voix d’individus chantant exactement de la même façon, mais bien de produire un effet musical foncièrement différent de celui pouvant être obtenu d’un individu seul. Autrement dit, le tout ne résulte pas simplement de la somme de ses parties. La possibilité d’obtenir de tels effets grâce à la coordination d’actes individuels est l’une des raisons pour lesquelles la liberté d’association est protégée. J’estime que suivant l’arrêt *Dunmore*, l’al. 2d) peut protéger l’activité collective volontaire qui est « qualitativement » différente de l’activité individuelle dans cette seule mesure.

[185] À mon sens, la question n’est pas de savoir si l’activité peut être exercée *exactement de la même façon* par un individu seul. Si une chorale qui chante en harmonie peut produire un son qualitativement distinct de celui produit par une personne qui chante seule, il demeure que ce son est *produit* par un groupe d’individus chantant volontairement ensemble. Un individu peut chanter une octave plus haut et un autre, une octave plus bas. Il y aura harmonie s’ils décident d’unir leurs voix. Si l’État voulait bannir l’harmonie, il empêcherait les individus de faire côte à côte et en même temps ce qu’ils peuvent faire séparément. Partant, bien que l’harmonie créée par la chorale n’ait aucun équivalent individuel direct, rendre illégale l’harmonie reviendrait à frapper d’illégalité l’association elle-même, ce que ne devrait pas permettre l’al. 2d). Cette disposition peut reconnaître la différence qualitative entre une activité individuelle et une activité collective, mais la liberté d’association demeure néanmoins foncièrement individuelle.

[186] L’alinéa 2d) protège l’activité « qualitativement » différente à laquelle donne lieu l’association libre d’individus, mais il n’impose pas à l’État l’obligation constitutionnelle de *créer* de toutes pièces un ensemble de différences qualitatives qui rendent le groupe plus puissant qu’il ne le serait autrement, même si ces différences accroîtraient sa faculté d’atteindre son objectif.

[187] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire n’entendait pas constitutionnaliser un droit qui permet à *l’individu* d’obliger son employeur à négocier de bonne foi avec lui.

have no such right. Thus, the constitutional right to compel employers to bargain in good faith with associations must be a unique group right, not an activity emergent from an individual right.

(2) Section 2(d) Protects Freedoms Rather Than Rights

[188] Second, the majority concluded in *Health Services* that s. 2(d) imposes a duty to bargain in good faith. It explained this conclusion at para. 90 finding that “the employees’ right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer” requiring “both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation”.

[189] Thus, *Health Services* stands for the proposition that the right to collective bargaining includes an entitlement to have “meaningful” influence over working conditions. In other words, the right includes an assurance that a real dialogue will take place between an employee association and the employer. Such assurance can only be provided if the employer is under a duty to engage with representations made by the association and make a good faith attempt to bargain to pursue the goal of accommodation. In the absence of such a duty, the employer would be free to refuse to negotiate with the employee association. Thus, according to *Health Services*, if s. 2(d) protected only the ability of workers to make collective representations and did not impose a duty on the employer to bargain in good faith, it would fail to protect the right to collective bargaining.

[190] In my view, this proposition suffers from an important defect: it transforms s. 2(d) from a freedom into a “positive” right by imposing an obligation to act on third parties (i.e. the employer). There is a difference between saying that an individual has the *freedom* or *liberty* to do something, on the one hand, and saying that he or she has the *right* to do it, on the other. A person is free or at

L’individu qui n’est pas membre d’une association ne bénéficie pas d’un tel droit. Le droit constitutionnel d’obliger l’employeur à négocier de bonne foi avec une association doit donc être purement collectif et sans lien avec une activité découlant de l’exercice d’un droit individuel.

(2) L’alinéa 2d) protège des libertés plutôt que des droits

[188] Deuxièmement, dans l’arrêt *Health Services*, la majorité des juges conclut que l’al. 2d) impose l’obligation de négocier de bonne foi. Elle explique cette conclusion au par. 90 en disant que le droit des « employés de négocier collectivement impose [...] à l’employeur des obligations correspondantes » exigeant « 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 ».

[189] Suivant cet arrêt, le droit à la négociation collective englobe donc l’influence « véritable » sur les conditions de travail. Autrement dit, il assure un vrai dialogue entre l’association d’employés et l’employeur. Cette assurance ne peut être offerte que si l’employeur est tenu de donner suite aux revendications de l’association et de tenter de bonne foi de négocier en vue de réaliser l’objectif d’accommodement. Sans une telle obligation, l’employeur serait libre de refuser de négocier avec l’association d’employés. Partant, suivant l’arrêt *Health Services*, si l’al. 2d) protégeait uniquement la possibilité pour les travailleurs de présenter des revendications collectives et n’obligeait pas l’employeur à négocier de bonne foi, il ne protégerait pas le droit à la négociation collective.

[190] À mon sens, cette proposition présente une faille importante : en imposant à un tiers (c.-à-d., l’employeur) une obligation, elle fait de la liberté garantie à l’al. 2d) un droit « positif ». Il y a une différence entre, d’une part, reconnaître à l’individu la *liberté* de faire quelque chose et, d’autre part, lui reconnaître le *droit* de faire quelque chose. L’individu est libre dès lors qu’il ne rencontre ni

liberty when there is an absence of obstacles or impediments. Nothing further is required beyond this absence. However, to say that a person has a “right” is to imply something further. It suggests that a claim can be made on someone else in order to be *provided with* the object of the right.

[191] It is possible to describe a freedom in terms of rights, but this may only serve to blur the distinction between what is being protected in either case. A freedom exists to protect a sphere of autonomy, an area within which the individual will encounter no obstacles. A right, on the other hand, exists to provide an individual with a claim to some specific thing. Generally, a freedom can be described as a right only if it is recognized that the right is “negative” in character, that is, only if it is described as an entitlement to be free of restriction or prohibition.

[192] An example of how a freedom can sometimes be described using the word “right” can be found by examining ss. 7 to 12 of the *Charter*. When the *Charter* uses the term “right”, as it does in ss. 7 to 12, either a positive entitlement is introduced, or a right to be free of some restriction or prohibition (i.e. a freedom) is introduced. For the positive rights, an individual is given a right to some form of state action, e.g. to be advised of a right to counsel upon arrest. For the negative rights, the individual is given a right to be free from some form of restriction or prohibition, e.g. a right not to be arbitrarily detained or imprisoned. As discussed above, the right to be free of a restriction or a prohibition is a description that encompasses the “negative” character of the right, and is simply another way to describe a freedom.

[193] The Chief Justice and LeBel J. suggest that my reasons seek to maintain the “consistently rejected . . . rigid distinction” between freedoms and positive rights (para. 69). Referring to *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*CLA*”), by way of analogy, they say that in some circumstances a *Charter* freedom, such as freedom of expression under s. 2(b), “may require the government to disclose documents to the public in

obstacle ni entrave. La liberté n’exige rien de plus. Toutefois, le « droit » suppose davantage : son titulaire peut l’exercer vis-à-vis d’autrui afin d’être *pourvu* de son objet.

[191] On peut définir une liberté en fonction de droits, mais on risque alors de n’arriver qu’à brouiller la distinction entre ce qui est protégé par l’un et par l’autre. La liberté existe pour protéger une sphère d’autonomie où l’individu ne se heurtera à aucun obstacle. En revanche, le droit conféré à l’individu lui permet de réclamer une chose précise. En règle générale, une liberté ne peut être assimilée à un droit que lorsque la nature « négative » de celui-ci est reconnue, c’est-à-dire uniquement lorsque la liberté s’entend du droit d’échapper à toute limitation ou interdiction.

[192] Les articles 7 à 12 de la *Charte* offrent l’exemple de la liberté qui peut parfois être qualifiée de « droit ». Lorsque la *Charte* emploie le terme « droit » aux art. 7 à 12, elle reconnaît soit un droit positif, soit un droit d’échapper à quelque limitation ou interdiction (c.-à-d., une liberté). Dans le cas d’un droit positif, l’individu se voit conférer le droit à certaines mesures de la part de l’État, comme celui d’être informé du droit à l’assistance d’un avocat en cas d’arrestation. Dans le cas d’un droit négatif, l’individu se voit conférer le droit d’échapper à une forme de limitation ou d’interdiction, par exemple le droit de ne pas être arbitrairement détenu ou emprisonné. Je le rappelle, le droit d’échapper à une limitation ou interdiction illustre la forme « négative » du droit et se veut simplement une autre façon de décrire une liberté.

[193] La Juge en chef et le juge LeBel laissent entendre que je préconise ici « une distinction rigide » entre liberté et droit positif, une distinction que la Cour « s’est toujours refusée à établir » (par. 69). Renvoyant par analogie à l’arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *CLA* »), ils affirment que dans certaines circonstances, une liberté constitutionnelle, comme la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la

order to enable meaningful discourse” (para. 69). Therefore, they say s. 2(d) of the *Charter* “may require the state to act positively to protect the ability of individuals to engage in fundamentally important collective activities” (para. 70). While I would agree that in “exceptional circumstances” (*Dunmore*, at para. 21; *Delisle*, at para. 33) a *Charter* freedom may require positive state action, I do not agree that *CLA* is an apt analogy.

[194] Creating positive rights in exceptional circumstances does not dilute the coherence of the distinction between freedoms and rights. This is because those positive rights will only be granted when they are genuinely derivative of a freedom. A derivative right is one that is *necessary* to allow individuals to exercise a fundamental freedom. In *CLA*, the right to access government information was considered to be “a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government” (para. 30 (emphasis added)). This Court has found that a derivative right must be “inextricably tied to” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“*CBC*”), at para. 23) a “necessary precondition” (*Dunmore*, at para. 42) and “clearly within the ambit of the freedom” (*CBC*, at para. 23). However, the core of any derivative right is that without that right individuals will not be able to exercise their *Charter* freedom.

[195] By its very nature, a derivative right must be necessary to the exercise of a freedom, not constitute a stand-alone right itself. Therefore the ability to exercise the freedom itself must be looked to in order to determine whether any proposed right is genuinely derivative. For example, in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, news organizations were arguing that they should have s. 2(b) protection for confidential sources. In rejecting this argument, this Court said that this

*Charte*, « peut exiger de l’État qu’il communique des documents au public afin d’assurer un débat véritable » (par. 69). Par conséquent, l’al. 2d) de la *Charte* « peut obliger l’État à prendre des mesures concrètes pour permettre aux individus de prendre part à des activités collectives d’importance fondamentale » (par. 70). Je concède que dans des « circonstances exceptionnelles » (*Dunmore*, par. 21; *Delisle*, par. 33) une liberté garantie par la *Charte* peut obliger l’État à prendre des mesures positives, mais je ne crois pas que l’arrêt *CLA* constitue un bon élément de comparaison.

[194] La création d’un droit positif dans des circonstances exceptionnelles ne rend pas moins cohérente la distinction entre liberté et droit, car un droit positif n’est accordé que s’il découle véritablement d’une liberté. Le droit dérivé est celui qui est *nécessaire* pour permettre à l’individu d’exercer une liberté fondamentale. Dans l’arrêt *CLA*, le droit d’accès à des renseignements gouvernementaux est considéré comme « un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (par. 30 (je souligne)). Dans des arrêts antérieurs, la Cour conclut qu’un droit dérivé doit être « inextricablement lié » à la liberté (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *SRC* »), par. 23), qu’il doit être une « condition préalable nécessaire » à son exercice (*Dunmore*, par. 42) et qu’il doit relever « clairement de la liberté » (*SRC*, par. 23). Toutefois, la raison d’être essentielle du droit dérivé est que, sans lui, l’individu ne peut pas exercer la liberté que lui garantit la *Charte*.

[195] Par sa nature même, le droit dérivé doit être nécessaire à l’exercice d’une liberté, et non constituer un droit autonome. Par conséquent, il faut se pencher sur la faculté d’exercer une liberté pour déterminer si un droit allégué est véritablement dérivé. Par exemple, dans l’affaire *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, où des organes de presse faisaient valoir que leurs sources confidentielles devaient bénéficier de la protection de l’al. 2b), la Cour rejette cette prétention en

position was “built on the premise that protection of confidential sources should be treated as if it were an enumerated *Charter* right or freedom” but that “is not so” (*National Post*, at para. 38). In *CBC* a positive right of access to courts was sought in order to allow journalists to report on court proceedings. La Forest J., writing for the Court, stated that “courts . . . must be open to public scrutiny and to public criticism of their operations” (*CBC*, at para. 20). Without the derivative right of access to the courts, it would be impossible for the public (and journalists) to offer criticism in the exercise of their s. 2(b) freedom of the press.

[196] In *Dunmore*, a right was derived from s. 2(d) which required positive governmental action that was “necessary for [employees] to exercise their constitutional freedom to form and maintain associations” (para. 67 (emphasis added)).

[197] A right to collective bargaining is not a derivative right in the sense in which it has been recognized in *CLA*, *CBC* and *Dunmore*. As discussed above, the essence of freedom of association is that it enables individuals to do in association what they could do as individuals. *Dunmore* is consistent with this principle, in the manner that I have just described. By contrast, collective bargaining is not emergent from an activity that an individual alone could do. Rather, as described in *Health Services*, it imposes a duty on employers to meet with employees and make a “reasonable effort to arrive at an acceptable contract” (para. 101). No individual employee has a right to require an employer to meet and make a reasonable effort to arrive at an acceptable employment contract, which is the right for an employee association created by *Health Services*.

[198] The Chief Justice and LeBel J. say that collective bargaining is a derivative right because it is a “necessary precondition” to make their choice to associate meaningful. Understood this way, compulsory collective bargaining does not enable association. Rather, it is entirely concerned with

affirmant qu’elle a pour « prémisses que la protection des sources confidentielles devrait être traitée comme s’il s’agissait d’un droit ou d’une liberté expressément visé par la *Charte* », ce qui « n’est pas le cas » (par. 38). Dans l’affaire *SRC*, le droit positif d’assister au déroulement de procédures judiciaires était allégué au motif que les journalistes devaient pouvoir en rendre compte. Le juge La Forest dit au nom de la Cour qu’il faut que « le public puisse faire l’examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement » (par. 20). Sans le droit dérivé d’accéder aux tribunaux, il serait impossible au public (et aux journalistes) de formuler des critiques dans l’exercice de leur liberté de presse garantie à l’al. 2b).

[196] Dans l’affaire *Dunmore*, un droit dérivé de l’al. 2d) exigeait de l’État une mesure positive « nécessaire [aux employés] pour exercer leur liberté constitutionnelle de constituer et de maintenir des associations » (par. 67 (je souligne)).

[197] Le droit à la négociation collective n’est pas un droit dérivé au sens des arrêts *CLA*, *SRC* et *Dunmore*. Je le rappelle, la liberté d’association permet essentiellement à l’individu de faire de concert avec d’autres ce qu’il pourrait accomplir seul. *Dunmore* est compatible avec ce principe tel que je l’ai exposé. Par contre, la négociation collective ne découle pas d’une activité susceptible d’être le fait d’un individu seul. Au contraire, comme le disent les juges majoritaires dans *Health Services*, elle oblige l’employeur à rencontrer ses employés et à faire « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101). Un employé individuel n’a pas le droit d’obliger son employeur à le rencontrer et à faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat de travail acceptable. C’est pourtant ce droit que l’arrêt *Health Services* crée au bénéfice de l’association d’employés.

[198] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que la négociation collective est un droit dérivé parce qu’elle constitue une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour donner un sens à leur choix de s’associer. Vue sous cet angle, la négociation collective obligatoire n’habilite pas



enhancing the ability of employee associations, once formed, to pursue their goals and provide them with a more favourable bargaining position.

[199] There is no reason to think that individual employees would not have the exact same desire for a more favourable bargaining position. Every day in Canada there are individuals who enter into employment contracts with their employers. Those individuals might also benefit if their employers were compelled to negotiate their employment contracts with them. However, individuals do not have a constitutionally mandated right to compel their employers to negotiate over an employment contract with them simply because no such right exists in the *Charter*. Because no individual has the right to compel an employer to negotiate in good faith over an employment contract, collective bargaining is not emergent from an activity that an individual alone could do.

[200] Accordingly, a right to collective bargaining is not derivative of a freedom as described in *CLA*, *CBC* and *Dunmore*. It is a stand-alone right created by the Court, not by the *Charter*.

[201] Thus, to grant a right to collective bargaining under s. 2(d) purportedly as derivative of the freedom of association would not be consistent with the approach taken by this Court in its derivative rights jurisprudence in relation to the *Charter*. Such a derivative right will arise only where it is a “necessary precondition” to the exercise of the freedom (*CLA*, at para. 30). This careful approach is necessary to adhere to the distinction between *Charter* rights and freedoms and prevents transforming freedoms into rights.

[202] Viewed in this light, it is clear that s. 2(d) is intended to protect a sphere of individual autonomy or liberty, and not to enhance by state action the capacity of individuals to do a particular activity more effectively or to guarantee that any particular endeavour for which association might take place will succeed.

l’acte d’association. Elle sert plutôt uniquement à accroître la capacité de l’association, une fois formée, de poursuivre ses objectifs et lui offre une position de négociation plus favorable.

[199] Rien ne permet de penser que l’employé individuel ne souhaiterait pas tout autant se voir offrir une position de négociation plus favorable. Chaque jour, au Canada, des individus passent des contrats de travail avec leur employeur. Ces individus y gagneraient au change si l’employeur était obligé de négocier avec eux le contrat de travail. Toutefois, aucun individu n’a le droit constitutionnel d’obliger l’employeur à négocier avec lui son contrat de travail, et ce simplement parce qu’aucun droit de la sorte n’existe dans la *Charte*. Parce qu’aucun individu n’a le droit d’obliger l’employeur à négocier de bonne foi un contrat de travail, la négociation collective ne découle pas d’une activité susceptible d’être le fait d’un individu seul.

[200] Par conséquent, le droit à la négociation collective n’est pas un droit dérivé d’une liberté au sens des arrêts *CLA*, *SRC* et *Dunmore*. Il s’agit d’un droit autonome créé par la Cour, et non par la *Charte*.

[201] Reconnaître le droit à la négociation collective sur le fondement de l’al. 2d) au motif qu’il dériverait de la liberté d’association est donc incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits dérivés de libertés garanties par la *Charte*. Le droit dérivé reconnu ne naît que s’il constitue une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour l’exercice de la liberté (*CLA*, par. 30). Cette prudence s’impose pour le maintien de la distinction entre droits et libertés garantis par la *Charte* et elle empêche qu’une liberté ne devienne un droit.

[202] Considéré sous cet angle, l’al. 2d) vise clairement à protéger une sphère d’autonomie ou de liberté individuelle, et non à accroître par une mesure de l’État la faculté qu’a un individu d’exercer plus efficacement une activité particulière ni à garantir la réalisation d’un objectif visé par la formation d’une association.

(3) Section 2(d) Does Not Privilege Some Associations Over Others

[203] A third error in the approach to s. 2(d) in *Health Services* is that it conceives of s. 2(d) as privileging some associations over others. I cannot agree with an approach to s. 2(d) which requires this Court to decide which associations and associational objectives are worthy of constitutional protection and which are not.

[204] *Health Services* rejected the grounds advanced in earlier decisions for excluding collective bargaining from the *Charter*'s guarantee of freedom of association on the basis that they did not “withstand principled scrutiny” (para. 22). The majority in *Health Services* held that the “overarching” problem with these earlier decisions, particularly the *Alberta Reference* and *PIPSC*, was that they had pursued a “decontextualized”, as opposed to a “purposive”, approach to freedom of association that had ignored the differences between organizations and treated all organizations in the same way: “Whatever the organization — be it trade union or book club — its freedoms were treated as identical” (para. 30). Having decided that the objects of trade unions were meritorious of protection, the majority decided that the protection of trade unions’ objects required the recognition of the duty to bargain in good faith.

[205] These earlier cases did indeed exhibit a content-neutral approach to freedom of association in the sense that they did not claim to privilege particular associations. *Health Services* erred in saying that these approaches were not purposive.

[206] The purposive approach to *Charter* interpretation was explained by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (“*Big M*”), at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.

(3) L’alinéa 2d) ne favorise pas certaines associations par rapport à d’autres

[203] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire commet une troisième erreur en interprétant l’al. 2d) au bénéfice de certains types d’association par rapport à d’autres. Je ne saurais souscrire à une interprétation de l’al. 2d) qui nous oblige à décider quelles associations et quels objectifs associatifs valent ou non d’être protégés par la Constitution.

[204] Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité des juges écarte les motifs invoqués auparavant pour refuser que la liberté d’association garantie par la *Charte* englobe la négociation collective, et ce, parce qu’ils ne « résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents » (par. 22). Pour elle, le problème « le plus sérieux » que posent les décisions antérieures, en particulier le *Renvoi relatif à l’Alberta* et *IPFPC*, est qu’on y recourt à une interprétation « insensible [au] contexte » au lieu d’une interprétation « téléologique » de la liberté d’association, sans tenir compte des différences entre les organisations et en les traitant toutes de la même manière : « [q]uelle que soit l’association — un syndicat ou un club de lecture —, on a traité ses libertés de manière identique » (par. 30). Elle décide alors que les objectifs d’un syndicat justifient une protection, puis elle conclut qu’il faut donc reconnaître l’obligation de négocier de bonne foi.

[205] Dans les décisions antérieures, la Cour interprète effectivement la liberté d’association de manière neutre quant à sa nature en ce qu’elle ne favorise pas d’associations en particulier. Dans *Health Services*, la majorité affirme à tort que cette démarche n’est pas téléologique.

[206] Dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (« *Big M* »), p. 344, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) explique en quoi consiste l’interprétation téléologique de la *Charte* :

Le sens d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d’une analyse de l’objet d’une telle garantie; en d’autres termes, ils doivent s’interpréter en fonction des intérêts qu’ils visent à protéger.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in [*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145] emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis in original.]

[207] The kind of "context" to which the reasons in *Health Services* refer is very different from that being discussed here. *Health Services* suggested that a "generic" approach to defining freedom of association is inappropriate because different groups must have different freedoms: the needs of a book club are not the same as those of a trade union, and assuming them to be entitled to precisely the same thing under s. 2(d) would be a mistake (para. 30). However, the "context" that is relevant to a purposive interpretation of *Charter* freedoms is not the context of the individuals who happen to be exercising that freedom in a given case. Rather, a purposive interpretation of s. 2(d) requires that one place *freedom of association* in its linguistic, philosophic and historical contexts. The origins of the concept, the words used to describe it, and the philosophical principles on which it relies will define the scope of s. 2(d) protection. The extent of that protection should not change depending on the particular *factual* context or circumstances in which s. 2(d) is being applied.

[208] In the *Alberta Reference*, both Dickson C.J. and McIntyre J. did in fact adopt a purposive approach to interpreting the *Charter*'s guarantee of freedom of association (pp. 363 and 393-94). It was not their failure to apply such an approach that led to the conclusion that all associations must receive

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt [*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145], l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Soulignement dans l'original.]

[207] Le « contexte » auquel renvoie *Health Services* est d'un type très différent. Les juges majoritaires laissent entendre qu'il ne convient pas d'interpréter la liberté d'association de manière « générale », car des groupes différents doivent avoir des libertés différentes : les besoins d'un club de lecture ne sont pas ceux d'un syndicat, et il serait erroné de leur accorder la même protection en application de l'al. 2d) (par. 30). Cependant, le « contexte » pertinent pour l'interprétation téléologique d'une liberté garantie par la *Charte* ne correspond pas à celui dans lequel des individus exercent cette liberté dans un cas donné. L'interprétation téléologique de l'al. 2d) exige plutôt que l'on situe la *liberté d'association* dans ses contextes linguistique, philosophique et historique. Les origines du concept, les termes utilisés pour le définir et les principes philosophiques sur lesquels il repose circonscrivent la protection qu'offre l'al. 2d). L'étendue de cette protection ne devrait pas varier en fonction du contexte *factual* ou des circonstances de l'application de l'alinéa dans un cas précis.

[208] Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson et le juge McIntyre adoptent tous deux une interprétation téléologique de la liberté d'association garantie par la *Charte* (p. 363, 393-394). Ce n'est pas l'omission de recourir à une telle approche qui les fait conclure que les associations

identical freedoms under s. 2(d). Rather, it was the application of that approach that correctly led them to recognize that a guarantee protecting a fundamental freedom to associate must be interpreted in a content-neutral fashion as between different associations.

[209] The protection of fundamental freedoms should not involve the Court in adjudicating the relative values of the way in which individuals exercise those freedoms. Just as this Court has not adjudicated on the relative value of a religion or its tenets under s. 2(a) or assessed the relative value or content of a given exercise of freedom of expression under s. 2(b), so too should this Court not privilege some associations over others under s. 2(d): *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 50.

[210] Another example of a content-neutral approach can be found in *Big M* where this Court found:

In my view, however, as I read the *Charter*, it mandates that the legislative preservation of a Sunday day of rest should be secular, the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion. [Emphasis added; p. 351.]

*Big M* considered the purpose of the *Charter*, recognized the Christian underpinning of the impugned law, and concluded that by imposing “a sectarian Christian ideal, the *Lord’s Day Act* works a form of coercion inimical to the spirit of the *Charter* and the dignity of all non-Christians” (p. 337). Dickson J.’s words in *Big M* expressly say that there is no constitutional basis to prefer one religion over others.

[211] In an article critical of the *Health Services* decision, Professor Langille describes as “chilling” the suggestion that the Court should “weig[h] the harm of banning book clubs as compared to banning collective bargaining and relegat[e] the

bénéficient toutes de libertés identiques suivant l’al. 2d). C’est plutôt cette approche qui les amène à juste titre à reconnaître que la liberté fondamentale protégée doit être interprétée de manière neutre, sans égard à la nature de l’association en cause.

[209] En matière de protection des libertés fondamentales, la Cour doit se garder d’attribuer une valeur relative à la manière dont un individu exerce une liberté. Comme dans l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 50, où elle s’abstient de se prononcer sur la valeur relative d’une religion ou de ses préceptes pour l’application de l’al. 2a) et de déterminer la valeur relative ou la teneur d’un exercice donné de la liberté d’expression garantie à l’al. 2b), elle ne doit pas favoriser un type d’association plutôt qu’un autre pour l’application de l’al. 2d).

[210] Un autre exemple d’interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée figure dans *Big M*, où notre Cour est arrivée à la conclusion suivante :

Toutefois, je suis d’avis que la *Charte* édicte que toute loi visant à maintenir le repos dominical doit avoir un caractère laïque et, étant donné la diversité des formes que prennent la croyance et l’incroyance ainsi que les différences socio-culturelles des Canadiens, le Parlement fédéral n’a pas compétence en vertu de la Constitution pour adopter une loi privilégiant une religion au détriment d’une autre. [Je souligne; p. 351.]

Dans cet arrêt, la Cour tient compte de l’objet de la *Charte*, reconnaît l’assise chrétienne de la loi contestée et conclut qu’en imposant « un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l’esprit de la *Charte* et à la dignité de tous les non-chrétiens » (p. 337). Le juge Dickson dit expressément qu’aucune disposition constitutionnelle ne permet de favoriser une religion par rapport à une autre.

[211] Dans un article où il critique l’arrêt *Health Services*, le professeur Langille trouve [TRADUCTION] « inquiétant » que la Cour puisse « soupeser le préjudice que causerait l’interdiction des clubs de lecture par comparaison à celui

former to a lower level of concern”: “Freedom of Association”, at p. 185. He goes on to state:

We should begin with a reminder that this is, after all, a constitution that is being interpreted. It is an entrenched bill of rights and freedoms. The *Charter* value of freedom of association is a basic one. It applies to all Canadians, and the role of the Court is to interpret it in a principled way. There is, in my view, not one freedom of association for Nova Scotia and another for Ontario, nor one for students and one for tenants, nor one for the service sector and another for the manufacturing sector. If there were, this freedom would not be a matter of fundamental justice. It would be, to use the Court’s word, “contextual”. [p. 202]

[212] Like Professor Langille, I question whether the approach advocated in *Health Services* accords with a purposive interpretation of *Charter* rights. In *Health Services*, the majority appeared to be inquiring into the purpose of an activity to see if it merits constitutional protection. This approach requires judges to select among a range of objects and activities on the basis of their general “importance” to society rather than their connection to the freedom to associate. It is inappropriate for the Court to engage in this sort of inquiry in defining the scope of a constitutional right. It would be assessing whether, as a matter of policy, a given activity merits constitutional protection. In my view, the purpose of s. 2(d) is to protect associational activity against precisely such value judgments. A “contextual” approach of the sort proposed in *Health Services* would in fact be contrary to the purpose of s. 2(d) as it requires the judiciary to engage in these value judgments itself: see R. K. Basu, “Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications” (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, at pp. 186-87. In *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, LeBel J. recognized that such a role would be inappropriate for the Court and would take the Court beyond the scope of s. 2(d):

If this constitutional guarantee were to apply to the widest range of associations with the most diverse

qu’infligerait l’interdiction de la négociation collective et accorder moins d’importance au premier » : « Freedom of Association », p. 185. Il ajoute :

[TRADUCTION] Nous devons d’abord nous rappeler qu’il s’agit après tout d’interpréter la Constitution, des droits et des libertés constitutionnalisés. La liberté d’association garantie par la *Charte* est fondamentale. Elle s’applique à tous les Canadiens, et la Cour doit l’interpréter de manière rationnelle. À mon sens, il n’y a pas une liberté d’association en Nouvelle-Écosse et une autre en Ontario, ni une pour les étudiants et une autre pour les locataires, non plus qu’une liberté d’association pour le secteur des services et une autre pour le secteur manufacturier. Si c’était le cas, cette liberté ne participerait pas de la justice fondamentale. Elle serait, pour reprendre les propos de la Cour, « contextuelle ». [p. 202]

[212] Comme le professeur Langille, je me demande si l’interprétation préconisée dans l’arrêt *Health Services* s’inscrit bien dans une interprétation téléologique des droits garantis par la *Charte*. La majorité des juges paraît s’attacher à l’objectif de l’activité pour déterminer si sa protection constitutionnelle est justifiée. Elle doit alors opérer un choix parmi une gamme d’objectifs et d’activités eu égard à leur « importance » générale pour la société et non en fonction de leur lien avec la liberté d’association. Il ne convient pas que la Cour se livre à ce genre d’examen pour définir l’étendue d’un droit constitutionnel, car sa démarche revient alors à se demander si, pour des raisons de politique générale, une activité donnée a droit à la protection constitutionnelle. À mon avis, l’al. 2d) vise précisément à soustraire l’activité associative à un tel jugement de valeur. L’interprétation « contextuelle » préconisée dans l’arrêt *Health Services* est en fait contraire à l’objet de l’al. 2d) puisqu’elle oblige le tribunal à porter lui-même un tel jugement de valeur : voir R. K. Basu, « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, p. 186-187. Dans l’arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, le juge LeBel reconnaît que la démarche est inopportune et qu’elle outrepassé la portée de l’al. 2d) :

Si cette garantie constitutionnelle devait s’appliquer à l’éventail le plus vaste d’associations ayant les objets

objects and activities, extending constitutional protection to a legislative creation like collective bargaining might have unforeseeable consequences and widen the sphere of constitutional protection to undefined and unknowable activities, well beyond the proper domain of s. 2(d). [para. 180]

[213] My colleagues say that the “consideration of goals [of a particular association] cannot be avoided” as *Charter* rights “must be interpreted in a purposive way — having regard for the purposes, or goals, they serve” (para. 75). They say that a “content-neutral right is too often a meaningless right” (*ibid.*). Based on my colleagues’ approach, meaningful freedom of association requires the state to coerce employers into negotiating in good faith with employee associations.

[214] However, as I have just discussed, their approach would require the courts to focus on the purposes of a particular association rather than the purpose of freedom of association found in the *Charter* itself. Their approach diverges from the purposive approach to *Charter* interpretation explained in *Big M*. Rather than focussing on the linguistic, philosophic and historical contexts of the right itself, their approach focusses on the particular aims and goals of the association in question. The inquiry shifts from a consideration of the purpose and context of the *Charter*, to a consideration of what activities the courts believe are normatively and subjectively more important. The result of the approach in *Health Services* was that the goal of employee associations — imposing the obligation of collective bargaining on employers — is constitutionally entrenched, while the goals of other associations were not. It is difficult to see how this result can be anything other than a judicial endorsement of the importance of collective bargaining over other unconstitutionalized associational activities.

[215] A content-neutral approach does not allow for constitutional protection of collective bargaining and no constitutional protection of the aims and objects of other associations. Short of protecting all

et les activités les plus variés, le fait d’étendre la protection constitutionnelle à une création du législateur comme la négociation collective pourrait entraîner des conséquences imprévisibles et élargir le domaine de la protection constitutionnelle à des activités non définies et impossibles à connaître, bien au-delà de l’application légitime de l’al. 2d). [par. 180]

[213] Selon mes collègues, « l’examen des objectifs [d’une association donnée] ne peut être évité », car les droits garantis par la *Charte* « doivent être interprétés de manière téléologique, c’est-à-dire au regard des objectifs qui les sous-tendent ou de leur raison d’être » (par. 75). À leur avis, « [t]rop souvent, un droit interprété sans égard à son objet demeure vide de sens » (*ibid.*). Si l’on suit le raisonnement de mes collègues, la véritable liberté d’association exige de l’État qu’il force les employeurs à négocier de bonne foi avec les associations d’employés.

[214] Toutefois, comme je l’explique précédemment, leur démarche appellerait les tribunaux à s’attarder davantage aux objectifs d’une certaine association qu’à ceux de la liberté d’association garantie par la *Charte* même. Leur démarche diffère de la méthode téléologique d’interprétation de la *Charte* expliquée dans *Big M*. Plutôt que de s’arrêter aux contextes linguistique, philosophique et historique du droit, leur démarche est axée sur les objectifs de l’association en question. L’analyse n’invite alors plus les tribunaux à s’attarder à l’objectif et au contexte de la *Charte* mais à déterminer les activités qui revêtent à leurs yeux une plus grande importance normative et subjective. Il découle de la démarche adoptée dans *Health Services* que le but des associations d’employés — obliger les employeurs à négocier — est constitutionnalisé, alors que celui d’autres associations ne l’est pas. Il est difficile de voir dans ce résultat autre chose qu’une préférence accordée à la négociation collective eu égard à son importance par rapport à d’autres activités associatives non protégées par la Constitution.

[215] Une interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée ne permet pas d’accorder une protection constitutionnelle à la négociation collective et de la refuser aux objectifs

aims and objects of associations, s. 2(d) cannot be interpreted in a fashion which is neutral as between different associations while imposing a duty of collective bargaining on employers and groups of employees.

(4) Section 2(d) Does Not Give Constitutional Status to Contracts

[216] A fourth difficulty with the collective bargaining right in *Health Services* is that it places contracts above statutes in the traditional hierarchy of laws. Although *Health Services* purported to constitutionalize the process of collective bargaining rather than its fruits, it in fact granted constitutional protection to the collective agreements on the basis that they were the fruits of that process. In *Health Services*, the challenged legislation had the effect of invalidating portions of existing collective agreements and consequently “undermining the past bargaining processes that formed the basis for these agreements” (para. 113). This was found to violate s. 2(d) (para. 136).

[217] In response to this argument, the Chief Justice and LeBel J. write that *Health Services* did not hold that “labour contracts could never be interfered with by legislation” (para. 76). However, if as *Health Services* holds, it is unconstitutional for a statute to legislatively nullify “significant contractual terms”, then it must logically follow that those “significant contractual terms” have been elevated above statutes. The actual effect of *Health Services* is quite the opposite from what my colleagues assert it to be.

[218] My view is consistent with that of Professor Hogg who observed that “[t]his ruling elevated collective agreements above statutes in the hierarchy of laws, and granted them virtually the same status as the provisions of the Charter itself” (p. 44-9). Indeed, in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123

et à la raison d’être d’autres associations. S’il ne protège pas tous les objectifs et les raisons d’être des associations, l’al. 2d) ne peut à la fois être interprété de manière neutre vis-à-vis de celles-ci et imposer aux employeurs et aux groupements d’employés l’obligation de négocier collectivement.

(4) L’alinéa 2d) ne confère pas de valeur constitutionnelle au contrat

[216] Le droit à la négociation collective reconnu dans *Health Services* soulève une quatrième difficulté : il élève le contrat au-dessus de la loi dans la hiérarchie traditionnelle des sources de droit. La formation majoritaire y dit constitutionnaliser le processus de la négociation collective, et non ses fruits, mais dans les faits, elle confère une protection constitutionnelle à la convention collective parce qu’elle est issue de ce processus. La loi contestée avait pour effet d’invalider en partie des conventions collectives existantes, de sorte qu’elle « ébranl[ait] la validité des processus de négociation antérieurs qui [avaient] servi de fondement à la conclusion de ces conventions » (par. 113), ce qui, pour la Cour, portait atteinte à l’al. 2d) (par. 136).

[217] La Juge en chef et le juge LeBel répliquent à cet argument que, dans *Health Services*, les juges majoritaires ne statuent pas « qu’un contrat de travail ne peut jamais être modifié par voie législative » (par. 76). Toutefois, s’il est inconstitutionnel qu’une loi annule par voie législative des « clauses contractuelles importantes », comme l’affirment les juges majoritaires dans *Health Services*, il s’ensuit logiquement que ces clauses contractuelles s’élèvent au-dessus de la loi. J’estime que le véritable effet de cet arrêt est tout à fait opposé à celui que lui attribuent mes collègues.

[218] Je suis de l’avis du professeur Hogg lorsqu’il fait observer que, [TRADUCTION] « [d]ans son jugement, la Cour élève la convention collective au-dessus de la loi dans la hiérarchie des sources de droit et lui reconnaît pratiquement la même valeur qu’aux dispositions de la Charte elle-même » (p. 44-9). D’ailleurs, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193*

(the “*Prostitution Reference*”), at p. 1171, Justice Lamer (as he then was) explicitly rejected the idea that a constitutional guarantee safeguarding freedom of contract was included under the Canadian *Charter*.

(5) Courts Have Afforded the Legislature Significant Deference in the Application of Section 2(d) to the Field of Labour Relations

[219] A final difficulty with the approach to s. 2(d) taken in *Health Services* is that it explicitly rejected judicial deference by judges towards the legislature in labour relations. Indeed, the majority indicated that Courts had previously taken an “overbroad view” of judicial deference (para. 26). While judicial deference has its limits, the general approach of judicial deference in the field of labour relations is well supported by precedent and is sound in principle. I am of the view that the reasons for judicial deference strongly militate against constitutionalizing the right to collective bargaining. In my respectful opinion, the majority erred in *Health Services* by removing decision-making power on this question from Parliament and the provincial legislatures.

[220] For nearly twenty years between the Trilogy and *Health Services*, a majority of this Court was consistently of the view that judges should defer to legislators on labour relations matters. As discussed by LeBel J. at paras. 156-62 of *Advance Cutting & Coring*, this position stemmed from a recognition that the management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests and that the political, social and economic considerations that this exercise raises lie largely beyond the expertise of the courts. This position was also in line with history. The law of collective bargaining, as it has developed in Canada since the Depression and the Second World War, as well as union and employer conflicts like strikes and lockouts, have

*et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1171, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) rejette expressément l'idée que la *Charte* canadienne puisse protéger la liberté contractuelle.

(5) Les tribunaux font preuve d'une grande déférence à l'endroit du législateur lorsqu'ils appliquent l'al. 2d) dans le domaine des relations du travail

[219] Enfin, l'interprétation de l'al. 2d) dans *Health Services* pose une dernière difficulté en ce que la formation majoritaire rejette explicitement le principe de la déférence judiciaire envers le législateur dans le domaine des relations du travail. En effet, les juges majoritaires indiquent que les tribunaux ont auparavant attribué une « portée excessive » au principe de la déférence judiciaire (par. 26). La déférence judiciaire comporte certes des limites, mais son application générale dans les relations du travail est bien établie par la jurisprudence et justifiée sur le plan des principes. Je suis d'avis que les motifs justifiant la déférence judiciaire militent fermement contre la constitutionnalisation du droit à la négociation collective. À mon humble avis, dans *Health Services*, la formation majoritaire a eu tort de dépouiller le Parlement et les législatures provinciales de leur pouvoir décisionnel en la matière.

[220] Pendant la période de presque vingt ans qui s'est écoulée entre la trilogie et l'arrêt *Health Services*, la majorité des juges de notre Cour est demeurée d'avis que les tribunaux doivent respecter la volonté du législateur dans le domaine des relations du travail. Comme le dit le juge LeBel dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, par. 156-162, cela s'expliquait par la reconnaissance du fait que la gestion des relations du travail exige la conciliation de valeurs et d'intérêts divergents — une entreprise délicate — et que les considérations politiques, sociales et économiques que met en jeu cette entreprise débordent largement le champ d'expertise des tribunaux. Cette attitude déférente tenait également à l'histoire. Le droit régissant la négociation collective, eu égard à son évolution au



been subject to legislative control based on government policy rather than judicial intervention.

[221] Beginning with the decisions in the labour Trilogy and continuing through *PIPSC, Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, *Delisle*, and *Advance Cutting & Coring*, this Court has consistently deferred to elected legislatures on issues of labour relations. In *Advance Cutting & Coring*, Justice LeBel, writing for himself and Gonthier and Arbour JJ., described the Court's deferential approach as a "non-intervention policy" (para. 160). LeBel J. upheld the legislative regime at issue in the appeal:

The question at stake in this appeal should thus be left to the political process. Such a solution would be consistent with the jurisprudential attitude of the Court that was summarized above. It retains a balance in the application of the *Charter*. It leaves the legal management of labour relations to Parliament and legislatures as well as to the parties to labour agreements, as the majority of the Court has held consistently since the labour law trilogy of 1987. . . . This limited and prudent approach to court interventions in the field of labour relations reflects a proper understanding of the functions of courts and legislatures. [Emphasis added; para. 239.]

The principle of deference provides a reason for choosing a more restrained version of s. 2(d) when the Court is faced with competing visions of what s. 2(d) protects.

[222] My colleagues imply that my view on deference creates a "judicial 'no go' zone" or creates a "*Charter*-free zone" for labour relations (paras. 78-80). That is not a correct understanding of my position. Clearly if legislatures, for example, chose to enact legislation that permitted discrimination in labour relations or precluded the ability to form an employee association, that legislation would be subject to judicial review for being non-compliant with the *Charter*. In matters of labour relations,

Canada depuis la Dépression et la Seconde guerre mondiale, de même que les conflits opposant syndicats et employeurs, comme les grèves et les lock-out, ont fait l'objet de mesures législatives fondées sur la politique gouvernementale plutôt que de décisions judiciaires.

[221] Dans la trilogie en droit du travail, puis dans les arrêts *IPFPC, Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, *Delisle* et *Advance Cutting & Coring*, notre Cour s'en remet systématiquement aux législateurs élus pour ce qui concerne les relations du travail. Dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, le juge LeBel, avec l'appui des juges Gonthier et Arbour, qualifie la retenue dont fait preuve la Cour de « principe de non-intervention » (par. 160) et il confirme le régime législatif contesté dans le pourvoi :

Il faut donc laisser au processus politique le soin de régler la question en jeu dans le pourvoi. Une telle solution serait conforme à l'attitude jurisprudentielle de notre Cour qui a été résumée précédemment. Elle conserve l'équilibre dans l'application de la *Charte*. Elle laisse la gestion légale des relations du travail au Parlement et aux législatures de même qu'aux parties aux conventions collectives, comme les juges majoritaires de notre Cour le concluent continuellement depuis la trilogie de 1987 en droit du travail. [ . . . ] Cette démarche restrictive et prudente en matière d'intervention des tribunaux dans le domaine des relations du travail reflète une bonne compréhension des fonctions des tribunaux et de celles des législatures. [Je souligne; par. 239.]

Le principe de la déférence justifie la Cour d'interpréter l'al. 2d) de façon plus étroite lorsqu'elle se voit présenter des thèses opposées quant aux droits que protège cet alinéa.

[222] Mes collègues sous-entendent que mon avis sur la déférence met les questions relatives aux relations du travail « à l'abri des interventions judiciaires » ou les « soustrait [ . . . ] à l'application de la *Charte* » (par. 78-80). Ils interprètent mal ma position. De toute évidence, si le législateur adoptait par exemple une loi autorisant la discrimination dans les relations du travail ou faisant obstacle à la constitution d'une association d'employés, cette loi ferait l'objet d'un contrôle judiciaire pour

the *Charter* still applies. If my colleagues believe that my view on deference creates a “*Charter*-free zone”, they have misunderstood my reasons.

[223] In my opinion, the principle of judicial deference in the field of labour relations is rooted in two underlying concerns. The first of these is that the Court is ill-equipped to carry out the requisite balancing of interests in the labour relations context. Since McIntyre J.’s comments in the *Alberta Reference*, this Court has recognized that labour relations are an “extremely sensitive subject” premised on “a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other” (p. 414). While the courts are responsible for safeguarding the ability of individuals to do collectively that which they have the right to do as individuals, the judiciary is ill-equipped to engage in fine adjustments to the balance of power between labour and management.

[224] The Chief Justice and LeBel J. write that this Court has “distanced itself” from the approach of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, and now deals with deference under s. 1, rather than in outlining the scope of s. 2(d) (para. 81). With respect, I think this point is debatable. While that may have been the approach adopted by the majority in *Dunmore*, there are a number of examples of this Court dealing with deference at the s. 2(d) stage of the analysis. For example, LeBel J. dealt with deference at the s. 2(d) stage of the analysis in *Advance Cutting & Coring*. Another example is *Delisle*, where Bastarache J. for the majority (writing on behalf of Gonthier, McLachlin (as she then was), and Major JJ.), dealt with the concept of deference under the s. 2(d) stage of the analysis. Bastarache J. wrote that he shared the opinion of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, writing that “[f]reedom of association does not include the right to establish a particular type of association defined in a particular statute; this kind of recognition would unduly

non-conformité à la *Charte*. La *Charte* ne cesse pas de s’appliquer en matière de relations du travail. Si mes collègues croient que mon avis au sujet de la déférence a pour effet de soustraire quoi que ce soit à l’application de la *Charte*, ils ont mal compris mes motifs.

[223] À mon avis, dans le domaine des relations du travail, le principe de la déférence judiciaire s’applique pour deux raisons. Premièrement, la Cour n’est pas en mesure de se livrer à la pondération d’intérêts nécessaire dans ce contexte. Depuis que le juge McIntyre a formulé ses remarques dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, notre Cour a reconnu que les relations du travail sont un « sujet [. . .] extrêmement délicat » qui repose sur « un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante » (p. 414). Bien qu’il appartienne aux tribunaux de protéger la faculté des individus de faire collectivement ce qu’ils ont le droit de faire individuellement, ils ne sont pas en mesure d’apporter de subtils réglages à l’équilibre des rapports de force entre syndicats et patronat.

[224] La Juge en chef et le juge LeBel écrivent que « notre Cour s’est dissociée » de l’approche préconisée par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et analyse la déférence en fonction de l’article premier plutôt qu’aux fins de déterminer la portée de l’al. 2d) (par. 81). À mon humble avis, j’estime que cela se discute. C’est peut-être la démarche adoptée par les juges majoritaires dans *Dunmore*, mais la Cour a, à plusieurs reprises, étudié la question de la déférence dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 2d). Par exemple, dans *Advance Cutting & Coring*, le juge LeBel se penche sur la déférence à cette étape. De plus, dans l’arrêt *Delisle*, le juge Bastarache, au nom des juges majoritaires (les juges Gonthier, McLachlin (maintenant Juge en chef) et Major), examine la notion de déférence à l’étape de l’analyse que commande l’al. 2d). Il dit partager l’opinion du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, à savoir que la « liberté d’association ne comprend pas le droit de former un type particulier d’association défini par

limit the ability of Parliament or a provincial legislature to regulate labour relations” (*Delisle*, at para. 33).

[225] The second underlying concern justifying judicial deference in the area of labour relations is that courts should avoid extending constitutional protection to a particular statutory model of labour relations. Different statutory models of labour relations may be appropriate in different socio-economic contexts, and the courts should avoid defining as a matter of constitutional law the particular framework according to which all Canadian labour relations must be structured for the indefinite future. Parliament and the provincial legislatures should not be precluded from fashioning appropriate labour relations regimes that are responsive to the relevant socio-economic contexts.

[226] In *Health Services*, this Court departed from a long-standing course of judicial deference in the field of labour relations. The majority intervened to adjust aspects of the balance of power between unions, employers and individual employees, and, as a consequence, constitutionalized prominent features of the Wagner model under s. 2(d) of the *Charter*, namely collective bargaining.

[227] Although the majority insisted that it was not enshrining a particular model of labour relations, and the Chief Justice and LeBel J. say that such a conclusion was “repeatedly rejected” (para. 77), I believe that such a conclusion is inescapable. As my colleague Deschamps J. observes, the duty to negotiate in good faith enshrined by *Health Services* “is one of the hallmarks of the Wagner model and that inevitably entails a number of statutory components” (para. 304). Professor Hogg writes:

The majority . . . claimed that it was not constitutionalizing “a particular model of labour relations”. But that is exactly what it was doing: North American labour relations regimes are based on the American Wagner Act of

une loi particulière; une telle reconnaissance limiterait indûment la possibilité du Parlement ou d’une législature de régler les relations du travail » (*Delisle*, par. 33).

[225] La seconde raison justifiant la déférence tient à ce que les tribunaux doivent s’abstenir de constitutionnaliser un modèle législatif particulier de relations du travail. Différents modèles peuvent convenir dans différents contextes socio-économiques, et les tribunaux doivent se garder de définir constitutionnellement le cadre particulier appelé à régir l’ensemble des relations du travail au Canada pendant une période indéterminée. On ne doit pas empêcher le Parlement et les législatures provinciales de concevoir des régimes adaptés à des contextes socio-économiques donnés.

[226] Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité de notre Cour tourne le dos à la tradition de déférence que les tribunaux manifestaient dans le domaine des relations du travail. Elle intervient pour rajuster certains aspects de l’équilibre des rapports de force entre syndicats, employeurs et employés individuels, de telle sorte qu’elle constitutionnalise, par application de l’al. 2d) de la *Charte*, un volet important du modèle Wagner, à savoir la négociation collective.

[227] Même si la formation majoritaire se défend bien de constitutionnaliser un modèle particulier de relations du travail — la Juge en chef et le juge LeBel indiquent qu’une telle conclusion a été « maintes fois rejetée » (par. 77) —, je crois que cette conclusion est incontournable. Comme le fait observer ma collègue la juge Deschamps, l’obligation de négocier de bonne foi constitutionnalisée par *Health Services* est « une caractéristique propre au modèle Wagner et [. . .] emporte forcément la reconnaissance d’un certain nombre d’éléments d’origine législative » (par. 304). Le professeur Hogg écrit à ce sujet :

[TRADUCTION] Les juges majoritaires [. . .] prétendent ne pas constitutionnaliser « un modèle particulier de relations du travail », mais c’est exactement ce qu’ils font : les régimes de relations du travail en Amérique

1935. The Wagner model of compulsory collective bargaining with a single union compulsorily representing all members of a bargaining unit has not been adopted outside the United States and Canada, and, even in the United States, compulsory arbitration or other wage-setting mechanisms often replace collective bargaining in the public sector. Presumably, only compulsory collective bargaining on the Wagner model will now pass muster in Canada. The majority even claimed that the Court had been wrong in the past to exercise “judicial restraint in interfering with government regulation of labour relations”. But, without any clear prescription in the Charter, there is much to be said for leaving the regulation of labour relations to elected legislative bodies (and the sanction of the ballot box). [p. 44-8]

[228] As Professor Langille points out, examination of the different labour relations regimes of the roughly 180 that compose the International Labour Organization (“ILO”), reveals a range of ways a government might choose to structure labour relations: see B. Langille, “Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model?” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101, at p. 107. By way of illustration, bargaining between employers’ associations and trade unions is entirely voluntary in Germany; specifically, there is no obligation on employers’ association to bargain in good faith, as there is in North American labour relations regimes: see generally K. G. Dau-Schmidt, “Labor Law and Industrial Peace: A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model” (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.

[229] More fundamentally, the fact that the Wagner model of collective bargaining is currently the dominant mode of resolving labour relations issues today does not mean that this will always be the case. Peter A. Gall sounded this note of caution in the early years of the *Charter*:

Collective bargaining is extremely important in our society and has been for some time now. But will it

du Nord sont fondés sur la *Loi Wagner* adoptée en 1935 aux États-Unis. La négociation collective obligatoire avec un seul syndicat représentant obligatoirement tous les membres d’une unité de négociation (le modèle Wagner) n’a pas de pendant en dehors des États-Unis et du Canada. Qui plus est, aux États-Unis, le recours obligatoire à l’arbitrage ou à d’autres mécanismes d’établissement des salaires remplace souvent la négociation collective dans le secteur public. Vraisemblablement, seule la négociation collective obligatoire inspirée du modèle Wagner est désormais reconnue au Canada. Les juges majoritaires affirment même que la Cour a eu tort dans le passé d’exercer une « retenue judiciaire [pour ne pas entraver] la réglementation gouvernementale des relations du travail ». Or, sans prescription claire de la Charte, il y a bien des raisons de laisser aux corps législatifs élus (et à la sanction des électeurs) le soin de réglementer les relations du travail. [p. 44-8]

[228] Comme le signale le professeur Langille, l’examen des divers régimes de relations du travail existant dans les quelque 180 états qui forment l’Organisation internationale du Travail (l’« OIT ») révèle la diversité des modes de gestion des relations du travail pour lesquels peut opter un gouvernement : voir B. Langille, « Why are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101, p. 107. À titre d’exemple, en Allemagne, la négociation entre les associations d’employeurs et les syndicats est entièrement volontaire; plus précisément, les associations d’employeurs ne sont nullement tenues de négocier de bonne foi, contrairement à ce que prévoient les régimes de relations du travail en Amérique du Nord : voir en général K. G. Dau-Schmidt, « Labor Law and Industrial Peace : A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model » (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.

[229] Plus fondamentalement, même si le modèle Wagner axé sur la négociation collective constitue actuellement le principal mode de règlement des différends dans le domaine des relations du travail, sa pérennité n’est pas pour autant assurée. Peter A. Gall faisait la mise en garde suivante peu après l’entrée en vigueur de la *Charte* :

[TRADUCTION] La négociation collective joue un rôle extrêmement important dans notre société, et ce, depuis

always be so? Can we confidently predict that 50 or even 20 years from now collective bargaining will still be the primary activity of trade unions? Or will we have adopted some other technique for setting terms and conditions of employment, such as full-scale interest arbitration or greater reliance on legislated standards. If we cannot reject this out of hand, and I do not think we can, then we must seriously question whether collective bargaining is the kind of activity that warrants constitutional status. The Charter enshrines the fundamental principles of individual liberty. The activities of man may change over time, but these principles remain constant. Collective bargaining does not have this same timeless quality, and, accordingly, we should be leery of giving it constitutional protection under the concept of freedom of association.

(“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)

[230] For these reasons, I am of the view that recognizing a constitutional right to collective bargaining, as did *Health Services*, represents an imprudent departure from the course of judicial deference.

B. *The Reasons Advanced in Health Services Do Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Under Section 2(d) of the Charter*

[231] In the previous section, I pointed to five reasons why the approach to s. 2(d) adopted in *Health Services* is inconsistent with both precedent and principle relating to the purpose of s. 2(d). In this section, I address the reasons advanced by the majority in *Health Services* for providing s. 2(d) protection to collective bargaining. As I understand *Health Services*, these reasons were advanced to demonstrate that collective bargaining is a fundamental right that justifies it being constitutionalized. With respect, I do not think these reasons withstand scrutiny.

un certain temps maintenant. Mais en sera-t-il toujours ainsi? Pouvons-nous prédire avec certitude que dans 50 ou même 20 ans, la négociation collective sera toujours l'activité première des syndicats? Aurons-nous plutôt recours à quelque autre moyen de fixer les conditions d'emploi, comme l'arbitrage intégral d'intérêts ou un recours plus important à des normes législatives? Si nous ne pouvons écarter cette hypothèse du revers de la main, et je ne pense pas que nous le puissions, nous devons alors nous demander sérieusement si la négociation collective constitue le genre d'activité qui justifie une protection constitutionnelle. La Charte consacre les principes fondamentaux de la liberté individuelle. Les activités de l'homme peuvent changer avec le temps, mais ces principes demeurent constants. La négociation collective n'a pas cette même qualité d'être de tous les temps et, en conséquence, nous devons hésiter à lui accorder une protection constitutionnelle au nom de la liberté d'association.

(« Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler et R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248)

[230] C'est pourquoi j'estime qu'en reconnaissant le droit constitutionnel à la négociation collective dans *Health Services*, les juges majoritaires dérogent inconsidérément au principe de la déférence judiciaire.

B. *Les motifs avancés dans Health Services ne justifient pas la constitutionnalisation de la négociation collective en application de l'al. 2d) de la Charte*

[231] Dans la partie précédente, je donne cinq raisons pour lesquelles l'interprétation de l'al. 2d) par la majorité dans *Health Services* est incompatible avec la jurisprudence et les principes établis en ce qui concerne l'objet de cet alinéa. Dans la présente partie, j'examine les raisons qu'invoquent les juges majoritaires dans cet arrêt pour accorder à la négociation collective la protection de l'al. 2d). Si je comprends bien, ces raisons sont censées établir que le droit à la négociation collective est fondamental, ce qui justifie la constitutionnalisation. À mon humble avis, je ne crois pas qu'elles résistent à l'examen.

[232] *Health Services* rests its conclusion that s. 2(d) of the *Charter* contains a right of collective bargaining on four propositions, which the majority outlines at para. 20:

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. [Emphasis added.]

In this section each of these contentions is addressed.

(1) The Continuing Validity of Past Precedents on the Scope of Section 2(d)

[233] I have already dealt with the substance of the first proposition in the course of explaining why *Health Services* was wrong to overrule the approach to s. 2(d) of the *Charter* embodied in the prior jurisprudence, and I need not discuss it further here.

(2) Canadian Labour History Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[234] The second reason advanced by the majority in *Health Services* is that collective bargaining has historically been recognized in Canada as an integral component of freedom of association (para. 25). The view that a right to collective bargaining which includes a duty on employers to bargain in good faith is a pre-statutory feature of Canadian labour law contradicts established accounts of the history of labour relations in Canada.

[232] Dans l'arrêt *Health Services*, la conclusion que l'al. 2d) de la *Charte* protège le droit à la négociation collective repose sur quatre propositions, que les juges majoritaires formulent comme suit au par. 20 :

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*. [Je souligne.]

J'examine ci-après chacune de ces prétentions.

(1) Les décisions antérieures relatives à la portée de l'al. 2d) demeurent valables

[233] Je me suis déjà prononcé sur la teneur de la première proposition en expliquant pourquoi, dans *Health Services*, la formation majoritaire écarte à tort l'interprétation judiciaire antérieure de l'al. 2d) de la *Charte*. Je n'ai donc pas à la considérer plus avant.

(2) L'histoire des relations du travail au Canada n'appuie pas la constitutionnalisation du droit à la négociation collective

[234] Suivant la deuxième raison avancée par les juges majoritaires dans *Health Services*, au Canada, on a toujours considéré que la négociation collective faisait partie intégrante de la liberté d'association (par. 25). L'idée que le droit à la négociation collective, qui oblige l'employeur à négocier de bonne foi, caractérisait le droit canadien du travail avant l'adoption de lois en la matière contredit des versions établies de l'histoire des relations du travail au Canada.

[235] The labour history offered in *Health Services* in support of this argument is inconsistent with a number of historical accounts of the development of labour law in Canada and has recently been the subject of intense academic criticism. See E. Tucker, “The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada” (2008), 61 *Labour* 151; Langille, “Freedom of Association”, at pp. 191-92; and Etherington, at pp. 726-27. For a historical account, see, e.g., J. Fudge and E. Tucker, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001); J. Fudge, “‘Labour is Not a Commodity’: The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association” (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.

[236] Professor Tucker, whose account of the development of labour relations was invoked in support of the judicial history in *Health Services*, characterizes the majority’s historical claims as “flawed” and describes the use of his and other historians’ work as “ironic”, in the sense that it was used “to support a narrative that is inconsistent with the interpretation of that work (without acknowledging that difference of view)” (p. 168). He writes that the majority’s historical analysis fails to support the historical proposition that it seeks to defend, “namely that ‘Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*’” (p. 166).

[237] One of the problems in *Health Services* is that the term “collective bargaining” is used throughout *Health Services* without it being acknowledged that, from a historical perspective, there are two meanings that can be ascribed to the term. On the one hand, the term “collective bargaining” refers to self-directed activities engaged in by workers without the benefit of statutory enhancements or protection, i.e. workers organizing in order to attempt collective engagement with their employer in the hopes of obtaining better pay and working conditions. See Tucker, at p. 166.

[235] L’histoire des relations du travail à laquelle renvoient les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* à l’appui de cette thèse ne concorde pas avec plusieurs exposés historiques sur l’évolution du droit du travail au Canada et elle a récemment fait l’objet de vives critiques de la part d’auteurs. Voir E. Tucker, « The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada » (2008), 61 *Le Travail* 151; Langille, « Freedom of Association », p. 191-192; Etherington, p. 726-727; pour un exposé historique, voir, p. ex., J. Fudge et E. Tucker, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001); J. Fudge, « “Labour is Not a Commodity”: The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.

[236] Le professeur Tucker, dont les écrits sur l’évolution des relations du travail sont cités à l’appui de l’historique dressé dans *Health Services*, estime [TRADUCTION] « erronées » les affirmations historiques de la formation majoritaire et « ironique » l’utilisation de ses travaux et de ceux d’autres historiens, en ce que ces travaux sont invoqués « à l’appui d’un exposé incompatible avec leur interprétation (et sans reconnaître cette divergence de vues) » (p. 168). Il écrit que l’analyse historique des juges majoritaires n’étaye pas la proposition qu’ils défendent, [TRADUCTION] « à savoir que “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 d’ailleurs avant l’adoption de la *Charte*” » (p. 166).

[237] L’un des problèmes que pose l’arrêt *Health Services* tient au fait que la formation majoritaire y emploie le terme « négociation collective » tout au long de ses motifs sans reconnaître que, d’un point de vue historique, deux sens peuvent lui être attribués. D’une part, il renvoie à l’activité autonome des travailleurs exercée sans l’appui ou la protection de la loi, c’est-à-dire l’association des travailleurs en vue de conclure une convention collective avec l’employeur dans l’espoir d’obtenir de meilleurs salaires et conditions de travail. Voir Tucker, p. 166.

[238] On the other hand, the term is used as shorthand for a particular kind of statutorily enabled activity. “Collective bargaining”, in the age of the Wagner model, refers to a complex package of reciprocal rights and duties imposed on employers and workers alike.

[239] The dominance of the Wagner model of labour relations in Canada has caused the term “collective bargaining” to become virtually synonymous with a specific set of legislatively imposed obligations, including the requirement of a duty to bargain in good faith. However, collective bargaining, in its original and most basic form, did not involve or require the existence of statutory obligations.

[240] In its decision in *Health Services*, the majority did not distinguish between the Wagner form of collective bargaining and the non-statutory form when stating that the “right” to collective bargaining had a long history in Canada. This is manifested in the majority’s statement, for example, that “the duty to consult and negotiate in good faith” is “the fundamental precept of collective bargaining” (para. 97). While the *duty* to bargain in good faith may be a fundamental precept of the Wagner model of collective bargaining, it is not a fundamental precept of the concept of collective bargaining as it was understood before the introduction of the *Wagner Act* or as it is still understood today in many parts of the world.

[241] It is true that there is a long-standing practice of Canadian workers associating for the purpose of bargaining collectively with their employers. Likewise, it is true that at least since the *Trade Unions Act* of 1872 workers enjoyed a legal freedom to *associate* for the purpose of bargaining collectively with their employers without being prosecuted or sued for simply doing so.

[242] However, the *legal rights* of organization, which imposed duties of non-interference on employers, and collective bargaining, which imposed good faith duties of negotiation on

[238] D’autre part, le terme s’entend pour désigner de façon abrégée un type particulier d’activité permise par la loi. À l’ère du modèle Wagner, la « négociation collective » renvoie à un ensemble complexe de droits et d’obligations réciproques attribués aux employeurs comme aux travailleurs.

[239] À cause de la prédominance du modèle Wagner dans les relations de travail au Canada, on assimile désormais la « négociation collective » à un ensemble précis d’obligations imposées par la loi, dont celle de négocier de bonne foi. Or, dans sa forme initiale la plus élémentaire, la négociation collective n’impliquait aucunement l’existence d’obligations légales.

[240] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire ne fait pas de distinction entre la négociation collective selon le modèle Wagner et celle qui échappe à la loi lorsqu’elle affirme que le « droit » de négociation collective existe depuis longtemps au Canada. En effet, elle affirme par exemple que « l’obligation de consulter et de négocier de bonne foi » est « le précepte fondamental de la négociation collective » (par. 97). Bien qu’elle puisse constituer le précepte fondamental de la négociation collective suivant le modèle Wagner, l’*obligation* de négocier de bonne foi n’est pas le précepte fondamental de la négociation collective au sens où on l’entendait avant l’adoption de la *Loi Wagner* ni au sens où on l’entend encore de nos jours dans de nombreuses parties du monde.

[241] Certes, les travailleurs canadiens s’associent depuis longtemps aux fins de négocier collectivement avec leur employeur. De même, il est vrai que depuis au moins l’*Acte des Associations ouvrières, 1872*, ils bénéficient légalement de la liberté de *s’associer* en vue de négocier collectivement avec leur employeur sans courir le risque d’être poursuivis lorsqu’ils s’en prévalent.

[242] Cependant, le *droit* d’association dont découle l’obligation de non-entrave de l’employeur, et le *droit* à la négociation collective, dont découle l’obligation de l’employeur de négocier de bonne



employers, *did not* exist prior to their enactment in statutes:

The establishment of a legal right for workers to associate for the purposes of forming a trade union, in the sense that employers are subject to a concomitant duty not to interfere with their organizing, however, can only be traced to the freedom of trade union association legislation passed in the 1930s, while the legal right for workers to bargain collectively, in the sense that employers have a positive duty to participate in a process of good faith negotiation with their workers' chosen representatives, first appeared in British Columbia and Nova Scotia statutes enacted in 1937, but only became generalized for private sector workers in the 1940s and for public sector workers in the 1960s and 70s.

Thus while the court is on firm historical ground when it states in paragraph 66 that collective bargaining (understood here as a social practice) has long been recognized in Canada (in the sense that it could neither be repressed nor ignored) and that "historically it emerges as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context," its further claim that a procedural *right* to collective bargaining has *long* been recognized as *fundamental* in Canada prior to 1982 is deeply problematic as a statement of historical fact.

(Tucker, at p. 166 (emphasis in original))

[243] Professor Langille also takes the position that Canada's labour history does not reveal an acceptance by our common law courts or our legislatures of a concept of freedom of association that included an obligation on the part of employers to engage in collective bargaining: "Beyond any doubt, there was no duty imposed on an employer to bargain with a union — even if, contrary to all legal indications, there was an effectively protected right to belong to a union and to participate in a strike" ("Freedom of Association", at p. 191).

[244] Not only did courts not recognize such a bargaining right in the period before the adoption of the Wagner model in Canada, but they often issued injunctions against labour's attempts to bargain collectively. Professor Etherington writes:

foi, n'existaient *pas* avant l'adoption de lois les conférant :

[TRADUCTION] Toutefois, l'établissement du droit des travailleurs de s'associer en vue de former un syndicat, de sorte que l'employeur ait l'obligation concomitante de ne pas entraver leur association, n'est attribuable qu'aux dispositions sur la liberté d'association des syndicats adoptées dans les années 1930, alors que le droit des travailleurs de négocier collectivement, qui impose à l'employeur l'obligation positive de participer de bonne foi à un processus de négociation avec les représentants élus des travailleurs, a vu le jour pour la première fois dans des lois de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse adoptées en 1937, mais ne s'est répandu dans le secteur privé qu'en 1940 et dans le secteur public que dans les années 1960 et 1970.

Ainsi, la cour s'appuie sur des données historiques solides pour affirmer au paragraphe 66 que la négociation collective (entendue au sens de pratique sociale) est reconnue depuis longtemps au Canada (c.-à-d. qu'elle ne pouvait être ni réprimée ni ignorée) et que « son histoire démontre qu'elle représente la plus importante activité collective par le truchement de laquelle la liberté d'association s'exprime dans le contexte des relations du travail ». Or, son affirmation portant que le *droit* procédural à la négociation collective était tenu pour *fondamental* au Canada *longtemps* avant 1982 comporte d'importantes difficultés du point de vue historique.

(Tucker, p. 166 (en italique dans l'original))

[243] Le professeur Langille estime également que l'histoire du droit du travail au Canada ne révèle pas la reconnaissance par nos cours de justice ou nos législateurs d'une notion de liberté d'association comportant l'obligation de l'employeur de prendre part à une négociation collective : [TRADUCTION] « Sans aucun doute, l'employeur n'était pas tenu de négocier avec le syndicat — même si, contrairement à toutes les données juridiques, le droit d'appartenir à un syndicat et de participer à une grève était garanti dans les faits » (« Freedom of Association », p. 191).

[244] Non seulement les tribunaux n'ont pas reconnu le droit à la négociation avant l'adoption du modèle Wagner au Canada, mais ils ont souvent décerné des injonctions contre des travailleurs qui tentaient de négocier collectivement. Le professeur Etherington écrit ce qui suit :

... prior to the adoption of statutes in Canada modeled on the Wagner Act, the best our unions could hope for was a laissez-faire attitude that would allow them to use strikes to force employers to bargain. More often than not during that period they were even disappointed in that hope by courts that were too willing to use their injunctive powers at common law to prevent unions from taking collective economic action against employers to compel them to bargain collectively. In that context, it may be a hollow claim to even assert that our law or society recognized access to collective bargaining in any sense as a fundamental right or freedom, but it is clearly not accurate to assert that it recognized a legal right to engage in collective bargaining that included an obligation on the part of employers also to engage in bargaining when approached by unions. [Emphasis added; p. 727.]

[245] The Chief Justice and LeBel J. take issue with my focus on whether, historically, the right to collective bargaining was consistently guaranteed by the legal system, noting that the question should instead be “whether Canadian society’s *understanding* of freedom of association, viewed broadly, includes the right to collective bargaining in the minimal sense of good faith exchanges affirmed in *Health Services*” (para. 90 (emphasis in original)). With respect, this bare assertion, without any evidence or explanation as to what Canadian society’s understanding of freedom of association actually is, does not rehabilitate the flawed historical analysis in *Health Services*.

[246] In light of the consistent academic criticisms, I cannot accept the majority’s assertion in *Health Services* that the Wagner model statutes did not create a modern right to bargain collectively but only “afforded it protection” (para. 25). While the legal freedom to enter into voluntary collective negotiations may have been a fundamental freedom prior to legislation based on the *Wagner Act*, these statutes did in fact constitute a substantial innovation over the *status quo ante* with respect to various labour rights, including the duty of employers to bargain in good faith.

[TRADUCTION] ... avant l’adoption au Canada de lois inspirées de la Loi Wagner, nos syndicats pouvaient tout au plus espérer qu’un laissez-faire leur permettrait de recourir à la grève et de forcer l’employeur à négocier. Plus souvent qu’autrement, même cet espoir était balayé par des tribunaux qui ne demandaient qu’à exercer le pouvoir que leur conférait la common law de décerner une injonction pour empêcher un syndicat de prendre quelque mesure économique collective contre un employeur pour le contraindre à négocier avec lui. Dans ce contexte, s’il peut être hasardeux d’affirmer simplement que notre droit ou notre société voyait dans la négociation collective l’exercice d’une liberté ou d’un droit fondamental, il est carrément erroné d’affirmer que le droit ou la société reconnaissait l’existence d’un droit à la négociation collective qui obligeait l’employeur à négocier lorsqu’un syndicat l’y invitait. [Je souligne; p. 727.]

[245] La Juge en chef et le juge LeBel me reprochent d’attacher trop d’importance à la question de savoir si, historiquement, le droit à la négociation collective a toujours été garanti par le système juridique. Selon eux, il faut plutôt se demander « si la *conception* que se fait la société canadienne de la liberté d’association, considérée largement, englobe le droit de négociation collective, compris dans le sens d’un droit minimal strict à des échanges de bonne foi reconnu dans *Health Services* » (par. 90 (en italique dans l’original)). En toute déférence, cette simple affirmation, dénuée de toute preuve ou explication quant à la conception que se fait réellement la société canadienne de la liberté d’association, ne peut racheter l’analyse historique erronée effectuée dans l’arrêt *Health Services*.

[246] Vu les critiques récurrentes des auteurs, je ne saurais convenir avec les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* que les lois fondées sur le modèle Wagner n’ont pas créé le droit contemporain de négociation collective, mais lui ont seulement « conféré une protection » (par. 25). Il se peut que la liberté d’entreprendre volontairement des négociations collectives ait constitué une liberté fondamentale avant l’adoption des lois inspirées de la *Loi Wagner*, mais ces lois ont de fait constitué une innovation substantielle par rapport au *statu quo ante* quant à différents droits dans le domaine du travail, y compris l’obligation de l’employeur de négocier de bonne foi.

(3) International Law Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[247] The third proposition the majority relied on in *Health Services* was that collective bargaining is an integral component of the freedom of association under international law. The majority relied in particular on ILO *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organise*, 68 U.N.T.S. 17 (“Convention No. 87”), in support of the position that collective bargaining is protected under international law. In doing so, it committed two errors.

[248] First, in discussing protection for collective bargaining under international law, the majority conflated two distinct ILO Conventions. While Canada has ratified ILO Convention No. 87, that Convention deals with freedom of association and does not at any point specifically discuss collective bargaining. The majority in *Health Services* cites an extended passage from an article by B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining” (2000), 139 *Intern'l Lab. Rev.* 33, to elaborate on the scope of protection for collective bargaining under international law. However, in that article the authors are actually discussing the scope of ILO *Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257 (“Convention No. 98”), which deals more specifically with collective bargaining. As my colleagues acknowledge, Canada has not ratified Convention No. 98. This means that Canada has no obligations under that Convention as outlined in the ILO Constitution: see *Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, Art. 19(5)(e); B. A. Langille, “Can We Rely on the ILO?” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273. It is therefore inappropriate to interpret the scope of Canada’s obligations on the basis of that Convention.

[249] Second, even if Convention No. 98 were applicable to Canada, the majority in *Health Services* would still have erred in relying on that Convention to constitutionalize a version of

(3) Le droit international n’appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement

[247] Suivant la troisième proposition formulée par la formation majoritaire dans l’arrêt *Health Services*, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d’association reconnue en droit international. La majorité s’appuie en particulier sur la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« Convention n° 87 »), pour conclure que le droit international protège la négociation collective et, ce faisant, elle commet deux erreurs.

[248] D’abord, en analysant la protection de la négociation collective au regard du droit international, la formation majoritaire confond deux conventions distinctes de l’OIT. Le Canada a bien ratifié la Convention n° 87 de l’OIT, mais celle-ci porte sur la liberté d’association sans faire aucunement mention de la négociation collective. Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité cite longuement l’article de B. Gernigon, A. Odero et H. Guido intitulé « Les principes de l’OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, pour développer sur la portée de la protection conférée à la négociation collective en droit international. Or, dans cet article, les auteurs analysent en fait la portée de la *Convention (n° 98) concernant l’application des principes du droit d’organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257 (« Convention n° 98 »), laquelle porte plus précisément sur la négociation collective. Comme le reconnaissent mes collègues le Juge en chef et le juge LeBel, le Canada n’a pas ratifié la Convention n° 98, de sorte qu’elle ne le soumet à aucune obligation suivant la Constitution de l’OIT : voir l’al. 19(5)e) de la *Constitution de l’Organisation internationale du Travail*, 15 R.T.N.U. 41; B. A. Langille, « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273. Il est donc fautif d’interpréter la portée des obligations du Canada sur le fondement de cette convention.

[249] Ensuite, même si la Convention n° 98 s’appliquait au Canada, dans *Health Services*, la formation majoritaire aurait tout de même tort de s’appuyer sur elle pour constitutionnaliser la

collective bargaining that includes a duty to bargain in good faith. While Convention No. 98 provides protection for a process of collective bargaining, it conceives of collective bargaining as being a process of “voluntary negotiation” that is fundamentally distinct from the model of collective bargaining incorporated in the Wagner model: see ILO Convention No. 98, Art. 4. More specifically, Convention No. 98 does not contemplate the imposition of a duty on parties to bargain in good faith: Langille, “Can We Rely on the ILO?”, at pp. 291-92. Indeed, Gernigon et al. express this point in the article relied on by the majority in *Health Services*:

The voluntary nature of collective bargaining is explicitly laid down in Article 4 of Convention No. 98 and, according to the Committee on Freedom of Association, is “a fundamental aspect of the principles of freedom of association” (ILO, 1996a, para. 844). Thus, the obligation to promote collective bargaining excludes recourse to measures of compulsion. During the preparatory work for Convention No. 154, the Committee on Collective Bargaining agreed upon an interpretation of the term “promotion” (of collective bargaining) in the sense that it “should not be capable of being interpreted in a manner suggesting an obligation for the State to intervene to impose collective bargaining”, thereby allaying the fear expressed by the Employer members that the text of the Convention could imply the obligation for the State to take compulsory measures (ILO, 1981, p. 22/6).

The Committee on Freedom of Association, following this line of reasoning, has stated that nothing in Article 4 of Convention No. 98 places a duty on a government to enforce collective bargaining with a given organization by compulsory means, and that such an intervention by a government would clearly alter the nature of bargaining (ILO, 1996a, para. 846).

It cannot therefore be deduced from the ILO’s Conventions on collective bargaining that there is a formal obligation to negotiate or to achieve a result (an agreement). [Emphasis added; pp. 40-41.]

[250] The majority in *Health Services* was in error when it concluded that international law pointed to compulsory collective bargaining (paras. 69-79). My colleagues say that international norms are *not inconsistent* with compulsory collective bargaining (para. 95). While this is true, it does not assist

négociation collective entendue au sens où l’employeur est tenu de négocier de bonne foi. Bien que la Convention n° 98 protège le processus de négociation collective, elle y voit un processus « volontaire » fondamentalement distinct de celui que prévoit le modèle Wagner : voir l’art. 4 de la Convention n° 98 de l’OIT. Plus précisément, la Convention n° 98 ne prévoit pas l’imposition d’une obligation de négocier de bonne foi : Langille, « Can We Rely on the ILO? », p. 291-292. Gernigon et ses coauteurs le précisent en effet dans l’article cité par la majorité dans *Health Services* :

L’article 4 de la convention n° 98 prévoit expressément le caractère volontaire de la négociation collective qui « constitue un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale » (BIT, 1996a, paragr. 844). Ainsi, la nécessité de promouvoir la négociation collective exclut le recours à la contrainte : lorsque la Conférence internationale du Travail a élaboré la convention n° 154, il fut entendu [que le terme « promotion » (de la négociation collective) ne serait pas interprété de manière « à sous-entendre que l’État est tenu d’intervenir pour obliger les parties à négocier collectivement », pour dissiper la crainte des employeurs membres que le texte de la convention pourrait insinuer que l’État soit obligé de prendre des mesures de contrainte] à cette fin (BIT, 1981, p. 22/7).

Le Comité de la liberté syndicale a estimé, à cet égard, qu’aucune disposition de l’article 4 de la convention n° 98 n’impose à aucun gouvernement l’obligation de recourir à des mesures de contraintes pour obliger les parties à négocier avec une organisation déterminée, mesures qui auraient clairement pour effet de transformer le caractère de telles négociations (BIT, 1996a, paragraphes 845 et 846).

Ainsi donc, on ne peut déduire des conventions de l’OIT concernant la négociation collective l’obligation formelle de négocier ni celle d’obtenir un résultat (c’est-à-dire un accord). [Je souligne; p. 44-45.]

[250] Dans *Health Services*, la formation majoritaire estime à tort que le droit international permet de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective (par. 69-79). La Juge en chef et le juge LeBel affirment avec raison que la négociation collective obligatoire *ne contrevient pas* aux

with the interpretation of s. 2(d). Many positions — including a freedom of association which includes voluntary collective bargaining — are equally, if not more, consistent with international norms. However, the majority in *Health Services* said more than this. It said that Canada’s obligations and those international norms imply compulsory collective bargaining more than they imply voluntary associations (para. 72). With respect, international law does not support that conclusion.

(4) Charter Values Cannot Be Invoked to Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[251] In its fourth proposition, the majority maintained that the recognition of a good faith collective bargaining right is consistent with and promotes other *Charter* rights, freedoms and values: namely, human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy: see *Health Services*, at para. 81. The majority said that the right promotes human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby to gain a measure of control over a major aspect of their lives, that it enhances equality because it palliates the historical inequality between employers and employees, and that it achieves a form of workplace democracy and ensures the rule of law in the workplace by giving workers a voice to influence the establishment of rules that control major aspects of their lives (paras. 82-85).

[252] A duty to bargain in good faith may achieve those ends. However, either the *Charter* requires something or it does not. The Chief Justice and LeBel J. say that a “value-oriented approach . . . has been repeatedly endorsed by *Charter* jurisprudence over the last quarter century” (para. 96). That may be so, however this value-oriented

normes internationales (par. 95), mais cela n’est d’aucun secours pour interpréter l’al. 2d). Nombre de points de vue — dont celui voulant que la négociation collective volontaire soit comprise dans la liberté d’association — sont tout aussi conformes, sinon plus, aux normes internationales. Cependant, dans *Health Services*, les juges majoritaires vont plus loin : les obligations du Canada et les normes internationales permettent davantage de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective qu’au caractère volontaire de l’association (par. 72). En toute déférence, j’estime que le droit international n’étaye pas cette conclusion.

(4) Les valeurs consacrées par la Charte ne peuvent être invoquées à l’appui de la constitutionnalisation du droit à la négociation collective

[251] La quatrième proposition formulée par la formation majoritaire dans *Health Services* veut que la reconnaissance du droit à la négociation collective de bonne foi s’intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*, à savoir la dignité humaine, l’égalité, la liberté, le respect de l’autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie (par. 81). La majorité dit qu’un tel droit favorise la dignité humaine, la liberté et l’autonomie des travailleurs en donnant à ces derniers la possibilité d’influer sur l’établissement de règles dans le milieu de travail et d’acquérir de ce fait un certain pouvoir sur un pan important de leur vie, qu’il favorise l’égalité en palliant l’inégalité de toujours entre employeurs et employés et qu’il permet d’atteindre une certaine démocratie au travail et d’y assurer la primauté du droit en donnant aux travailleurs voix au chapitre pour l’établissement des règles qui régissent des facettes importantes de leur vie (par. 82-85).

[252] L’obligation de négocier de bonne foi peut certes permettre d’atteindre ces objectifs, mais ou bien la *Charte* exige une chose, ou bien elle ne l’exige pas. Aux dires de la Juge en chef et du juge LeBel, « interpréter en fonction des valeurs de la *Charte* les garanties formulées dans celle-ci [. . .] est conforme à la jurisprudence

approach is a means by which courts interpret the *Charter* — a process, as I will now explain, that must begin with the words of the *Charter* itself and must be bound by the normal constraints of legal reasoning and analysis. As Mr. Justice Robert J. Sharpe and Professor Kent Roach say, “[t]he task of *Charter* interpretation has structure and discipline. The first source is obvious — the language of the *Charter* itself” (*The Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2009), at p. 59). The role of the Court is to determine what the *Charter* requires and what it does not and then apply the requirements it finds to the case before it. It is not to simply promote, as much as possible, values that some subjectively think underpin the *Charter* in a general sense.

[253] I agree with the words of Iacobucci J. in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 62, where he wrote “to the extent this Court has recognized a ‘*Charter* values’ interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations” (emphasis deleted). The Court cannot employ a *Charter* values argument to interpret the *Charter* itself so broadly that the interpretation is no longer plausible. As Dickson J. observed, “it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question” (*Big M*, at p. 344). This means, as Professor Hogg says, that even though this Court has adopted a progressive, purposive approach to interpreting the Constitution, courts are not liberated from the “normal constraints of interpretation” (p. 15-50).

[254] Section 2(*d*) protects the freedom to associate. It does not purport to guarantee the “collective goals” (reasons of the Chief Justice and LeBel J., at para. 46) of the association once formed. The

constitutionnelle des 25 dernières années » (par. 96). Soit, mais c’est suivant cette démarche axée sur les valeurs que les tribunaux interprètent la *Charte* — une démarche qui, comme je vais l’expliquer, doit prendre pour point de départ le libellé de la *Charte* même et être circonscrite par les contraintes normales que constituent le raisonnement et l’analyse juridiques. Comme le disent le juge Robert J. Sharpe et le professeur Kent Roach [TRADUCTION] : « L’interprétation de la *Charte* exige structure et discipline. La première source est évidente — le libellé de la *Charte* même » (*The Charter of Rights and Freedoms* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 59). Le rôle de la Cour est de déterminer ce que la *Charte* exige ou pas et d’appliquer ensuite les exigences, s’il en est, aux faits dont elle est saisie. Il ne s’agit pas simplement de promouvoir, autant que faire se peut, les valeurs perçues subjectivement par certains comme les assises de la *Charte* en général.

[253] Je fais miens les propos suivants du juge Iacobucci dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 62 : « dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des “valeurs de la *Charte*”, ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre » (soulignement omis). La Cour ne peut exciper de ces valeurs pour se livrer à une interprétation de la *Charte* elle-même qui est si extensive qu’elle cesse d’être plausible. Comme le fait observer le juge Dickson dans l’arrêt *Big M*, « il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » (p. 344). Dès lors, selon le professeur Hogg, même si notre Cour a adopté une approche progressive et téléologique pour interpréter la Constitution, les tribunaux demeurent soumis aux [TRADUCTION] « règles habituelles d’interprétation » (p. 15-50).

[254] L’alinéa 2*d*) protège la liberté d’association; il ne vise pas à garantir les « objectifs collectifs » (motifs de la Juge en chef et du juge LeBel, par. 46) de l’association une fois celle-ci formée.

majority's interpretation in *Health Services* is not plausible because it created a free-standing right to the objectives of employee associations; it created a right which "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" and make a "reasonable effort to arrive at an acceptable contract" (paras. 90 and 101). To suggest that s. 2(d) protects the right to equal bargaining power with one's employer or "a form of workplace democracy" takes it far outside its linguistic, philosophical and historical context (para. 85).

[255] I agree that one's work is fundamental to one's identity and well-being and that exerting control over one's working conditions is a desirable goal. However, even assuming that such considerations militate in favour of legislative intervention to empower workers and employee associations, the fact remains that our Constitution leaves the determination as to whether, and to what extent, such intervention is appropriate to Parliament and the provincial legislatures. Section 2(d) is silent on such matters and this Court may not intervene into questions of economic and social policy in the absence of a legislative or constitutional grant of authority.

C. *The Approach in Health Services Is Unworkable*

[256] Beyond *Health Services'* errors as to the nature of s. 2(d) and its reasons for constitutionalizing a duty to bargain in good faith, the collective bargaining right itself is unworkable for two reasons. First, as found by the Ontario Court of Appeal, the right to collective bargaining imposed by *Health Services* is unworkable unless it is supported by at least two additional elements of Wagner model collective bargaining. Second, the attempt to draw a distinction between the process of good faith bargaining and the fruits of such bargaining is unworkable, as *Health Services* itself demonstrates.

L'interprétation préconisée par les juges majoritaires dans *Health Services* n'est pas plausible parce qu'elle crée un droit autonome aux objectifs d'une association d'employés; elle crée un droit qui « 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 » et fassent « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 90 et 101). Laisser entendre que l'al. 2d) protège le droit de négocier d'égal à égal avec l'employeur ou « une forme de démocratie [. . .] en milieu de travail » (par. 85) fait fi des contextes linguistique, philosophique et historique de la disposition.

[255] Je conviens que le travail soit fondamental à l'identité et au bien-être d'une personne et que le fait d'avoir son mot à dire sur ses conditions de travail puisse être un objectif souhaitable. Toutefois, à supposer même que ces considérations militent en faveur d'une mesure législative ayant pour effet de renforcer la position des associations de travailleurs et d'employés, il demeure que notre Constitution laisse au Parlement et aux législatures provinciales le soin de décider de l'opportunité et de la portée d'une telle mesure. L'alinéa 2d) ne prévoit rien à ce sujet, et notre Cour ne peut s'immiscer dans le domaine de la politique économique et sociale lorsque ni la loi ni la Constitution ne l'y autorisent.

C. *L'inapplicabilité pratique de l'approche retenue dans Health Services*

[256] Indépendamment des erreurs commises dans cet arrêt quant à la nature de l'al. 2d) et aux motifs de constitutionnaliser l'obligation de négocier de bonne foi, le droit à la négociation collective est lui-même inapplicable en pratique pour deux raisons. Premièrement, comme le conclut la Cour d'appel de l'Ontario, le droit à la négociation collective qu'impose *Health Services* n'est applicable en pratique que s'il est étayé par au moins deux autres éléments du modèle Wagner. Deuxièmement, la distinction que l'on tente d'établir entre le processus de négociation de bonne foi et le résultat d'une telle négociation ne tient pas, ce qui ressort de l'arrêt lui-même.

(1) The Problem of Constitutionalizing One Part of the Wagner Model

[257] In the court below in this appeal, an experienced and eminent labour lawyer and now Chief Justice of Ontario, Winkler C.J.O., took the view that a constitutional right to meaningful collective bargaining must extend to two additional aspects: the principle of majoritarian exclusivity and a mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation and administration of collective agreements. Accordingly, he ordered legislation that would extend the missing protections to agricultural workers:

If legislation is to provide for meaningful collective bargaining, it must go further than simply stating the principle and must include provisions that ensure that the right can be realized. At a minimum, the following statutory protections are required to enable agricultural workers to exercise their right to bargain collectively in a meaningful way: (1) a statutory duty to bargain in good faith; (2) statutory recognition of the principles of exclusivity and majoritarianism; and (3) a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements. [Emphasis added; para. 80.]

Abella J. in her reasons finds that a right to collective bargaining for agricultural workers must include an enforcement and compliance mechanism to resolve bargaining disputes (para. 339) and the statutory recognition of majoritarian exclusivity (para. 343).

[258] Winkler C.J.O. explained that these elements were necessary to a workable system of good faith collective bargaining. He justified adding the mechanism for resolving bargaining impasses by explaining that the bargaining process would be “jeopardized” if the parties had no recourse to a dispute resolution mechanism when faced with fruitless bargaining (para. 82).

[259] Indeed, when a duty is imposed on a party by law, it must be accompanied by sanctions or means of enforcement if there is non-compliance

(1) Le problème de la constitutionnalisation d'un volet du modèle Wagner

[257] Ancien avocat chevronné et émérite en droit du travail, le juge en chef Winkler, de la Cour d'appel de l'Ontario, opine en l'espèce qu'un droit constitutionnel à la négociation collective véritable doit s'accompagner du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, ainsi que d'un mécanisme permettant de dénouer les impasses dans les négociations et de résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. Il appelle donc à l'adoption d'une loi qui accorde aux travailleurs agricoles les protections qui font défaut :

[TRADUCTION] La loi censée accorder le droit à la négociation collective véritable doit non seulement formuler le principe, mais aussi renfermer des dispositions garantissant que ce droit pourra être exercé. Elle doit à tout le moins prévoir les mesures de protection suivantes pour que les travailleurs agricoles puissent exercer véritablement leur droit à la négociation collective : (1) l'obligation de négocier de bonne foi, (2) la reconnaissance des principes du monopole syndical et du vote majoritaire et (3) un mécanisme permettant de dénouer les impasses dans les négociations et de résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. [Je souligne; par. 80.]

La juge Abella estime pour sa part que le droit à la négociation collective conféré aux travailleurs agricoles doit s'accompagner d'un mécanisme permettant d'assurer l'exécution du contrat et de résoudre les différends (par. 339) et de la consécration légale du monopole syndical conféré par un vote majoritaire (par. 343).

[258] Le juge en chef Winkler explique que ces éléments sont nécessaires à l'applicabilité pratique d'un système de négociation collective de bonne foi. Il justifie l'ajout d'un mécanisme de règlement des différends par le fait que le processus de négociation serait [TRADUCTION] « compromis » si les parties ne disposaient d'aucune issue lorsque les négociations sont dans un cul-de-sac (par. 82).

[259] En effet, lorsque la loi impose une obligation à une partie, elle doit prévoir une sanction ou un moyen d'exécution pour le cas où l'obligation



with the duty. Without sanctions or means of enforcement, compliance with the duty would be, to all intents and purposes, voluntary. This would hardly meet the requirement, according to the Chief Justice and LeBel J., that collective bargaining be mandatory.

[260] Winkler C.J.O. also explained that a collective bargaining process that lacks the feature of majoritarian exclusivity would be “impractical” and lead to “chaos”:

It is impractical to expect employers to engage in good faith bargaining discussions when confronted with a process that does not eradicate the possibility of irreconcilable demands from multiple employee representatives, purporting to simultaneously represent employees in the same workplace with similar job functions. It is not overstating the point to say that to avoid chaos in the workplace to the detriment of the employer and employees alike, it is essential that a representative organization be selected on a majoritarian basis and imbued with exclusive bargaining rights. [para. 92]

[261] Winkler C.J.O.’s concerns present a significant problem that the Chief Justice and LeBel J. do not address in their reasons. They limit constitutionalization to collective bargaining imposing a duty on employers to bargain in good faith. The reasons of the Chief Justice and LeBel J. provide no explanation for why Winkler C.J.O. is wrong. As the majority in *Doucet-Boudreau* said in discussing minority language educational rights: “A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy” (para. 25). I cannot agree that a right can be workable without the imposition of an appropriate remedy.

[262] The Chief Justice and LeBel J. say that “[i]t is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice” (para. 83). They say that it takes time before the unworkability of a decision emerges. I disagree. Winkler C.J.O.’s conclusion that a constitutional right to meaningful collective bargaining

ne serait pas respectée. À défaut d’une sanction ou d’un moyen d’exécution, le respect de l’obligation devient à toutes fins utiles volontaire, ce qui ne satisfait pas à l’exigence voulant, selon la Juge en chef et le juge LeBel, que le processus de négociation collective soit obligatoire.

[260] Le juge en chef Winkler explique également que sans le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, le processus de négociation collective est [TRADUCTION] « irréaliste » et mène au « chaos » :

[TRADUCTION] Il est irréaliste qu’un employeur négocie de bonne foi dans le cadre d’un processus qui n’exclut pas la possibilité de demandes inconciliables présentées par différents représentants qui prétendent simultanément représenter des employés exerçant des fonctions similaires dans un même lieu de travail. Il n’est pas exagéré de dire que pour éviter un chaos qui nuirait tant à l’employeur qu’aux employés, il est essentiel que l’organisation représentative soit élue à la majorité et investie de droits exclusifs de négociation. [par. 92]

[261] Dans leurs motifs, la Juge en chef et le juge LeBel ne tiennent pas compte du grave problème que soulèvent les préoccupations du juge en chef Winkler. Ils ne constitutionnalisent que la négociation collective imposant à l’employeur l’obligation de négocier de bonne foi. Ils n’avancent aucun élément pour réfuter les propos du juge en chef Winkler. Comme l’affirment les juges majoritaires dans l’arrêt *Doucet-Boudreau* au sujet des droits à l’instruction dans la langue de la minorité : « L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours » (par. 25). Je ne saurais convenir qu’un droit est applicable en pratique lorsqu’il peut être bafoué sans qu’il soit possible d’obtenir une réparation appropriée.

[262] Selon la Juge en chef et le juge LeBel, « [i] est prématuré de conclure à l’inapplicabilité pratique de l’arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans » (par. 83). À leur avis, l’inapplicabilité pratique d’un arrêt ne se fait jour qu’après un certain temps. Je ne suis pas d’accord avec eux. La conclusion du juge en chef Winkler selon

must include constitutionalizing elements of the Wagner model provides strong support for the proposition that, without these protections, compulsory collective bargaining is unworkable.

(2) The Untenable Distinction Between Substance and Process

[263] Unworkability also arises from the majority's instruction in *Health Services* to protect the process of collective bargaining without also protecting its substantive fruits. In *Health Services*, the majority posited that this distinction was entirely possible (para. 29). In my view, this distinction is unworkable because it is impossible to divorce the process of collective bargaining from its substantive outcomes. There are three reasons.

[264] First, as I have already discussed, *Health Services* itself did not respect this distinction since the majority granted constitutional protection to "significant" terms of the collective agreements at issue in that very case. The majority found that the challenged B.C. legislation breached s. 2(d) not just by limiting future bargaining but also by invalidating existing collective agreements and consequently undermining the past bargaining process that formed the basis for these agreements. Therefore, the application of the collective bargaining right in *Health Services* had the result of protecting the substance of those agreements.

[265] Second, the duty to bargain in good faith cannot be described as only a "procedural" guarantee, as the Chief Justice and LeBel J. do in this case and as the majority did in *Health Services*. Recognizing an employee association and requiring the employer to engage in collective bargaining are themselves substantive outcomes for which workers organize. In a labour context, as in other contexts, certain "procedures" are favoured because they are more likely to produce a certain outcome.

laquelle la constitutionnalisation du droit à une véritable négociation collective doit emporter la constitutionnalisation d'autres éléments du modèle Wagner appuie fortement la proposition voulant que la négociation collective obligatoire soit inapplicable en pratique sans ces garanties.

(2) La distinction indéfendable entre la substance et le processus

[263] L'inapplicabilité pratique découle aussi de la décision majoritaire dans *Health Services* de protéger le processus de négociation collective sans étendre cette protection à ses résultats concrets, les juges majoritaires estimant que la distinction est tout à fait possible (par. 29). À mon sens, cette distinction crée un problème insurmontable, car il est impossible de dissocier le processus de négociation collective de son résultat concret, et ce, pour trois raisons.

[264] Premièrement, je le répète, dans *Health Services*, la majorité des juges fait elle-même fi de cette distinction puisqu'elle confère la protection constitutionnelle à d'« importantes » conditions des conventions collectives en cause. Elle conclut que les dispositions législatives britannico-colombiennes contestées contreviennent à l'al. 2d), car non seulement elles limitent les négociations ultérieures, mais elles invalident aussi 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. L'application du droit à la négociation collective a donc pour effet de protéger la teneur de ces conventions.

[265] Deuxièmement, on ne peut qualifier l'obligation de négocier de bonne foi de simple garantie à caractère « procédural » comme le font la Juge en chef et le juge LeBel en l'espèce et les juges majoritaires dans *Health Services*. Les travailleurs s'unissent dans le but même de faire reconnaître leur association d'employés et d'obliger l'employeur à négocier avec elle. Dans le contexte des relations du travail comme dans d'autres, certaines « procédures » sont privilégiées parce qu'elles ont plus de chances de produire un certain résultat.

[266] The very requirement that the parties engage in collective bargaining tips the economic balance between parties in favour of the workers and, as such, constitutes a particular outcome. Consequently, the act of engaging in the process itself constitutes a concession on the part of the employer. Were it not so, organized labour would have little reason to demand constitutional protection for the “right” to engage in a process of collective bargaining.

[267] In addition to providing the substantive benefit of requiring employers to meet with workers, the duty to bargain in good faith brings other, more specific substantive benefits. As the term is understood in Canadian labour law, the duty to bargain in good faith prohibits an employer from flat out refusing to bargain with the union or from only going to a few cursory meetings: Adams, vol. 2, at p. 10-122. However, it also goes much beyond that. Depending on the circumstances, the duty to bargain in good faith can prohibit an employer from refusing to include or discuss the inclusion of standard industry terms in a collective agreement or, conversely, insisting on the inclusion of a term to the point of impasse: see Adams, vol. 2, at pp. 10-111 to 10-112; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 45, *per* Cory J. It also obligates employers to disclose material information to unions in advance of negotiations: Adams, vol. 2, at pp. 10-124 to 10-128. All of these aspects of the duty to bargain in good faith change these measures and constrain the range of negotiating positions available to the employer and thus have a substantive impact on the terms of employment.

[268] Finally, for a duty to bargain in good faith not to be an illusory benefit, there must be both a way of dealing with bargaining impasses as well as an effective remedy for persistent breaches of a duty to bargain in good faith. The first requires that there be some default mechanism for resolving the dispute in case an impasse is reached — such as striking or binding arbitration — while the second may require, in extreme circumstances, the imposition by an arbitrator of particular terms of

[266] L'obligation même faite aux parties de prendre part à une négociation collective fait pencher la balance économique en faveur des travailleurs et constitue donc un certain résultat. C'est pourquoi en prenant part à la négociation collective, l'employeur fait une concession. Si ce n'était pas le cas, les associations d'employés ne réclameraient pas la protection constitutionnelle du « droit » d'entreprendre un processus de négociation collective.

[267] En plus de conférer l'avantage non négligeable de contraindre l'employeur à rencontrer ses employés, l'obligation de négocier de bonne foi confère d'autres avantages importants plus précis. L'obligation de négocier de bonne foi, au sens où l'entend le droit du travail canadien, empêche l'employeur de refuser catégoriquement de négocier avec le syndicat ou de se contenter d'assister à quelques brèves rencontres : Adams, vol. 2, p. 10-122. Toutefois, elle va aussi beaucoup plus loin. Selon les circonstances, elle peut empêcher l'employeur de refuser d'inclure dans la convention collective des conditions courantes dans le secteur d'activité, voire d'en discuter ou, à l'inverse, d'insister jusqu'à l'impasse pour ajouter une condition : voir Adams, vol. 2, p. 10-111 à 10-112; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 45, le juge Cory. Elle contraint également l'employeur à communiquer des renseignements importants aux syndicats avant les négociations : Adams, vol. 2, p. 10-124 à 10-128. Toutes ces facettes de l'obligation de négocier de bonne foi changent la donne à cet égard et réduisent la marge de manœuvre de l'employeur lors des négociations; elles ont donc une grande incidence sur les conditions d'emploi.

[268] Enfin, pour que l'obligation de négocier de bonne foi ne confère pas seulement un avantage illusoire, il faut à la fois un mécanisme pour sortir les négociations de l'impasse et une réparation en cas de manquements répétés à cette obligation. Ainsi, un mécanisme doit s'appliquer automatiquement pour mettre fin à une impasse — comme la grève ou l'arbitrage exécutoire. Également, dans les cas extrêmes de manquements, un arbitre pourra imposer l'inclusion de conditions précises dans la

a collective agreement: W. B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 349-55. Each of these goes well beyond a mere process and results in the protection of a particular substantive outcome.

[269] The majority's inability to separate substance and process, and the consequent constitutionalization of collective bargaining terms demonstrates the unworkability of the distinction between substance and process asserted in *Health Services*. This unworkability is further underlined by the fact that the collective bargaining itself is an outcome for which parties organize and does affect substantive outcomes. For these reasons, as well as the unenforceability of the bare right to good faith bargaining, the ruling in *Health Services* is unworkable.

V. The Charter Protects a Voluntary Association of Workers Whose Objectives Are to Improve Wages and Working Conditions

[270] As I have explained through these reasons, I do not accept that s. 2(d) protects a right to collective bargaining. I am, however, of the view that s. 2(d) does protect a voluntary association of workers who wish to use their associational freedoms to come together and attempt to improve their wages and working conditions.

[271] Under Canadian law, an individual is generally free to bargain with an employer over terms of employment. Because such individual bargaining is generally lawful, it necessarily follows that the decision of individuals to band together to approach their employer must necessarily be protected. The free decisions of individuals to do in association what they can lawfully do alone lies at the very heart of s. 2(d) protection, and it therefore follows that s. 2(d) must protect the decision of individuals to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to an employer.

[272] However, s. 2(d) does not provide greater legal protection to individuals acting in concert

convention collective : W. B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 349-355. Chacun de ces éléments va bien au-delà du seul processus et aboutit à la protection d'une issue concrète particulière.

[269] L'incapacité de la majorité à dissocier substance et processus, et la constitutionnalisation qui s'ensuit de conditions de la négociation collective font ressortir l'inapplicabilité pratique de la distinction entre la substance et le processus établie dans l'arrêt *Health Services*. Cette inapplicabilité pratique ressort également du fait que la négociation collective en soi constitue un résultat auquel tendent les parties en s'associant et influe sur les résultats concrets. Pour ces motifs, et vu l'impossibilité de faire respecter seulement le droit à la négociation de bonne foi, l'arrêt *Health Services* mène à un cul-de-sac.

V. La Charte protège l'association volontaire des travailleurs aux fins d'améliorer salaires et conditions de travail

[270] Comme je l'explique tout au long des présents motifs, je ne conviens pas que l'al. 2d) protège un droit à la négociation collective. Je suis toutefois d'avis qu'il protège l'association volontaire de travailleurs désireux d'exercer leur liberté associative pour s'unir et tenter d'améliorer leurs salaires et conditions de travail.

[271] En droit canadien, un individu est généralement libre de négocier ses conditions de travail avec un employeur. Puisque la négociation individuelle est généralement licite, il s'ensuit nécessairement que la décision d'individus de s'unir pour s'adresser à l'employeur doit être protégée. Les décisions libres d'individus de faire ensemble ce qu'ils peuvent légalement faire seuls sont au cœur même de la protection prévue à l'al. 2d), de sorte que cet alinéa doit protéger la décision des individus de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur.

[272] Cependant, l'al. 2d) n'accorde pas une protection juridique plus grande aux individus qui

than is afforded to individuals acting alone. While greater economic clout or political power may flow from the very act of association in a way that makes the associational activity “qualitatively” different from the individual activity, the legal rights and freedoms granted to individuals acting in association under s. 2(d) are nonetheless limited to the same rights and freedoms afforded to individuals acting alone.

[273] While s. 2(d) protects the ability of workers to come together and to organize with a view to engaging in collective bargaining with an employer, s. 2(d) does not impose any obligation on an employer to actually negotiate with a group of employees. In the individual case, there is generally no legal obligation on an employer to negotiate with the employee. It is entirely permissible for an employer, in the course of negotiating a new contract with an employee, to make a “take it or leave it” offer to an employee, which the employee may then accept or reject. Such individual agreements are generally left to voluntary negotiation in accordance with the law of contract, subject only to requirements set out in employment standards legislation and other statutes. Thus, just as an employer can decline to meet or negotiate with an individual, so can an employer decline to meet or negotiate with a group of employees.

[274] In my view, a proper application of s. 2(d) provides protection for voluntary associations of workers, but such protection does not involve the constitutionalization of a duty on employers to engage in collective bargaining. Such an approach is, in my view, consistent with the purpose and scope of s. 2(d), the principle of judicial deference in labour relations, and Canada’s labour history and international obligations.

## VI. Summary

[275] Given the length of these reasons thus far, I now provide a summary of the principles discussed above before proceeding to apply these principles in the present case:

agissent de concert qu’à ceux qui agissent individuellement. Bien que le fait même de s’associer puisse accroître le pouvoir économique ou politique, et rendre ainsi l’activité associative « qualitativement » différente de l’activité individuelle, les droits et libertés que garantit l’al. 2d) aux individus agissant de concert se limitent à ceux qui sont garantis aux individus agissant seuls.

[273] Même s’il protège la faculté des travailleurs de s’associer en vue de négocier collectivement avec leur employeur, l’al. 2d) n’oblige pas ce dernier à négocier avec un groupe d’employés. Dans le cas d’un individu agissant seul, l’employeur n’est généralement pas obligé de négocier avec l’employé. L’employeur qui négocie un nouveau contrat avec un employé peut en toute légalité lui faire une offre « à prendre ou à laisser », que l’employé peut accepter ou refuser. En général, une telle entente individuelle est négociée de plein gré conformément au droit contractuel, sous réserve uniquement des exigences prévues par la loi, notamment en matière de normes d’emploi. Partant, comme l’employeur peut refuser de rencontrer un individu ou de négocier avec lui, il peut tout aussi bien refuser de rencontrer un groupe d’employés ou de négocier avec lui.

[274] Selon moi, appliqué correctement, l’al. 2d) protège l’association volontaire de travailleurs, mais de cette protection ne découle pas une obligation constitutionnelle de l’employeur de prendre part à la négociation collective. Cette conclusion me paraît compatible avec l’objet et la portée de l’al. 2d), avec le principe de la déférence judiciaire en droit du travail, ainsi qu’avec l’histoire des relations du travail au Canada et les obligations internationales de notre pays.

## VI. Résumé

[275] Vu la longueur des présents motifs, je résume les principes examinés précédemment avant de les appliquer à la présente espèce :

1. This Court may overrule its own precedents, but it should only do so where there are compelling reasons for doing so. In this case, such compelling reasons exist. *Health Services* involves *Charter* rights that are not susceptible to legislative correction, overruled a line of prior sound decisions, is unworkable and has been the subject of intense academic criticism.
  2. *Health Services* erred for three reasons in concluding that s. 2(d) protects collective bargaining and obliges parties to bargain in good faith:
    - a. First, *Health Services* departed from sound principles established in this Court's precedents on the nature and scope of s. 2(d); specifically, it departed from the following five characteristics of s. 2(d):
      - i. The purpose of s. 2(d) is to protect individuals rather than groups *per se*.
      - ii. Section 2(d) protects freedoms not rights.
      - iii. Section 2(d) does not empower the Court to privilege certain associations over others.
      - iv. Section 2(d) does not afford constitutional protection to contracts.
      - v. Section 2(d) is to be interpreted in such a way as to afford deference to the legislative branch in the field of labour relations.
    - b. Second, the reasons advanced in *Health Services* for protecting collective bargaining under s. 2(d) — Canadian labour history, Canada's international obligations, and *Charter* values — do not support conferring a constitutional right to collective bargaining and imposing a
1. Notre Cour peut écarter ses propres précédents, mais ne devrait le faire que si des raisons impérieuses le justifient. C'est le cas en l'espèce. L'arrêt *Health Services* porte sur des droits garantis par la *Charte* qui ne peuvent être modifiés par voie législative, il renverse un courant jurisprudentiel valable, il est inapplicable en pratique et il est vivement critiqué par les auteurs.
  2. Dans *Health Services*, la formation majoritaire conclut à tort que l'al. 2d) protège la négociation collective et oblige les parties à négocier de bonne foi, et ce, pour trois raisons :
    - a. Premièrement, l'arrêt *Health Services* rompt avec les principes valables établis dans les décisions antérieures de la Cour sur la nature et la portée de l'al. 2d); plus précisément, il rompt avec les cinq caractéristiques suivantes de cet alinéa :
      - i. L'alinéa 2d) vise à protéger les individus et non les groupements comme tels.
      - ii. Il protège des libertés, et non des droits.
      - iii. Il n'autorise pas la Cour à favoriser certaines associations.
      - iv. Il ne confère pas de protection constitutionnelle aux contrats.
      - v. Dans le domaine des relations du travail, il commande une interprétation déférente à l'endroit du législateur.
    - b. Deuxièmement, les motifs invoqués dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection de l'al. 2d) — l'histoire des relations du travail au Canada, les obligations internationales du pays et les valeurs consacrées par la *Charte* — ne justifient

duty on employers to engage in collective bargaining.

- c. Third, the majority's approach to collective bargaining in particular and s. 2(d) in general articulated in *Health Services* is unworkable. It extends constitutional protection to the duty to bargain in good faith without importing other aspects of the Wagner framework, and by purporting to protect the process of collective bargaining without also protecting its fruits, neither of which is tenable.

3. Section 2(d) protects the ability of individuals to form associations and to do in association what they can lawfully do alone. Because individuals are generally free to bargain with their employer individually, it follows that s. 2(d) must protect the decision of individuals to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to their employers. However, just as an employer is not obliged to bargain with an individual employee, s. 2(d) does not oblige an employer to bargain with a group of employees.

#### VII. Application to the Present Case

[276] I agree with the conclusions of the Chief Justice and LeBel J. that the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*, but for the reasons I have given. Section 2(d) does not confer a right of collective bargaining; nor does it impose a duty on employers to meet with employees and “consider employee representations in good faith” (para. 104). I agree with Farley J. ((2006), 79 O.R. (3d) 219) that the *AEPA* satisfies all of the concerns raised in *Dunmore*.

[277] On a plain reading of the provisions of the *AEPA* it provides all of the protections which were imposed by this Court in *Dunmore*, but goes no

ni la constitutionnalisation du droit à la négociation collective ni l'obligation des employeurs d'y participer.

- c. Troisièmement, dans *Health Services*, l'interprétation par la majorité des juges de la négociation collective en particulier et de l'al. 2d) en général est inapplicable en pratique. La formation majoritaire accorde la protection constitutionnelle à l'obligation de négocier de bonne foi sans inclure d'autres volets du modèle Wagner et elle entend protéger le processus de négociation collective sans protéger aussi ses fruits; l'un et l'autre sont indéfendables.

3. L'alinéa 2d) protège la faculté des individus de former des associations et de faire collectivement ce qu'ils peuvent légalement faire individuellement. Parce que l'individu est généralement libre de négocier seul avec l'employeur, l'al. 2d) protège la décision d'individus de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur. Toutefois, l'employeur n'étant pas obligé de négocier avec un employé individuel, l'al. 2d) ne l'oblige pas non plus à négocier avec un groupement d'employés.

#### VII. Application à l'espèce

[276] Je souscris aux conclusions de la Juge en chef et du juge LeBel portant que la *LPEA* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*, mais pour les motifs que j'énonce précédemment. L'alinéa 2d) ne confère pas de droit à la négociation collective et n'oblige pas l'employeur à rencontrer les employés et à « examiner de bonne foi les observations de ses employés » (par. 104). Je conviens avec le juge Farley ((2006), 79 O.R. (3d) 219) que la *LPEA* répond à toutes les préoccupations soulevées dans l'arrêt *Dunmore*.

[277] Il appert à la lecture de la *LPEA* qu'elle prévoit toutes les garanties qu'avait exigées la Cour dans l'arrêt *Dunmore*, sans plus. Ce texte législatif

further. It does not provide any right to collective bargaining, or other incidents of *Wagner Act* collective bargaining. Indeed up to this point, the parties and the courts have all proceeded on the basis that the *AEPA* did not include a duty of collective bargaining. The claimants chose to bring this case because in their view, the *AEPA* did not include provisions to enforce a duty of collective bargaining on agricultural employers. Based on this Court's ruling in *Dunmore* that s. 2(d) did not create a right of collective bargaining, Farley J. ruled that the *AEPA* did not violate the *Charter*. *Health Services* subsequently expanded the scope of s. 2(d) to constitutionalize the right to collective bargaining. Thus the Court of Appeal was obliged to and did find that the *AEPA* was no longer *Charter* compliant. Both of these conclusions were entirely consistent with the text of the *AEPA* and the parties' understanding that the *AEPA* did not include a duty of collective bargaining on agricultural employers.

[278] By enacting the *AEPA*, the legislature precisely addressed this Court's ruling in *Dunmore*. The text, context and purpose of the *AEPA* clearly demonstrate that the legislature intentionally opted not to include a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations.

[279] Nonetheless, the Chief Justice and LeBel J. say that s. 5 of the *AEPA* can be read as imposing a duty to bargain in good faith (para. 107), which would render the statute constitutional. They argue that the words of s. 5 are ambiguous and that the interpretive tools of purposive interpretation, the presumption of consistency with the *Charter*, and reference to legislative debates lead to this conclusion. Like my colleagues Deschamps J. and Abella J., I cannot agree.

[280] The words of s. 5 are unambiguous. The relevant portions of s. 5 are subsections (1), (5), (6) and (7).

ne confère aucun droit à la négociation collective ni ne reprend d'autres éléments relatifs à cette activité issus de la *Loi Wagner*. En effet, jusqu'à maintenant, les parties et les tribunaux saisis ont tous considéré que la *LPEA* n'imposait pas d'obligation de négocier collectivement. Les demandeurs ont intenté leur recours parce que, selon eux, la *LPEA* ne comprend aucune disposition qui contraigne l'employeur agricole à la négociation collective. S'appuyant sur la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Dunmore*, à savoir que l'al. 2d) ne crée pas de droit à la négociation collective, le juge Farley statue que la *LPEA* ne contrevient pas à la *Charte*. Dans l'arrêt *Health Services*, subséquent à *Dunmore*, la majorité des juges élargit la portée de l'al. 2d) afin de constitutionnaliser le droit à la négociation collective. Dès lors, la Cour d'appel n'avait d'autre choix que de conclure que la *LPEA* n'était plus conforme à la *Charte*. Ces deux conclusions correspondaient en tous points au libellé de la *LPEA* et à l'interprétation des parties selon laquelle la Loi n'oblige pas l'employeur du secteur agricole à négocier avec ses employés regroupés au sein d'une association.

[278] La *LPEA* donne précisément suite à l'arrêt *Dunmore*. Il ressort du texte, du contexte et de l'objet de cette loi que le législateur a délibérément choisi de ne pas obliger l'employeur à négocier avec une association d'employés.

[279] Néanmoins, selon la Juge en chef et le juge LeBel, l'interprétation de l'art. 5 de la *LPEA* permet de conclure qu'il impose une obligation de négocier de bonne foi (par. 107), qui aurait pour effet de rendre la loi constitutionnelle. Ils font valoir une ambiguïté dans le libellé de cette disposition et soutiennent que les outils d'interprétation que sont la méthode téléologique, la présomption de conformité à la *Charte* et les débats législatifs appuient une telle conclusion. Comme mes collègues les juges Deschamps et Abella, je ne suis pas de cet avis.

[280] Le libellé de l'art. 5 ne comporte aucune ambiguïté. Les paragraphes (1), (5), (6) et (7) de l'art. 5 sont pertinents :



5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

These words could not be clearer: they provide employee associations the opportunity to make representations to an employer. The only obligation on an employer is to provide the employee association with the opportunity to make representations and to listen if they are oral or read and acknowledge them if they are written.

[281] The words “listen to” or “read” and “give the association a written acknowledgment” are not ambiguous. This Court’s approach to statutory interpretation has long held that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)). To say that the words “listen to” or “read” and “give the association a written acknowledgment” are ambiguous would be to ignore the grammatical and ordinary sense of the words, and the purpose of the *AEPA*, and would manufacture ambiguity where none exists.

[282] Professor Sullivan observes that “[i]t is presumed that the ordinary meaning of legislation is the most appropriate or ‘intended’ meaning” unless there is a reason to reject that meaning (*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 34). As Professor

5. (1) Un employeur donne à une association d’employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi d’un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) L’association d’employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L’employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l’employeur informe l’association d’employés par écrit qu’il les a lues.

Le texte de l’art. 5 ne pourrait être plus clair : il donne à une association d’employés l’occasion de présenter ses observations à l’employeur. Ce dernier est uniquement contraint à donner à l’association d’employés l’occasion de présenter des observations et à les écouter lorsqu’elles sont présentées oralement ou à les lire et à informer l’association qu’il les a lues lorsqu’elles sont présentées par écrit.

[281] L’emploi des mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » est non équivoque. En matière d’interprétation législative, la Cour suit de longue date le principe selon lequel « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant Elmer Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983)). Affirmer que les mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » sont ambigus revient à faire fi de leur sens ordinaire et grammatical et de l’objet de la *LPEA* et à créer de toutes pièces de l’ambiguïté.

[282] Comme le fait remarquer le professeur Sullivan [TRADUCTION] « [i] est présumé que le sens ordinaire de la loi est le plus approprié, ou le sens “recherché” », à moins qu’une raison ne justifie de l’écarter (*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 34).

Hogg, A. A. Bushell Thornton and W. K. Wright, write in “*Charter Dialogue Revisited — Or ‘Much Ado About Metaphors’*” (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 12:

A broader general rule, requiring the courts to stretch the plausible interpretation of a statute in order to bring it into conformity with the *Charter*, “would wrongly upset the dialogic balance.” When a statute is unambiguous, courts should give effect to the clearly expressed legislative intent, even if it leads to the conclusion that the statute was unconstitutional and should be struck down for breach of the *Charter*.

In this case, there is nothing in the *AEPA* that suggests that there is a reason to depart from the ordinary and grammatical sense of the words.

[283] It is true, as my colleagues say, that the words “listen to” and “read” and “give the association a written acknowledgment” neither impose nor preclude a duty to bargain in good faith. However, this does not lead to ambiguity. A duty to bargain in good faith, as discussed above, is a term of art in labour law that carries with it a complex series of reciprocal rights and obligations (see Adams, vol. 2, at pp. 10-111 to 10-112, 10-122, and 10-124 to 10-128). Where good faith bargaining is protected by statute it is explicitly included: see, e.g., s. 17 of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, which requires that parties “shall bargain in good faith and make every reasonable effort to make a collective agreement”. To simply imply the existence of a set of statutory rights by the absence of a well-known term of art stretches the interpretive exercise beyond its breaking point.

[284] The Chief Justice and LeBel J. say that “[t]here can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations” (para. 103). They argue that this leads to the conclusion that s. 5 includes a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations.

Le professeur Hogg, A. A. Bushell Thornton et W. K. Wright écrivent dans « *Charter Dialogue Revisited — Or “Much Ado About Metaphors”* » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 12 :

[TRADUCTION] Une règle générale élargie, obligeant les tribunaux à prêter à une loi une interprétation d’une plausibilité douteuse afin d’en assurer la conformité à la *Charte*, « perturberait à tort l’équilibre dialogique ». En l’absence d’ambiguïté, les tribunaux doivent donner effet à l’intention manifeste du législateur, même si cela doit mener à la conclusion que la loi est inconstitutionnelle et devrait être invalidée pour contravention à la *Charte*.

En l’espèce, rien dans la *LPEA* ne justifie que l’on s’écarte du sens ordinaire et grammatical des mots.

[283] Il est vrai, et je partage l’avis de mes collègues à ce sujet, que les mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » n’ont pour effet ni d’imposer, ni d’exclure une obligation de négocier de bonne foi. Cependant, il n’en découle pas d’ambiguïté. L’obligation de négocier de bonne foi, une notion appartenant au droit du travail, emporte une série de droits et d’obligations réciproques (voir Adams, vol. 2, p. 10-111 à 10-112, 10-122, et 10-124 à 10-128). Les lois qui reconnaissent l’obligation de négocier de bonne foi la prévoient expressément : par exemple, voir l’art. 17 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, aux termes duquel les parties « négocient de bonne foi et font des efforts raisonnables afin de parvenir à une convention collective ». Supposer simplement qu’une loi crée un ensemble de droits si l’on n’y trouve pas un terme technique bien connu repousse l’exercice d’interprétation au-delà des limites permises.

[284] De l’avis de la Juge en chef et du juge LeBel, « [u]ne seule explication peut être trouvée à l’obligation imposée à l’employeur d’écouter ou de lire les observations présentées par les employés [. . .] [L]’employeur doit examiner les observations » (par. 103). Ce qui leur permet de conclure que l’art. 5 oblige l’employeur à participer à la négociation collective avec l’association d’employés.

[285] The purpose of the *AEPA* is set out expressly in s. 1:

1. (1) The purpose of this Act is to protect the rights of agricultural employees while having regard to the unique characteristics of agriculture, including, but not limited to, its seasonal nature, its sensitivity to time and climate, the perishability of agricultural products and the need to protect animal and plant life.

(2) The following are the rights of agricultural employees referred to in subsection (1):

1. The right to form or join an employees' association.
2. The right to participate in the lawful activities of an employees' association.
3. The right to assemble.
4. The right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment.
5. The right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights.

[286] Nothing in the explicit s. 1 purpose supports the view that agricultural employees have a right to require agricultural employers to engage in collective bargaining.

[287] My colleagues ask what purpose there could be to requiring employers to listen to or read employee representations if not to respond to them. The answer is that the purpose is what the words say it is — to give employees the opportunity to more effectively put forward their representations by allowing them to do so collectively, rather than acting individually. Given the unique nature of the agricultural industry as recognized in s. 1, an employer is at liberty to respond or not. With respect, my colleagues interpretation of the words, “listen to” or “read” or “give the association a written acknowledgment” as including a duty on employers to engage in collective bargaining does not accord with the purpose as expressed by the plain language of the *AEPA*.

[285] La *LPEA* énonce expressément son objet à l'article premier :

1. (1) La présente loi a pour objet de protéger les droits des employés agricoles tout en tenant compte des caractéristiques propres à l'agriculture, notamment son caractère saisonnier, sa vulnérabilité au temps et au climat, la nature périssable des produits agricoles et la nécessité de protéger la vie animale et végétale.

(2) Les droits des employés agricoles visés au paragraphe (1) sont les suivants :

1. Le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association.
2. Le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés.
3. Le droit de réunion.
4. Le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi.
5. Le droit d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination.

[286] Aucun élément de l'article premier ne permet de conclure que des employés agricoles peuvent exiger de leur employeur qu'il négocie avec eux collectivement.

[287] Mes collègues se demandent à quoi bon exiger de l'employeur qu'il écoute ou lise les observations des employés si ce n'est pour qu'il y réponde. Le libellé de la loi est clair — donner aux employés l'occasion de faire valoir leurs observations plus efficacement en leur permettant de le faire collectivement plutôt qu'individuellement. Compte tenu des caractéristiques propres au secteur agricole reconnues à l'article premier, l'employeur a la liberté de répondre ou non. Malgré le respect que je dois à mes collègues, leur interprétation selon laquelle les mots « écouter », « lire » et « informer l'association d'employés par écrit » obligent l'employeur à prendre part à la négociation collective ne respecte pas l'intention qui se dégage du libellé clair de la *LPEA*.

[288] Finally, the Chief Justice and LeBel J. say that when the government of Ontario introduced the *AEPA* it intended the legislation to provide protection for collective bargaining. They base their view on a statement made by the Minister (at the time) that the Act was meant to meet the obligations set by this Court in *Dunmore*. They say because the Minister used the word “meaningful” she intended that the *AEPA* would protect collective bargaining, as the majority of this Court deemed necessary in *Health Services*. They say this despite the fact that *Health Services* had not yet been written or even argued before this Court. They say this despite an explicit statement made by the Minister, which they quote at para. 106, that stated that the *AEPA* was not intended to “extend collective bargaining to agricultural workers”. They suggest that the Minister was only disclaiming *Wagner Act* collective bargaining, rather than collective bargaining as they frame the term (*ibid.*).

[289] As with the words of the *AEPA*, I read the words of the Minister plainly as presented. The comments quoted by the Chief Justice and LeBel J. indicate that the *AEPA* was intended to meet the obligations in *Dunmore*, which did not include an obligation on employers to engage in collective bargaining. Given the absence of any requirement for collective bargaining in either *Dunmore* or the *AEPA* the Minister’s comments support a plain reading of s. 5 as imposing only a duty to “listen to” or “read” the representations and “give the association a written acknowledgment” if the representations are made in writing.

[290] As the Chief Justice and LeBel J. are of the view that agricultural employers in Ontario have a duty of collective bargaining, the appropriate remedy would have to be a declaration that the *AEPA* is unconstitutional in its present form and expressly reading in words empowering the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal to order employers to engage in collective bargaining. With respect, my colleagues’ approach goes beyond the normal constraints of statutory interpretation; it amounts to an implied reading into the *AEPA* the duty of collective bargaining without declaring the

[288] Enfin, la Juge en chef et le juge LeBel affirment que le législateur ontarien a adopté la *LPEA* pour protéger le processus de négociation collective. Ils se fondent sur une déclaration de la ministre responsable (de l’époque) selon laquelle cette loi devait respecter les exigences énoncées par la Cour dans *Dunmore*. Selon eux, en précisant qu’il fallait que la liberté [TRADUCTION] « ait un sens », la ministre voulait protéger la négociation collective, comme la formation majoritaire l’avait jugé nécessaire dans *Health Services*. Ils tiennent ce propos malgré le fait que *Health Services* n’avait pas encore été rendu, ni même plaidé dans notre Cour, et malgré la déclaration explicite de la ministre, qu’ils citent au par. 106, voulant que la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] « l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles ». Ils laissent entendre que la ministre excluait la conception de la négociation collective découlant de la *Loi Wagner*, et non la négociation collective au sens où ils l’entendent (*ibid.*).

[289] À mon avis, les termes employés par la ministre, comme ceux de la *LPEA*, sont énoncés clairement. Les passages cités par la Juge en chef et le juge LeBel révèlent que la *LPEA* visait à traduire les obligations imposées par l’arrêt *Dunmore*, qui n’astreignait pas l’employeur à prendre part à la négociation collective. Puisque ni cet arrêt, ni la *LPEA* ne prévoient une telle obligation, les remarques de la ministre appuient une interprétation littérale de l’art. 5, à savoir que l’employeur doit seulement « écouter » ou « lire » les revendications et « informe[r] l’association d’employés par écrit » si elles sont présentées par écrit.

[290] Dans la mesure où la Juge en chef et le juge LeBel estiment que l’employeur agricole, en Ontario, est tenu de négocier avec ses employés collectivement, la réparation appropriée devrait être de déclarer inconstitutionnelle la *LPEA* dans son libellé actuel et d’ajouter expressément un texte autorisant le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales à obliger l’employeur à négocier avec ses employés collectivement. En toute déférence, j’estime que la démarche de mes collègues va au-delà des règles habituelles d’interprétation; elle revient à inscrire dans la

Act unconstitutional. The remedial approach of the Chief Justice and LeBel J. is, in my respectful view, entirely novel and unprecedented.

[291] As I have explained earlier, the proper judicial approach in matters of labour relations law is deference to the legislature. The imposition of a duty to bargain in good faith, like many other aspects of labour relations law, has the potential to reshape the economic landscape of entire industries by strengthening the position of organized labour. Such an outcome may be desirable, but the courts are not well suited to determining whether or not it is. Decisions of this kind require a balancing of interests rather than the application of legal principles, and they are best made after having consulted with and receiving representations from the various stakeholders whose livelihoods and economic interests are likely to be affected. Courts do not have the expertise or the institutional capacity to undertake such a process and thus are not well equipped to make an informed decision. If a duty to bargain in good faith is to be imposed, it should be by the legislature and not the court.

[292] The Chief Justice and LeBel J. say that the freedom to engage in a coordinated attempt to negotiate with one's employer is "meaningless" if it is not backed up by a reciprocal duty on the part of the employer. I cannot agree. The right to make representations in association is not meaningless. It is meaningful because of the increased persuasive weight carried by collective representations rather than individual representations. Indeed political parties are formed on this precise premise. As Le Dain J. noted in the *Alberta Reference*, at p. 391:

... the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted. . . . It is a freedom that has been suppressed in varying degrees from time to time by totalitarian regimes.

*LPEA* l'obligation implicite de négocier collectivement sans déclarer la loi inconstitutionnelle. À mon humble avis, la réparation que préconisent la Juge en chef et le juge LeBel est tout à fait nouvelle et inédite.

[291] Comme je l'explique précédemment, les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'endroit du législateur en matière de relations de travail. L'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi, comme bien d'autres volets du droit du travail, risque de modifier le contexte économique de secteurs d'activité en entier en renforçant la position des associations d'employés. Un tel résultat est peut-être souhaitable, mais les tribunaux ne sont pas à même d'en décider. Ce genre de décision nécessite une pondération d'intérêts plutôt qu'une application de principes juridiques, et il est préférable de trancher après consultation des divers intéressés dont le gagne-pain et les intérêts économiques sont susceptibles d'être touchés, et après examen de leurs observations. Les tribunaux n'ont ni l'expertise ni les moyens organisationnels requis pour entreprendre une telle démarche et ils ne sont donc pas à même d'arriver à une décision éclairée. Si l'obligation de négocier de bonne foi doit être imposée, elle doit l'être par le législateur et non par une cour de justice.

[292] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que la liberté de tenter collectivement de négocier avec l'employeur est « vide de sens » si elle ne se double pas d'une obligation réciproque faite à ce dernier. Je ne suis pas d'accord. Le droit de s'associer pour présenter des observations n'est pas dépourvu de sens. Au contraire, il est réel, car les observations présentées collectivement ont une plus grande force persuasive que celles présentées individuellement, ce qui explique d'ailleurs l'existence de partis politiques. Comme le fait observer le juge Le Dain dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 391 :

... la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise. [ . . . ] C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à l'occasion par des régimes totalitaires.

[293] Canadians are accustomed to sound government and the respect for our personal liberties. For this reason, basic freedoms that are essential to the preservation of an open and democratic society may come to be taken for granted and their constitutional protection thought of as meaningless. However, freedom, unconstrained by oppressive government, is, indeed, more than meaningful. It is invaluable.

[294] Accordingly, on the matter of s. 2(d) of the *Charter*, I find that I cannot agree with the Chief Justice and LeBel J.

[295] I am in agreement with the Chief Justice and LeBel J. as to their disposition of the issues under s. 15. On the record before this Court, the category of “agricultural worker” does not rise to the level of an immutable (or constructively immutable) personal characteristic of the sort that would merit protection against discrimination under s. 15.

#### VIII. Conclusion

[296] For these reasons, I would dispose of the constitutional questions in the same way as the Chief Justice and LeBel J., allow the appeal and restore the judgment of Farley J.

The following are the reasons delivered by

[297] DESCHAMPS J. — Canadian labour law is not static. Over the years, some of the changes in this field have been reflected in judicial decisions, such as those on freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, fed expectations, but it also caused some bewilderment. More importantly, it generated an unnecessary debate about whether a duty to bargain in good faith has been imposed on employers. I will begin by demonstrating why, in my view, the case at bar can and should be resolved on the basis of the answers this Court actually gave to the questions raised in *Health Services*, in which

[293] Bon gouvernement et respect des libertés individuelles vont de soi pour les Canadiens. C’est pourquoi il peut arriver que les libertés fondamentales essentielles à la préservation d’une société ouverte et démocratique ne soient pas appréciées à leur juste valeur et que leur protection constitutionnelle paraisse dépourvue de sens. Toutefois, la liberté dont l’exercice n’est pas entravé par un gouvernement oppressif est non seulement réelle, elle est inestimable.

[294] Par conséquent, en ce qui concerne l’al. 2d) de la *Charte*, je ne peux me rallier à mes collègues la Juge en chef et le juge LeBel.

[295] Je souscris à leur décision quant à ce qui relève de l’application de l’art. 15. Au vu du dossier, la fonction de « travailleur agricole » ne confère pas une caractéristique personnelle immuable (ou considérée comme immuable) justifiant la protection contre la discrimination garantie à l’art. 15.

#### VIII. Conclusion

[296] Pour ces motifs, je suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que l’ont fait la Juge en chef et le juge LeBel, d’accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Farley.

Version française des motifs rendus par

[297] LA JUGE DESCHAMPS — Le droit canadien du travail n’est pas immuable. Au fil des ans, son évolution est reflétée dans la jurisprudence, par exemple dans les décisions portant sur la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, a nourri des attentes, mais il a aussi causé un certain étonnement. Mais surtout, il a suscité un débat inutile quant à savoir si l’employeur avait désormais l’obligation de négocier de bonne foi. Je vais d’abord démontrer pourquoi, à mon avis, le présent litige peut et devrait être tranché à partir des réponses effectivement

the issue of an employer's duty to bargain in good faith was not even raised. I will then briefly explain why I am of the view that the analytical framework articulated by the Court in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, should be limited to the context of that case.

### I. Interpreting *Health Services*

[298] When the case at bar was heard by the Ontario Superior Court of Justice ((2006), 79 O.R. (3d) 219), this Court's judgment in *Health Services* had not yet been released. The issue put to Farley J. at that time was whether the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), was consistent with this Court's decision in *Dunmore*. *Health Services* was released after Farley J.'s judgment, but before the Court of Appeal heard the appeal in the case at bar (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). As a result of comments made by the majority in *Health Services*, the case proceeded down a completely different path in the Court of Appeal, where the issue was whether union exclusivity, majoritarianism and mechanisms for resolving bargaining impasses and disputes — all parts of the "Wagner model" on which Canadian labour law statutes are based — were required by the *Charter*.

[299] At first glance, the Ontario Court of Appeal's affirmative response to this question is so far removed from any conclusion reached in *Health Services* that it seems surprising. After all, the majority in *Health Services* made it crystal clear that no specific model of labour relations is protected by s. 2(d) of the *Charter*, as they said: "... the right is to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method" (para. 91). By so stating, the majority of this Court were indicating that the Wagner model is not enshrined in the *Charter*. However, considering the predominance of the Wagner model in Canadian labour law, it is easy to see how Winkler C.J.O. reached

données par notre Cour aux questions soulevées dans *Health Services*, un dossier où l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi n'avait même pas été alléguée. Ensuite, j'expliquerai brièvement les raisons pour lesquelles j'estime qu'il faut limiter l'application du cadre analytique établi par la Cour dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, au contexte de cette affaire.

### I. Interprétation de l'arrêt *Health Services*

[298] Le juge Farley de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ((2006), 79 O.R. (3d) 219) a entendu l'affaire avant que notre Cour ait rendu l'arrêt *Health Services*. Il était alors appelé à décider si la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), était conforme à l'arrêt *Dunmore*. Le jugement dans l'affaire *Health Services* a été rendu après la décision du juge Farley, mais avant l'audition devant la Cour d'appel dans la présente affaire (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). En raison de certaines observations des juges majoritaires dans *Health Services*, le débat en Cour d'appel a pris une tournure complètement différente. Le débat a porté sur la question de déterminer si la *Charte* consacre le monopole d'un syndicat et le vote majoritaire et si elle exige des mécanismes permettant de dénouer les impasses et de résoudre les différends — trois éléments du « modèle Wagner » qui constitue l'assise des lois du travail au Canada.

[299] Au premier coup d'œil, la réponse affirmative de la Cour d'appel de l'Ontario a si peu à voir avec quelque conclusion tirée dans *Health Services* qu'elle en est surprenante. Après tout, il ressort on ne peut plus clairement de cet arrêt que l'al. 2d) de la *Charte* ne protège pas un modèle particulier de relations du travail. Pour reprendre les propos des juges majoritaires dans cette affaire : « [l'al. 2d)] 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 » (par. 91). Ils précisent donc que la *Charte* ne consacre pas le modèle Wagner. Or, vu la prédominance de ce modèle en droit canadien du travail, on peut

the conclusion that the majority in *Health Services* must have been contemplating exclusivity, majoritarianism and mechanisms for resolving bargaining impasses and disputes at the same time as they discussed the duty to bargain in good faith. In my view, the holding in *Health Services* does not have the broad scope being attributed to it by the majority in the case at bar and, in particular, does not extend to imposing a duty on employers to bargain in good faith. I find that the *AEPA* is consistent with this Court's conclusion in *Dunmore* and would therefore allow the appeal, but for different reasons than the majority.

[300] My reading of *Health Services* is that it represents a step forward in the recognition of collective activities: joining individual voices through collective bargaining to achieve common goals is protected by the *Charter*. In that case, I endorsed the view, which I still hold, that:

- (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;
- (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
- (3) the right places constraints on the exercise of legislative powers in respect of the collective bargaining process. [para. 174]

[301] This incremental interpretation of s. 2(d) of the *Charter* was sufficient to dispose of the questions raised in *Health Services* and is also sufficient to dispose of those raised in this appeal. It leaves it up to the legislatures to make the difficult policy choices that must be made in order to achieve economic balance in labour law. This interpretation is also consistent with the restraint courts show in resolving the issues raised by the parties before them. The approach should not differ in cases involving constitutional interpretation.

facilement expliquer la conclusion du juge en chef Winkler, à savoir que les juges majoritaires dans *Health Services*, lorsqu'ils ont examiné l'obligation de négocier de bonne foi, ont dû envisager le monopole d'un syndicat, le vote majoritaire et les mécanismes permettant de dénouer les impasses et de résoudre les différends. À mon avis, la décision rendue dans *Health Services* n'a pas la vaste portée que lui attribuent les juges majoritaires en l'espèce, et, tout particulièrement, elle n'a pas pour effet d'étendre aux employeurs l'obligation de négocier de bonne foi. J'estime que la *LPEA* respecte la conclusion de la Cour dans *Dunmore* et je suis aussi d'avis d'accueillir l'appel, mais pour d'autres motifs que les juges majoritaires.

[300] Selon moi, l'arrêt *Health Services* représente une étape importante dans la reconnaissance des activités collectives : la *Charte* protège le regroupement de voix individuelles par la négociation collective en vue de la réalisation d'objectifs communs. J'y exprimais l'avis suivant, auquel j'adhère toujours :

- (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.
- (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.
- (3) Le droit en cause restreint le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective. [par. 174]

[301] Cette interprétation évolutive de l'al. 2d) de la *Charte* suffisait pour trancher le litige dans *Health Services*, et elle suffit aussi en l'espèce. Elle laisse le soin au législateur de faire les choix politiques difficiles qui s'imposent pour établir un équilibre entre les forces économiques qui s'opposent en droit du travail. Elle est également empreinte de la déférence dont font preuve les tribunaux pour trancher les questions que soulèvent les parties, une déférence qui demeure de mise en matière d'interprétation constitutionnelle.



[302] As the majority in the instant case note (at para. 80), in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, LeBel J. acknowledged the existence of a judicial policy of non-intervention in labour relations. He made the following comment in that case:

Looking back over nearly 20 years of the application of the *Charter*, it is clear that this Court has been reluctant to accept that the whole field of labour relations should fall under the constitutional guarantee of s. 2(d). The law of collective bargaining, as it has developed in Canada since the Depression beginning in 1929 and the Second World War, as well as union and employer conflicts like strikes and lockouts, have been left largely to legislative control based on government policy. Laws restricting the choice of a bargaining agent or forbidding strikes and lockouts were deemed not to engage the guarantee of freedom of association as such. The social and economic balance between employers and their collective unionized employees was viewed as a question of policy making and management of sharply conflicting interests. Thus, it was thought more appropriate to leave the resolution of such conflicts and the policy choices they required to the political process. [para. 156]

Where the economic balance is concerned, I share the view expressed by LeBel J. in *Advance Cutting*:

Legislatures are entitled to a substantial, though not absolute, degree of latitude and deference, to settle social and economic policy issues (*RJR-MacDonald*, at para. 134, *per* McLachlin J.). Courts should be mindful to avoid second-guessing legislatures on controversial and complex political choices (*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 79, *per* Cory and Iacobucci JJ.). As discussed above, the jurisprudence acknowledges that legislative policy-making in the domain of labour relations is better left to the political process, as a general rule. [para. 257]

[303] An approach to constitutional interpretation similar to the one I set out above would have ensured a softer landing for *Health Services*. I readily acknowledge that the commentary on that decision was not unanimous. The Chief Justice and LeBel J. refer to the authors whose comments were mostly favourable, while Rothstein J. refers to those who were mostly unfavourable. I disagree

[302] Comme le font remarquer les juges majoritaires dans le présent dossier (par. 80), dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, le juge LeBel reconnaît l'existence d'un principe de non-intervention des tribunaux dans les relations du travail :

Il ressort clairement de l'examen de l'application de la *Charte*, sur près de 20 ans, que notre Cour hésite à accepter que l'ensemble du domaine des relations du travail soit visé par la garantie constitutionnelle de l'al. 2d). Le droit de la négociation collective, tel qu'il a évolué au Canada, depuis la Dépression qui commença en 1929 et la Seconde Guerre mondiale, de même que les conflits entre syndicats et employeurs, comme les grèves et les lock-out, ont été laissés dans une large mesure au contrôle du législateur, fondé sur les orientations de la politique gouvernementale. Les lois restreignant le choix de l'agent négociateur ou interdisant les grèves et les lock-out étaient réputées ne pas mettre en jeu la garantie de liberté d'association en soi. L'équilibre social et économique entre les employeurs et leurs employés syndiqués était considéré comme un problème d'élaboration de politiques publiques et de gestion d'intérêts nettement divergents. On a donc jugé préférable de laisser au processus politique le règlement de ces conflits et les choix de politique que ceux-ci exigeaient. [par. 156]

Au sujet de l'équilibre économique, je fais mienne l'opinion du juge LeBel dans ce même arrêt :

Le législateur a droit à un degré de latitude et de retenue important, mais pas absolu, de la part des tribunaux pour régler les questions de politique sociale et économique (*RJR-MacDonald*, par. 134, le juge McLachlin). Les tribunaux doivent se garder de se substituer, après coup, aux législateurs relativement à leurs choix politiques controversés et complexes (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 79, les juges Cory et Iacobucci). Comme je l'ai mentionné précédemment, la jurisprudence reconnaît qu'il vaut généralement mieux laisser au processus politique le soin d'élaborer les principes directeurs en matière de législation dans le domaine des relations du travail. [par. 257]

[303] Si dans *Health Services* les juges majoritaires avaient eu recours à une interprétation constitutionnelle semblable à celle que je décris ci-dessus, leur décision n'aurait pas suscité tant de controverse. Je reconnais d'emblée que les critiques dont a fait l'objet la décision ne sont pas unanimes. La Juge en chef et le juge LeBel renvoient aux auteurs dont les commentaires sont favorables dans l'ensemble, et le

with the expansive approach taken by the majority in the case at bar and with the use they make of *Health Services*. A more prudent approach, one that would be consistent with this Court's jurisprudence on s. 2(d) and with the issues the Court actually considered in that case, would be to restrict the *ratio* of *Health Services* to the questions actually raised and the answers actually given in that case.

[304] In *Health Services*, the claimants asked this Court to declare that the government had interfered with their right to unite to achieve common goals. While they recognized that under most Canadian labour law statutes, employers had an obligation to bargain in good faith, the claimants were not seeking a declaration characterizing this obligation as a constitutional one. Neither the British Columbia Supreme Court nor the Court of Appeal dealt with a duty on employers to bargain in good faith, because this subject was quite simply not raised. Indeed, it was in its legislative capacity — not as an employer — that the government had interfered with the employee's rights. Therefore, the majority in *Health Services* did not need to comment on or make findings in respect of whether the government, as an employer, had a duty to negotiate in good faith. There was thus no need to *impose* a *Charter*-based *duty* to bargain on employers. *A fortiori*, there was no need to import, together with this duty, the *good faith* element that is one of the hallmarks of the Wagner model and that inevitably entails a number of statutory components. I cannot therefore agree with the majority in the case at bar that *Health Services* imposes constitutional duties “on governments as employers” (para. 73).

[305] All that was required by the questions raised in *Health Services* was a finding that since the employees had a constitutional right to engage in associational activities and act in common to reach common goals, the legislature could not interfere with their right (i) by prohibiting them from

juge Rothstein, à ceux dont les opinions sont pour la plupart défavorables. Je ne peux souscrire à l'interprétation large que préconisent les juges majoritaires en l'espèce, ni à leur application de l'arrêt *Health Services*. Une approche plus prudente, compatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 2d) et axée sur le véritable objet du litige dans cette affaire, consiste à s'en tenir à la décision rendue à l'égard des questions effectivement soulevées dans *Health Services*.

[304] Dans *Health Services*, les appelants demandaient à notre Cour de déclarer que l'État avait entravé l'exercice de leur droit de s'unir en vue d'atteindre des objectifs communs. Certes, ils reconnaissaient que la plupart des lois canadiennes du droit du travail obligent l'employeur à négocier de bonne foi, mais ils ne demandaient pas à la Cour de déclarer que cette obligation avait un fondement constitutionnel. En fait, ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ni la Cour d'appel n'ont abordé la question de l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi, car elle ne leur avait pas été soumise. En effet, dans *Health Services*, c'était à titre de législateur — et non d'employeur — que l'État avait entravé l'exercice des droits des employés. Par conséquent, les juges majoritaires n'étaient pas requis de commenter ou de tirer des conclusions concernant la question de savoir si, en tant qu'employeur, l'État avait l'obligation de négocier de bonne foi. Il n'était donc pas nécessaire d'*imposer* à l'employeur une *obligation* de négocier fondée sur la *Charte*. Il n'était, à plus forte raison, pas nécessaire de préciser qu'il s'agissait d'une obligation de négocier de *bonne foi*, une caractéristique propre au modèle Wagner et qui emporte forcément la reconnaissance d'un certain nombre d'éléments d'origine législative. C'est pourquoi je ne puis convenir avec les juges majoritaires en l'espèce que l'arrêt *Health Services* impose des obligations constitutionnelles « aux gouvernements à titre d'employeurs » (par. 73).

[305] Tout ce qui était requis par les questions posées dans *Health Services* était de conclure que, vu le droit constitutionnel des employés de participer à des activités associatives et d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs, le législateur ne pouvait entraver le droit des employés

addressing certain issues in the collective bargaining process; and (ii) by cancelling negotiated provisions in the agreements and thereby rendering the process meaningless. By enacting legislation that had prohibited the negotiation of certain issues in the course of *Charter*-protected associational activities and rendering useless the efforts expended to achieve a negotiated agreement on certain subjects, the legislature had interfered with their right. This conclusion did not depend on the employer's being under a duty to bargain in good faith.

[306] In the case at bar, the issue is similar to the one in *Health Services* in that it concerns legislative action, but it is not, as the Chief Justice and LeBel J. put it, whether the "AEPA provides a process that satisfies" "the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith" (para. 99). Although the right of employees to have their views considered in good faith may well flow from certain comments made in *Health Services*, they do not flow from the issues raised in that case. The duty to act in good faith is part and parcel of a web of statutory components. It should not be found to be a constitutional requirement in the instant case.

[307] To frame the issue in this case, the AEPA must be situated in its context. The AEPA is the response of the Ontario legislature to this Court's decision in *Dunmore*. In that case, agricultural workers had been excluded from the general statutory regime and had suffered from the statute's underinclusiveness. The expanded definition of "freedom of association" that resulted from *Health Services* has no bearing on the protection the Ontario legislature must provide to agricultural workers. The reason is that *Dunmore* purported to impose on the Ontario legislature an obligation to provide agricultural workers with more than what had until then been considered to be included in the scope of the constitutionally protected right to associate. Indeed, the decision in *Dunmore*, which was consistent with *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 10, was based on the premise that s. 2(d) "exists independently of any legislative framework". However,

(i) par l'interdiction de la négociation collective de certaines questions et (ii) par l'annulation des dispositions des conventions collectives qui prive de sens ce processus. En adoptant une loi qui soustrayait certaines questions à l'activité associative par ailleurs protégée par la *Charte* et en rendant futiles les efforts déployés pour négocier certains sujets, le législateur avait effectivement porté atteinte au droit des employés. Or, pour conclure en ce sens, nul n'était besoin de déterminer si l'employeur avait l'obligation de négocier de bonne foi.

[306] La présente affaire est analogue à *Health Services* en ce sens qu'elle porte sur l'action législative, mais la Juge en chef et le juge LeBel ont tort de considérer que le litige réside dans la question de savoir si « la LPEA prévoit un processus » qui respecte « le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi » (par. 99). Le droit des employés à l'examen de bonne foi de leurs revendications par l'employeur peut peut-être s'inférer de remarques formulées dans l'arrêt *Health Services*, mais pas des réponses aux questions qui y étaient soulevées. Si l'obligation d'agir de bonne foi s'inscrit dans un faisceau de dispositions législatives, il ne saurait être question en l'espèce de la tenir pour constitutionnelle.

[307] Pour cerner la question en litige en l'espèce, il faut replacer la LPEA dans son contexte. Par l'adoption de cette loi, le législateur ontarien donnait suite à la décision de notre Cour dans l'affaire *Dunmore*. Dans cette affaire, les travailleurs agricoles avaient été exclus de la législation générale du travail et en subissaient un préjudice. L'élargissement de la définition de « liberté d'association » résultant des conclusions prononcées dans *Health Services* n'a aucune incidence sur la protection que le législateur ontarien doit accorder aux employés agricoles. En effet, l'arrêt *Dunmore* avait pour objet d'imposer à la législature ontarienne l'obligation d'offrir à cette catégorie de travailleurs une protection supérieure à celle que l'on considérait jusqu'alors découler de la liberté d'association garantie par la Constitution. L'arrêt *Dunmore*, qui s'inscrivait dans la foulée de l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, au par. 10, avait effectivement pour prémisse que l'al. 2d) « existe en dehors de

it was held that agricultural workers should be afforded greater protection because they were vulnerable and were substantially unable to exercise their constitutional right without the support of a legislative framework.

[308] As I explained above, in my view, the effect of *Health Services* is that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. This delineation of the scope of freedom of association does not entail a more expansive protection than the legislative framework mandated by *Dunmore* for the agricultural workers. Therefore, if the *AEPA* complies with *Dunmore*, it will necessarily comply with the *Charter*. To answer the question in the case at bar, there is no need to import a duty to bargain in good faith. I cannot therefore agree with the statement of the majority in the case at bar that, “[s]ince *Health Services*, it has been clear that [a meaningful exercise of the right to associate] requires employers to consider employee representations in good faith” (para. 104).

[309] I would be remiss were I not to mention the observation of the majority in *Health Services* (at para. 88) that, owing to s. 32 of the *Charter*, “a private employer is not bound” by s. 2(d) seems to have been lost in the case at bar. The requirement created by the majority in the instant case (at para. 73) that the legislature “impose statutory obligations on employers” to conduct good faith negotiations cannot be found in *Health Services*. As a result of this new requirement, Parliament and the legislatures will now, subject to justification under s. 1 of the *Charter*, have a constitutional obligation to ensure that their Wagner-based labour legislation includes *all* employees. The irony of this result is that no such obligation was sought by the claimants either in *Dunmore* or in *Health Services*, the very cases on which the majority now rely to support their statement in this appeal.

tout cadre législatif ». Or, les employés agricoles avaient besoin d’une protection accrue parce qu’ils étaient vulnérables et qu’il leur était essentiellement impossible d’exercer leur droit constitutionnel sans l’appui de la loi.

[308] Comme je l’ai expliqué ci-dessus, suivant l’arrêt *Health Services*, la liberté d’association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d’agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d’emploi. Définie de la sorte, la liberté d’association ne nécessite pas une protection plus grande que celle prévue par le cadre législatif dont la Cour ordonne l’adoption dans l’arrêt *Dunmore* pour régir les employés agricoles. Par conséquent, si la *LPEA* respecte les principes énoncés dans l’arrêt *Dunmore*, elle est forcément conforme à la *Charte*. Il n’est pas nécessaire d’intégrer quelque obligation de négocier de bonne foi pour statuer en l’espèce. C’est pourquoi je ne peux souscrire à l’énoncé des juges majoritaires selon lesquels « [d]epuis l’arrêt *Health Services*, il est clair que l’employeur doit [du fait de l’exercice véritable du droit de s’associer] examiner de bonne foi les observations de ses employés » (par. 104).

[309] Je ne saurais passer sous silence l’observation des juges majoritaires dans *Health Services* selon laquelle, vu l’application de l’art. 32 de la *Charte*, « [u]n employeur du secteur privé n’est pas lié par l’al. 2d » (par. 88). La remarque semble omise du raisonnement qu’ils tiennent en l’espèce. L’affirmation des juges majoritaires dans le présent dossier (par. 73) qu’il incombe aux législateurs d’imposer à tous les employeurs de négocier de bonne foi ne trouve aucun fondement dans *Health Services*. Au vu de cette obligation nouvelle, les législateurs fédéral et provinciaux devraient dorénavant, pour respecter la Constitution, faire en sorte que leur législation axée sur le modèle Wagner s’applique à *tous* les employés, sauf justification au regard de l’article premier. Le résultat est ironique dans la mesure où nul n’avait demandé la reconnaissance d’une telle obligation dans les affaires *Dunmore* et *Health Services*, celles-là mêmes qu’invoquent aujourd’hui les juges majoritaires en se prononçant en l’espèce.

[310] If Parliament and the legislatures are required to impose, in their statutory schemes, a duty on employers to bargain in good faith, this duty will apply to all public and private sector employees. *Dunmore*, which concerned the exclusion of a group of employees who required assistance to exercise their constitutional right to associate, will now apply to all Canadian employees regardless of whether they need such support to exercise their s. 2(d) right (see *Delisle*). This being so, the Court will be making a policy decision in the place of Parliament and the legislatures. I would prefer to exercise restraint in such a case.

[311] Because my interpretation of *Health Services* is based on the questions that were actually raised in that case and the answers the Court actually gave to those questions, I am of the view that in the instant case, the *AEPA* has not been proven to violate the employees' right to associate. Section 1 of the *AEPA* lists the rights of agricultural employees as follows: (1) the right to form or join an employees' association; (2) the right to participate in the lawful activities of an employees' association; (3) the right to assemble; (4) the right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment; and (5) the right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights. Farley J. pointed out that *Dunmore* did not require the "legislation . . . to incorporate a complete panoply of collective bargaining rights" (para. 22) and found that the impugned legislation met the standards established in *Dunmore*. I agree with Farley J., and I respectfully disagree with the Court of Appeal's interpretation.

[312] Since *Dunmore* remains central to this appeal, I must comment briefly on the approach taken in that case.

## II. Approach From *Dunmore*

[313] In *Health Services* (at para. 176), I voiced concerns about the majority's adoption of a criterion

[310] Si les législateurs fédéral et provinciaux doivent prévoir dans leur régime législatif respectif l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi, tous les employés, du secteur public et du secteur privé, peuvent en demander le respect. L'arrêt *Dunmore*, rendu à l'égard d'un groupe d'employés exclus de la législation générale du travail et qui avaient besoin de soutien pour exercer leur droit constitutionnel de s'associer, vaut désormais pour tous les employés canadiens, peu importe qu'ils aient besoin ou non de l'appui de l'État pour exercer la liberté que leur garantit l'al. 2d) (voir *Delisle*). De ce fait, les juges majoritaires prennent une décision politique qui devrait revenir aux législateurs fédéral et provinciaux. Je préférerais m'en abstenir en l'espèce.

[311] Comme j'interprète l'arrêt *Health Services* en fonction des questions effectivement soulevées et tranchées dans ce dossier, j'estime qu'il n'est pas démontré en l'espèce que la *LPEA* contrevient au droit des employés de s'associer. L'article premier de la *LPEA* énumère ainsi les droits des travailleurs agricoles : (1) le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association; (2) le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés; (3) le droit de réunion; (4) le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi; (5) le droit d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination. Le juge Farley souligne que l'arrêt *Dunmore* n'exige pas que [TRADUCTION] « la loi comprenne toute la panoplie des droits de négociation collective » (par. 22). À son avis, la loi contestée respecte cet arrêt. Je suis d'accord avec lui et, avec respect pour leur opinion, je rejette l'interprétation des juges de la Cour d'appel.

[312] Comme l'arrêt *Dunmore* demeure au cœur du présent pourvoi, il me paraît utile de commenter brièvement l'approche dans ce dossier.

## II. L'approche de l'arrêt *Dunmore*

[313] Dans *Health Services* (par. 176), j'ai émis des réserves au sujet de l'emprunt, par les juges

used in *Dunmore* to determine whether the government had infringed a *Charter* right. Even though both cases are based on compelling facts, principles should not be imported from one context into another that is not analogous to it. As I explained above, a similar unwarranted importation of principles can be observed in the case at bar. But there is more.

[314] It is helpful to recall that, as noted by Judy Fudge, “[a]t issue in *Dunmore* was the total exclusion of agricultural workers in Ontario from any form of labour legislation that protected them against employer retaliation from joining and participating in a trade union. The union did not ask for collective bargaining rights” (“The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond” (2008), 37 *Indus. L.J.* 25, at p. 30).

[315] *Dunmore* was obviously a difficult case. At its heart was the economic inequality being suffered by agricultural workers. While labour law is to some extent always about economic inequality, this issue does not occupy the forefront of every battle. *Health Services* was not primarily about economic inequality — it concerned legislative interference with both existing and future collective agreements. Although economic inequality has the potential to undermine the peaceful foundations of democratic societies, economic equality is not an “equality right” for the purposes of s. 15 of the *Charter*. In addition, even though labour law provides tools that help reduce economic inequality, not all aspects of labour law are protected by the *Charter* (see *Health Services*, at para. 19). Finally, employment status is not, at least not at this time, regarded as an analogous ground for the purposes of s. 15 of the *Charter*.

[316] *Dunmore* was based on the distinction between positive and negative rights. In my view,

majoritaires, d’une norme employée dans l’arrêt *Dunmore* pour déterminer si une mesure gouvernementale contrevient à un droit garanti par la *Charte*. Même si, dans les deux affaires, les faits paraissaient irrésistibles, il n’était pas justifié de transposer d’une affaire à l’autre des principes énoncés pour des problèmes différents. Comme je l’ai expliqué ci-dessus, le présent dossier comporte une autre transposition induite. Mais ce n’est pas tout.

[314] Pour reprendre les propos utiles de Judy Fudge, [TRADUCTION] « [d]ans *Dunmore*, le litige portait sur l’exclusion totale des employés agricoles ontariens du régime légal de relations du travail qui aurait pu les protéger contre les représailles de leur employeur s’ils avaient adhéré à un syndicat et participé à ses activités. Le syndicat ne demandait pas de droits de négociation collective » (« The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond » (2008), 37 *Indus. L.J.* 25, p. 30).

[315] À l’évidence, l’affaire *Dunmore* était délicate, car elle avait pour origine l’inégalité économique des employés agricoles. Si, dans une certaine mesure, la question de l’égalité économique est toujours en cause en droit du travail, elle n’occupe pas l’avant-scène dans chaque conflit. En effet, *Health Services* n’intéressait pas principalement l’inégalité économique, mais portait sur l’atteinte par voie législative aux conventions collectives existantes et ultérieures. Même si l’inégalité économique est susceptible de miner les fondements pacifiques de nos sociétés démocratiques, l’égalité économique ne constitue pas l’un des « droits à l’égalité » garantis à l’art. 15 de la *Charte*. En outre, même si le droit du travail offre des outils qui contribuent à atténuer la disparité des revenus, tous ses aspects ne bénéficient pas de la protection de la *Charte* (voir *Health Services*, par. 19). Enfin, la situation professionnelle n’est pas reconnue — du moins pas pour l’instant — comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15 de la *Charte*.

[316] L’arrêt *Dunmore* repose sur la distinction entre droits positifs et droits négatifs. À mon sens,

using this distinction as a basis for finding that s. 2(d) has been infringed involves some difficulty. Both the commentary and the case law provide sufficient justification for exercising caution before adopting an approach that relies on the positive-negative distinction, particularly when the claim concerns state action or inaction. Stephen Holmes and Cass R. Sunstein express this eloquently in *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1999), at pp. 43-44:

Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights.

. . . That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials.

This brings to mind Cory and Iacobucci JJ.'s response in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56, to an argument that was analogous to the positive-negative rights dichotomy:

It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction.

[317] Distinguishing between the freedom to exercise a right without state interference and the right to exercise a freedom unhampered by state action or inaction diverts the discussion from the substance of the actual protection afforded by the *Charter*. In our society, government activity is pervasive and unavoidable: see S. Bandes, "The Negative Constitution: A Critique" (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271, at p. 2285, and *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation*

il est périlleux de recourir à cette distinction pour déterminer s'il y a atteinte à l'al. 2d). La doctrine et la jurisprudence nous justifient amplement de faire preuve de prudence avant de s'engager dans une démarche fondée sur une telle distinction, en particulier lorsqu'une action ou une omission de l'État est en cause. Stephen Holmes et Cass R. Sunstein l'affirment d'ailleurs avec éloquence dans *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes* (1999), p. 43-44 :

[TRADUCTION] L'individu ne jouit d'un droit, au sens juridique et non moral, que lorsque le préjudice qu'il subit est susceptible de réparation équitable par l'État. Ce seul énoncé fait ressortir les lacunes de la distinction entre droits positifs et droits négatifs. Il montre que tout droit légalement susceptible d'exécution est forcément positif.

. . . On ne peut donc faire respecter la liberté personnelle en empêchant seulement l'État d'entraver la liberté d'action et d'association. Le droit de ne pas être importuné par un représentant de l'État n'existe tout simplement pas.

Ces propos rappellent l'accueil que les juges Cory et Iacobucci, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56, réservent à une thèse semblable à celle fondée sur la distinction entre droits positifs et droits négatifs :

On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique.

[317] Distinguer entre la liberté d'exercer un droit et le droit d'exercer une liberté, sans entrave active ou passive de l'État, risque de détourner le débat de la teneur réelle de la garantie constitutionnelle. Dans notre société, l'État est omniprésent : voir S. Bandes, « The Negative Constitution : A Critique » (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271, p. 2285, et *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-*

*of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 34.

[318] *Dunmore* was concerned with economic inequality. It was based on the notion that the *Charter* does not ordinarily oblige the government to take action to facilitate the exercise of a fundamental freedom. Recognition was given to the dichotomy between positive and negative rights. To get around the general rule, a somewhat convoluted framework was established for cases in which the vulnerability of a group justified resorting to government support. I agree with B. Langille, “The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It” (2009), 54 *McGill L.J.* 177, that this detour appears to have been an artifice designed to sidestep the limits placed on the recognition of analogous grounds for the purposes of s. 15.

[319] To redress economic inequality, it would be more faithful to the design of the *Charter* to open the door to the recognition of more analogous grounds under s. 15, as L’Heureux-Dubé J. proposed in *Dunmore*. Such an approach is preferable to relying on a distinction that does not rest on a solid foundation. This, of course, would entail a sea change in the interpretation of s. 15 of the *Charter*. The majority in the instant case resist such a change, referring to “Canadian values” and to the need to take a “generous and purposive” approach when interpreting *Charter* rights (at paras. 32, 90, 92 and 97), but to ensure consistency with the approach of the majority in *Health Services* (at paras. 81-96), they refer to equality in the s. 2(d) context without mentioning s. 15. My point here is not that each *Charter* protection should be interpreted in a formalistic manner. Rather, it is that if the law needs to move away from *Dunmore*’s distinction between positive and negative rights, this should not be accomplished by conflating freedom of association with the right to equality or any other *Charter* right that may be asserted by a litigant. An analysis based on principles grounding the protection of rights and freedoms offers a better prospect of judicial consistency than one based on the more amorphous notion of “Canadian values”.

*Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 34.

[318] Dans l’affaire *Dunmore*, l’inégalité économique était en cause. Cette décision est fondée sur une règle voulant que, généralement, la *Charte* n’oblige pas l’État à agir pour faciliter l’exercice d’une liberté fondamentale. La dichotomie droits positifs/droits négatifs y est reconnue. Pour contourner la règle générale, une grille d’analyse quelque peu alambiquée a été établie pour les cas où la vulnérabilité d’un groupe justifierait le recours à un soutien étatique. Je suis d’accord avec B. Langille (« The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177), que le recours à cette distinction constituait un moyen détourné de faire fi des décisions judiciaires qui délimitent les motifs analogues à ceux prévus à l’art. 15.

[319] Pour remédier à une inégalité économique, il serait plus conforme à la structure de la *Charte* de reconnaître de nouveaux motifs analogues comme la juge L’Heureux-Dubé le fait dans l’arrêt *Dunmore*. Une telle approche serait préférable à l’adoption d’une distinction dénuée d’assise solide. Or cela supposerait de modifier radicalement notre approche de l’interprétation de l’art. 15 de la *Charte*. Réfractaires à pareil changement, les juges majoritaires en l’espèce, excipant des « valeurs canadiennes » et de la nécessité d’une interprétation « généreuse et téléologique » des droits conférés par la *Charte* (par. 32, 90, 92 et 97) et soucieux de respecter la démarche de la majorité dans *Health Services* (par. 81-96), renvoient à des notions d’égalité pour l’application de l’al. 2d) sans faire mention de l’art. 15. Je ne suggère pas qu’il faille interpréter de manière formaliste chacune des garanties de la *Charte*. Je veux simplement signaler que, s’il est nécessaire de s’éloigner de la distinction entre droits positifs et droits négatifs utilisée dans *Dunmore*, il ne faudrait pas pour autant confondre droit à l’égalité et liberté d’association, ou tout autre droit protégé par la *Charte* susceptible d’être invoqué par une partie à un litige. L’analyse prenant appui sur les principes qui structurent la protection des droits et des libertés permet plus de cohérence judiciaire que celle qui repose sur la notion floue de « valeurs canadiennes ».



[320] For these reasons, I would allow the appeal and restore Farley J.'s judgment.

The following are the reasons delivered by

[321] ABELLA J. (dissenting) — I fully endorse the Chief Justice and LeBel J.'s discussion of *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391. I agree with them that by including protection for the process of collective bargaining, *Health Services* enhanced the scope of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* beyond the formalism assigned to it by this Court's 1987 labour Trilogy (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460). I am also in agreement with their criticisms of Rothstein J.'s decision to reconsider the correctness of *Health Services* on his own motion, in the absence of a request from any of the parties that he do so, and without an opportunity for them to address the issue.

[322] With the greatest respect, however, I do not agree that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), meets the new *Health Services* standard. I have great difficulty with stretching the interpretive process in a way that converts clear statutory language and express legislative intention into a completely different scheme. The AEPA does not protect, and was never intended to protect, collective bargaining rights.

### Background

[323] The AEPA was enacted in 2002 to respond to this Court's 2001 decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which held that s. 2(d) protected the right to *organize*. *Dunmore* was decided in accordance with the labour Trilogy, the then operative s. 2(d) paradigm. The Trilogy was widely taken as standing for the proposition that s. 2(d) did not include

[320] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du juge Farley.

Version française des motifs rendus par

[321] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je souscris entièrement à l'analyse que font la Juge en chef et le juge LeBel de l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391. Je conviens avec eux que cet arrêt, en conférant au processus de négociation collective la protection de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a élargi la portée de cette disposition au-delà du formalisme que lui avait attribué la trilogie de décisions en droit du travail rendues par la Cour en 1987 (*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). J'adhère également à leur critique de la décision du juge Rothstein de revenir de son propre chef sur le bien-fondé de l'arrêt *Health Services*, sans y être invité par les parties et sans que celles-ci aient eu l'occasion de présenter des observations à ce sujet.

[322] Toutefois, en toute déférence, je ne peux convenir que la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), respecte la nouvelle norme établie dans *Health Services*. J'ai beaucoup de difficulté à « étirer » le processus d'interprétation d'une façon qui transforme le libellé clair du texte législatif et l'intention explicite du législateur en un régime complètement différent. La LPEA ne protège pas les droits de négociation collective, et n'a jamais eu pour objet de les protéger.

### Contexte

[323] La LPEA a été adoptée en 2002 pour donner suite à l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour avait statué, l'année précédente, que l'al. 2d) protège le droit de *s'organiser*. L'affaire *Dunmore* a été tranchée en conformité avec la trilogie en droit du travail, le paradigme existant alors pour l'application de

protection for collective bargaining (*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367). The Trilogy was not challenged in *Dunmore*, and Bastarache J., writing for the majority, was explicit that he was not addressing whether collective bargaining was protected under s. 2(d). What was protected, in his view, was the following:

... I conclude that at minimum the statutory freedom to organize in ... the [*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A] ought to be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the association and to make representations, and the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of these freedoms. [Emphasis added; para. 67.]

[324] It is not surprising, therefore, that the 2002 *AEPA* contains no reference to a protection which made no appearance on the constitutional stage until 2007. Or that the trial judge's decision in 2006 in the case before us, applied the *Dunmore* "right to organize" template and found the legislation compliant with s. 2(d) ((2006), 79 O.R. (3d) 219).

[325] But by the time the Court of Appeal heard this case in 2008, *Health Services* had been decided, creating a completely different jurisprudential universe. That was the new s. 2(d) universe Winkler C.J.O. applied to the *AEPA* (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). He found the legislation wanting. I agree with him.

#### Analysis

[326] In granting constitutional protection to the process of collective bargaining under s. 2(d), *Health Services* found the duty to consult and negotiate in good faith to be a "fundamental precept" (para. 97). This does not guarantee that a collective agreement will be achieved, but good faith bargaining does require that the parties meet, engage in a meaningful dialogue, and make reasonable

l'al. 2d). Suivant l'interprétation largement répandue de la trilogie, l'al. 2d) ne protège pas la négociation collective (*Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367). La trilogie n'a pas été contestée dans *Dunmore*, et le juge Bastarache, au nom de la majorité, a indiqué expressément qu'il ne se prononçait pas sur la question de savoir si l'al. 2d) protège le droit à la négociation collective. Voici son avis sur ce qui est protégé par cette disposition :

... je conclus que, au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à [la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A], avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination. [Je souligne; par. 67.]

[324] Il n'est donc pas surprenant que la *LPEA* de 2002 ne fasse aucunement mention d'une protection qui n'est apparue sur la scène constitutionnelle qu'en 2007. Ou qu'en 2006, le juge de première instance dans la présente affaire ait appliqué le modèle du « droit de s'organiser » reconnu dans *Dunmore* et ait conclu que la loi respectait l'al. 2d) ((2006), 79 O.R. (3d) 219).

[325] Or, quand la Cour d'appel a examiné l'affaire, en 2008, l'arrêt *Health Services* avait été rendu et avait créé un univers jurisprudentiel entièrement différent. C'est ce nouvel univers entourant l'al. 2d) que le juge en chef de l'Ontario a appliqué à la *LPEA* (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). Le juge en chef Winkler a estimé cette loi déficiente. Je suis du même avis.

#### Analyse

[326] En accordant la protection constitutionnelle de l'al. 2d) au processus de négociation collective, dans *Health Services*, la Cour a jugé que l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi constitue un « précepte fondamental » (par. 97). Des négociations collectives menées de bonne foi ne garantissent pas qu'une convention collective sera effectivement conclue, mais elles exigent que les parties

efforts to arrive at a collective agreement (paras. 90 and 101). *Health Services* confirmed that this involves not only the employees' collective right, as confirmed in *Dunmore*, to organize and make representations, but also a corollary duty on the part of employers to meaningfully discuss, consult, and consider these representations:

... 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. . . . [T]he right to collective bargaining cannot be reduced to a mere right to make representations. [Emphasis added; para. 114.]

(See also para. 101.)

[327] This requirement of meaningful dialogic consultation has long been recognized in collective bargaining regimes: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 41; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101 (Ont.); George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at paras. 10.1710 and 10.1870-10.1920; Donald D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at paras. 621-22; Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 333-34; Elisheva (Elika) Barak-Ussoskin, "Collaboration in the Tripartite System: The Right to be Consulted and the Duty to Consult", in A. Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss* (2005), 439, at p. 445.

[328] If we then turn to the relevant language of the *AEPA* and its description of what is required of an employer, we find the following:

5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

se rencontrent, établissent un véritable dialogue et fassent un effort raisonnable pour arriver à une convention collective (par. 90 et 101). L'arrêt *Health Services* a confirmé qu'un tel exercice fait intervenir non seulement le droit collectif des employés de s'organiser et de présenter leurs revendications, qui a été reconnu dans *Dunmore*, mais également une obligation corrélative de l'employeur de participer à un exercice véritable de consultations, de discussions et d'examen de leurs revendications :

... 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. [ . . . ] [L]e droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications. [Je souligne; par. 114.]

(Voir également le par. 101.)

[327] Cette obligation de consultation sous forme de dialogue véritable est reconnue depuis longtemps dans les régimes de négociation collective : *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 41; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101 (Ont.); George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 10.1710 et 10.1870-10.1920; Donald D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2002), par. 621-622; Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 333-334; Elisheva (Elika) Barak-Ussoskin, « Collaboration in the Tripartite System : The Right to be Consulted and the Duty to Consult », dans A. Höland et autres, dir., *Employee Involvement in a Globalising World : Liber Amicorum Manfred Weiss* (2005), 439, p. 445.

[328] Si l'on se reporte aux dispositions pertinentes de la *LPEA*, voici les obligations auxquelles l'employeur est tenu :

5. (1) Un employeur donne à une association d'employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi d'un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

[329] The process created by these provisions is the following: an employees' association is entitled to make representations, either orally or in writing, about the terms and conditions of employment. If the representations are made orally, the employer is required to "listen" to them. If they are made in writing, the employer must "read" them and give the "employees' association" a written acknowledgment that the representations have been read. That is the full extent of the employer's duties — to listen, to read, and to acknowledge receipt. No response is required.

[330] If we compare these duties under the *AEPA* to the linguistic markers set out in *Health Services*, we find that the following language is missing in action: "negotiate", "meet", "good faith", "engage", "exchange", "dialogue", "consultation", "discussions", "consideration", "accommodation" and "union". Nor does the key word "bargaining" appear.

[331] Noting the absence in the *AEPA* of *Health Services*' collective bargaining vocabulary is not a criticism of the government's motives. The *AEPA* was the government's good faith — and, as the trial judge found, successful — implementation of how *Dunmore* had defined the scope of s. 2(d) in 2001. This does not, however, assist in determining whether it complies with the *revised* scope described in *Health Services*. The Ontario government obviously cannot be held responsible for the redefinition of s. 2(d) that intervened between the enactment and appellate review of the *AEPA*, but neither can courts disregard the applicable law because of its infelicitous timing. Since the applicable law for s. 2(d) is now found in *Health Services*, the *AEPA* must be scrutinized for compliance with

(5) L'association d'employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L'employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l'employeur informe l'association d'employés par écrit qu'il les a lues.

[329] Ces dispositions créent le processus suivant : une association d'employés peut présenter des observations oralement ou par écrit au sujet des conditions d'emploi. Si les observations sont présentées oralement, l'employeur les « écoute ». Si elles lui sont présentées par écrit, l'employeur les « lit » et informe par écrit « l'association d'employés » qu'il les a lues. Voilà en quoi consistent les obligations de l'employeur — écoute, lecture et confirmation de lecture. Aucune réponse de sa part n'est exigée.

[330] En comparant les obligations imposées par la *LPEA* aux repères linguistiques qui figurent dans l'arrêt *Health Services*, on constate que les termes suivants manquent à l'appel : « négocier », « rencontrer », « bonne foi », « participer », « échanger », « dialogue », « consultations », « discussions », « considérations », « accommodement » et « syndicat ». Le mot-clé « négociation » n'y figure pas non plus.

[331] Souligner l'absence dans la *LPEA* du vocabulaire des négociations collectives n'est pas une critique des motivations du gouvernement. Le gouvernement a édicté la *LPEA* de bonne foi — et avec succès, selon le juge de première instance — pour tenir compte de la portée de l'al. 2d), telle que l'a définie l'arrêt *Dunmore* en 2001. Toutefois, cela ne nous aide pas à déterminer si la loi respecte l'al. 2d) en fonction de sa portée *redéfinie* par *Health Services*. On ne saurait certes tenir rigueur au gouvernement de l'Ontario du fait que la portée de l'al. 2d) a été élargie entre l'adoption de la *LPEA* et le contrôle de sa validité par la Cour d'appel. Néanmoins, les tribunaux ne peuvent pas ignorer une règle de droit applicable, qui intervient à un moment malheureux. Comme ce sont désormais les

its principles. And since, on its face, *no* bargaining or consultation is required by the *AEPA*, let alone the good faith bargaining *Health Services* set out as a minimal constitutional protection, the *AEPA* violates s. 2(d) of the *Charter*.

[332] Not only is there clarity of language, there is also clarity of purpose. The government's intentions to exclude collective bargaining were forthright. The then Minister of Agriculture and Food, the Honourable Helen Johns, was unequivocal when she introduced the legislation in confirming that the legislation included *no* right to collective bargaining:

However, I need to make one thing very clear here. While an agricultural employee may join an association that is a union, the proposed legislation does not extend collective bargaining to agricultural workers.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, October 22, 2002, at p. 2339 (emphasis added))

This was based on the legislative goal of complying only with the rights required by *Dunmore*, rights which, as the Minister correctly noted, addressed only the “right to associate”, not the “right to collectively bargain”:

I'd like to say that the Supreme Court was very clear. They said that agricultural workers across the province had the right to associate. They did not say that they had the right to collectively bargain.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 43A, October 16, 2002, at p. 2128 (emphasis added))

[333] Judging from their conduct, the parties involved in this appeal seem to have accepted there were no protections for the process and enforcement of collective bargaining in the *AEPA*. The United Food and Commercial Workers Union

principes établis dans *Health Services* qui régissent l'application de l'al. 2d), il faut vérifier la conformité de la *LPEA* à cet arrêt. Or, le texte même de la loi ne révèle *aucune* obligation de négociation ou de consultation — et encore moins l'obligation de négocier de bonne foi qui, selon *Health Services*, constitue la protection constitutionnelle minimale. Par conséquent, la *LPEA* contrevient à l'al. 2d) de la *Charte*.

[332] Non seulement le texte de la loi est clair, mais son objet l'est également. Le gouvernement n'a pas caché son intention d'exclure la négociation collective. La ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation de l'époque, l'honorable Helen Johns, a confirmé on ne peut plus clairement, lors du dépôt du projet de loi, qu'il ne prévoyait *aucun* droit à la négociation collective :

[TRADUCTION] Cependant, je dois préciser une chose. Bien qu'un employé agricole puisse adhérer à une association constituée en syndicat, le projet de loi ne donne pas aux travailleurs agricoles le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 22 octobre 2002, p. 2339 (je souligne))

Cette affirmation reposait sur l'objectif du gouvernement de se conformer seulement aux droits reconnus dans l'arrêt *Dunmore*. Or, comme l'a indiqué correctement la ministre, ces droits se limitaient au droit « de s'associer », et n'incluaient pas le « droit de négociation collective » :

[TRADUCTION] Permettez-moi de dire que la Cour suprême a été très claire. Les juges ont reconnu aux travailleurs agricoles de la province entière le droit de s'associer. Ils ne leur ont pas reconnu le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 43A, 16 octobre 2002, p. 2128 (je souligne))

[333] À en juger par leurs actes, les parties visées dans le présent pourvoi semblent avoir accepté que rien dans la *LPEA* ne protège le processus de négociation collective ni son application. L'Union internationale des travailleurs et travailleuses

Canada represented workers at Rol-Land Farms Ltd. After a vote in which an overwhelming majority voted in favour of certification, the union wrote to Rol-Land requesting a meeting to begin negotiations. The owner of Rol-Land Farms did not respond to the letter and refused to recognize the union. The same union also represented employees at Platinum Produce, where the employer gave the union the opportunity to make brief oral representations, but said it had no obligation to bargain towards a collective agreement. The meeting lasted 15 minutes.

[334] In the years since the *AEPA* was enacted in 2002, there is no evidence of a single successfully negotiated collective agreement or even of any negotiations. I appreciate that statutory interpretation does not draw on the perceptions of the statute's intended consumers, but where, as here, there is perfect harmony between statutory language, legislative intention, and public perception, the usual interpretative tools are vindicated.

[335] In addition to finding a violation of s. 2(d) based on the explicit failure, by text and by design, to include even a hint of a process of collective bargaining, let alone a duty to engage in meaningful and good faith efforts to arrive at a collective agreement, I also agree with Winkler C.J.O. that for agricultural workers, the absence of a statutory enforcement mechanism and of majoritarian exclusivity is an infringement of s. 2(d).

[336] *Health Services* recognized that s. 2(d) of the *Charter* obliged the state, either as employer or as legislator, to protect the process of collective bargaining (para. 88). The content of that protection will of course mean different things in different contexts. The determinative question will inevitably be, as Bastarache J. said in *Dunmore*, what protections are “essential” to the “meaningful exercise” of the right.

unis de l'alimentation et du commerce — Canada représentait les travailleurs de Rol-Land Farms Ltd. À l'issue d'un vote massif en faveur de l'accréditation, le syndicat a écrit à Rol-Land pour solliciter une rencontre afin d'entamer les négociations. Le propriétaire de Rol-Land Farms n'a pas répondu à cette lettre et a refusé de reconnaître le syndicat. Ce même syndicat représentait également les employés de Platinum Produce, où l'employeur lui a donné l'occasion de présenter de brèves observations oralement, mais a affirmé ne pas être tenu de négocier en vue de la conclusion d'une convention collective. La rencontre a duré 15 minutes.

[334] Depuis l'adoption de la *LPEA* en 2002, rien n'indique qu'une convention collective ait été conclue, ni même que des négociations aient eu lieu. Je suis consciente du fait que l'interprétation législative ne saurait s'appuyer sur les perceptions des personnes visées par la mesure législative, mais lorsque le texte de la loi, l'intention du législateur et la perception du public sont en parfaite harmonie, comme c'est le cas en l'espèce, la valeur des outils d'interprétation habituels se trouve confirmée.

[335] En plus de conclure que la loi ne se conforme pas à l'al. 2d) en raison de l'absence manifeste, tant dans le texte que dans l'économie de la loi, de la moindre évocation d'un processus de négociation collective, et encore moins d'une obligation quelconque de participer de bonne foi à des efforts véritables en vue de conclure une convention collective, je partage l'avis du juge en chef Winkler qu'elle y contrevient, à l'égard des travailleurs agricoles, parce qu'elle n'établit aucune voie de droit et ne reconnaît pas le monopole syndical conféré par un vote majoritaire.

[336] L'arrêt *Health Services* a reconnu que l'al. 2d) de la *Charte* oblige l'État, à titre d'employeur ou de législateur, à protéger le processus de négociation collective (par. 88). La teneur de cette protection varie évidemment selon le contexte. Comme l'a dit le juge Bastarache dans *Dunmore*, la question déterminante est inévitablement celle de savoir quelles sont les garanties « essentielles à [l']exercice véritable » du droit.

[337] The right at issue in *Dunmore* was the right to organize. Bastarache J. concluded that this required ancillary protection for the freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the “employees’ association” and to make representations, along with the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of those freedoms (para. 67). All of these protections found their way into the *AEPA*, which is why the trial judge gave it his stamp of constitutional approval.

[338] Now, as a result of *Health Services*, we are dealing with a right to a process of good faith collective bargaining and consultation. What protections are essential for the meaningful exercise of this right for agriculture workers?

[339] For a start, there is no point to having a right only in theory. Unless it is realizable, it is meaningless. There must therefore be an enforcement mechanism not only to resolve bargaining disputes, but to ensure compliance if and when a bargain is made.

[340] At the moment, there is in fact a statutory mechanism in place for the enforcement of the *AEPA* — the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal. But the fact that this Tribunal exists is, by itself, of no consequence if it cannot address the rights constitutionally guaranteed by *Health Services*.

[341] Section 11 of the *AEPA* gives the Tribunal authority to grant a remedy for a contravention of the *AEPA*. But it is not a contravention of the *AEPA* to refuse to engage in a good faith process to make reasonable efforts to arrive at a collective agreement. It is therefore not part of the Tribunal’s mandate. No mandate, no jurisdiction; no jurisdiction, no remedy.

[342] It strikes me as fundamentally contrary to our jurisprudence to invite the Tribunal to interpret

[337] L’arrêt *Dunmore* portait sur le droit de s’organiser. Le juge Bastarache a conclu que l’exercice de ce droit nécessitait les garanties accessoires relatives à la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de « l’association d’employés » et de présenter des revendications, et ce, sans protection contre l’ingérence, les menaces et la discrimination dans l’exercice de ces libertés (par. 67). Comme la *LPEA* incluait toutes ces libertés et protections, le juge de première instance en a confirmé la validité constitutionnelle.

[338] Maintenant, suivant l’arrêt *Health Services*, c’est le droit à un processus de négociation collective et de consultation mené de bonne foi qui est en cause. Il faut donc déterminer quelles garanties sont essentielles à l’exercice véritable de ce droit par les travailleurs agricoles.

[339] Soulignons tout d’abord qu’il ne sert à rien de reconnaître un droit en théorie seulement. Un droit qui ne peut être exercé concrètement est privé de sens. Il doit donc exister une voie de droit qui permette non seulement de résoudre les différends au cours des négociations, mais aussi d’assurer le respect de la convention, le cas échéant.

[340] À l’heure actuelle, la loi prévoit effectivement une voie de droit pour l’application de la *LPEA*, devant le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales. Or, la simple existence de ce tribunal ne donne rien s’il ne peut garantir le respect des droits qui, selon *Health Services*, sont protégés par la Constitution.

[341] L’article 11 de la *LPEA* habilite le Tribunal à accorder une réparation en cas de contravention à la *LPEA*. Cependant, le refus de participer de bonne foi à un processus de négociation et de faire des efforts raisonnables pour arriver à une convention collective ne constitue pas une contravention à la *LPEA*. Par conséquent, cette situation n’est pas prévue dans le mandat du Tribunal. Or, sans mandat, pas de compétence et sans compétence, pas de réparation.

[342] Il me semble fondamentalement contraire à la jurisprudence de la Cour d’inviter le Tribunal

its home statute in a way that contradicts the clear statutory language and legislative intent. If, on the other hand, the *AEPA* had included the protections set out in *Health Services*, the Tribunal would certainly have the authority to address and remedy any bargaining disputes and would therefore comply with what is required by s. 2(d).

[343] This brings us finally to whether the process of good faith bargaining for agricultural workers requires that the employer bargain only with the union selected by a majority of the employees in the bargaining unit. This is known as the principle of majoritarian exclusivity, a routine protection in Canada's labour laws. In the context of this case, and given the unique vulnerability of agriculture workers, I agree with Winkler C.J.O. that statutory recognition of such exclusivity is essential for them to exercise their bargaining rights meaningfully.

[344] As long ago as 1944, when labour ministers from across Canada agreed to the principles which found their way into the model *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54, majoritarian exclusivity was a central protection. Most provinces quickly aligned their legislation with these principles (Adams, vol. 1, at paras. 1.240-1.250).

[345] With the exception of specific public services and the construction industry in Quebec (*An Act respecting labour relations, vocational training and workforce management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20), majoritarian exclusivity has remained a defining principle of the Canadian labour relations model (Rayner, at p. 16; Carter et al., at para. 574).

[346] The reason for the protection is grounded in common sense and the pre-1944 experience. A lack of exclusivity allows an employer to promote rivalry and discord among multiple employee

à interpréter sa loi constitutive d'une manière qui contredit le libellé clair de la loi et l'intention manifeste du législateur. Si, par contre, la *LPEA* contenait les garanties décrites dans *Health Services*, le Tribunal aurait certainement le pouvoir d'examiner et de régler les différends concernant les négociations, de sorte que la loi serait conforme à l'al. 2d).

[343] Ce qui nous amène finalement à la question de savoir si, dans le cas des travailleurs agricoles, le processus de négociation de bonne foi exige de l'employeur qu'il négocie uniquement avec le syndicat choisi par la majorité des employés de l'unité de négociation. Il s'agit du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, une garantie courante dans les lois en droit du travail au Canada. Dans le contexte de la présente affaire, et compte tenu de la vulnérabilité particulière des travailleurs agricoles, je partage l'avis du juge en chef Winkler que la reconnaissance, par la loi, d'un tel monopole est essentielle pour que ces travailleurs puissent exercer véritablement leurs droits de négociation.

[344] Déjà en 1944, quand les ministres du travail de tout le pays se sont entendus sur les principes qui ont donné naissance à la loi type intitulée *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54, le monopole syndical conféré par un vote majoritaire constituait une garantie d'importance capitale. La plupart des provinces ont rapidement intégré ces principes dans leur législation (Adams, vol. 1, par. 1.240-1.250).

[345] Sauf dans certains services publics et dans le secteur de la construction au Québec (*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20), le monopole syndical conféré par un vote majoritaire est demeuré un principe déterminant du modèle canadien des relations du travail (Rayner, p. 16; Carter et autres, par. 574).

[346] Cette protection est dictée par le bon sens et justifiée par la situation qui existait avant 1944. Sans monopole syndical, l'employeur peut susciter des rivalités et semer la discorde parmi les



representatives in order to “divide and rule the work force”, using tactics like engaging in direct negotiations with individual employees to undercut “the credibility of the union . . . at the bargaining table” (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 126; see also Adams, vol. 1, at para. 3.1750).

[347] Rol-Land Farms, for example, unrestrained by the legal requirement to bargain only with one bargaining agent, sponsored its own “employee association” in direct competition with the union that had the workers’ majority support. That is precisely the kind of conduct that Bora Laskin identified in 1944 as the flaw in Canada’s then existing labour legislation, namely that “it neither compelled employers to bargain collectively with the duly chosen representatives of their employees nor did it prohibit them from fostering company-dominated unions” (“Recent Labour Legislation in Canada” (1944), 22 *Can. Bar Rev.* 776, at p. 781). It also led Canada’s labour ministers that same year to include exclusivity among what were considered to be indispensable protections for collective bargaining rights.

[348] The inevitable splintering of unified representation resulting from the absence of statutory protection for exclusivity is particularly undermining for particularly vulnerable employees. Professor David M. Beatty vividly observed that agricultural workers are “among the most economically exploited and politically neutralized individuals in our society”:

Because they are heavily drawn from a migrant and immigrant population, these workers face even more serious obstacles to effective participation in the political process. . . . Denying agricultural workers the benefits of [collective bargaining] means that the legal processes which enable much of the rest of our workforce to be involved in decision-making at the workplace in a realistic way are unavailable to the farm workers. Thus a group of workers who are already

multiples représentants des employés dans le but de [TRADUCTION] « diviser pour régner sur la main-d’œuvre », par diverses tactiques, comme négocier directement avec certains employés en vue de miner « la crédibilité du syndicat [. . .] à la table de négociation » (Paul Weiler, *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 126; voir également Adams, vol. 1, par. 3.1750).

[347] Rol-Land Farms, par exemple, qui n’était pas soumise à l’obligation légale de négocier avec un seul agent négociateur, a soutenu sa propre « association d’employés » en concurrence directe avec le syndicat qui bénéficiait de l’appui de la majorité des employés. C’est exactement le genre de conduite qu’a dénoncée Bora Laskin, en 1944, comme le point faible de la législation qui régissait alors le droit du travail au Canada, déplorant qu’elle [TRADUCTION] « n’oblige pas les employeurs à négocier avec les représentants dûment choisis de leurs employés, ni ne leur interdit de soutenir des syndicats dominés par l’employeur » (« Recent Labour Legislation in Canada » (1944), 22 *R. du B. can.* 776, p. 781). Cet état de fait a également amené les ministres canadiens du travail à inclure, cette année-là, le monopole syndical parmi les garanties indispensables à l’exercice des droits de négociation collective.

[348] L’inévitable scission de l’unité de représentation en l’absence de reconnaissance légale du monopole syndical est particulièrement grave pour les employés les plus vulnérables. Le professeur David M. Beatty a fait remarquer, en termes éloquentes, que les travailleurs agricoles comptent [TRADUCTION] « parmi les personnes les plus exploitées sur le plan économique et les plus démunies sur le plan politique au sein de notre société » :

[TRADUCTION] Parce qu’ils proviennent en grande partie de populations migrantes ou immigrantes, ces travailleurs éprouvent d’autant plus de difficultés à participer véritablement au processus politique. [. . .] En privant les travailleurs agricoles des avantages que confère [la négociation collective], on met hors de leur portée les processus juridiques qui permettent au gros de la population active de participer de manière réaliste à la prise de décisions en milieu de travail. Ainsi,

among the least powerful are given even less opportunity than the rest of us to participate in the formulation and application of the rules governing their working conditions.

(*Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), at p. 89)

See also Task Force on Labour Relations, *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations* (1968) (the “Woods Report”), at p. 86.

[349] These conclusions were echoed by the trial judge in *Dunmore*, Sharpe J., whose observations were endorsed in this Court by Bastarache J.:

Distinguishing features of agricultural workers are their political impotence, their lack of resources to associate without state protection and their vulnerability to reprisal by their employers; as noted by Sharpe J., agricultural workers are “poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility” . . . . [para. 41]

[350] The conditions of singular employment disadvantage for workers in the agricultural sector, as the trial judge in this case acknowledged, remain operative today. Permitting multiple representatives of disparate individuals or groups in such a workplace effectively nullifies the ability of its workers to have a unified and therefore more cogent voice in attempting to mitigate and ameliorate their relentlessly arduous working conditions.

[351] I acknowledge that different models of labour relations exist globally, some of which do not recognize the principle of majoritarian exclusivity (Clyde W. Summers, “Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a ‘Unique’ American Principle” (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47; Roy J. Adams, “Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services*” (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 85). These models, however, have been developed in entirely different historical contexts and systems of collective bargaining and have yet to be seriously road-tested in the Canadian

un groupe de travailleurs qui compte déjà parmi les plus impuissants ont encore moins que les autres l’occasion de participer à l’établissement et à l’application des règles régissant leurs conditions de travail.

(*Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 89)

Voir également Équipe spécialisée en relations de travail, *Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1968) (le “Rapport Woods”), p. 96.

[349] Ces conclusions ont été reprises par le juge de première instance dans l’affaire *Dunmore*, le juge Sharpe, dont les remarques ont été approuvées par le juge Bastarache :

Les travailleurs agricoles n’ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l’État, et ils sont vulnérables face aux repréailles patronales; comme le fait observer le juge Sharpe, les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte » . . . . [par. 41]

[350] La situation professionnelle particulière désavantageuse des travailleurs agricoles perdure, comme l’a reconnu le juge de première instance dans la présente affaire. Permettre la représentation de personnes ou groupes distincts par divers agents au sein d’un tel milieu de travail a pour effet de priver ces travailleurs de la capacité d’avoir une voix unie et puissante, pour tenter d’alléger et d’améliorer leurs conditions de travail ardues et incessantes.

[351] Je reconnais qu’il existe différents modèles de relations du travail de par le monde, dont certains ne consacrent pas le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire (Clyde W. Summers, « Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a “Unique” American Principle » (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47; Roy J. Adams, « Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services* » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 85). Toutefois, ces modèles sont issus de contextes historiques et de systèmes de négociation collective complètement différents

context outside of the construction industry in Quebec. This is not to say that there is no room for innovation in the modalities of the Canadian labour relations model. But to “innovate” by eliminating a fundamental protection for the most vulnerable of workers is nullification, not innovation.

[352] Can the absence of these statutory protections be justified under s. 1 of the *Charter*? In my view they cannot.

[353] Chief Justice Winkler found that the relevant objectives of the rights limitation — the failure to provide agricultural workers with the necessary statutory protections to exercise the right to bargain collectively — were “to protect the family farm and farm production/viability” (para. 122).

[354] These were found by this Court to be pressing and substantial objectives in *Dunmore* and are conceded to reach the necessary threshold in our case.

[355] Even assuming that there is a rational connection between at least the second objective and the limitation, I see the minimal impairment branch of the *Oakes* test as being determinative. Under this step we ask whether there are “less harmful means of achieving the legislative goal” (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 53). The *AEPA* has an absolute exclusion of any protection for a process of collective bargaining: all agricultural workers, in all sectors of agriculture, no matter the size and nature of the agricultural enterprise, are precluded from exercising their s. 2(d) rights. If the government has impeded those rights more than is reasonably necessary to achieve its stated objectives, then this absolute exclusion is not constitutionally justified.

[356] The first governmental objective of the absolute exclusion is the protection of family farms.

et n’ont jamais été sérieusement mis à l’essai au Canada, hormis dans le secteur de la construction au Québec. Je ne veux pas dire par là qu’il n’y a pas place à l’innovation dans les modalités du modèle des relations du travail au Canada. Toutefois, « innover » en retirant une protection fondamentale aux travailleurs les plus vulnérables ne serait pas innovateur, mais dévastateur.

[352] L’absence de ces protections dans la loi peut-elle se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*? Je ne le crois pas.

[353] Le juge en chef Winkler a conclu que les objectifs pertinents de cette limitation des droits — c’est-à-dire du fait de ne pas accorder aux travailleurs agricoles les protections légales nécessaires à l’exercice de leur droit de négociation collective — étaient [TRADUCTION] « de protéger la ferme familiale ainsi que la productivité et la viabilité des exploitations agricoles » (par. 122).

[354] Notre Cour a jugé qu’il s’agissait d’objectifs urgents et réels dans *Dunmore* et il est admis qu’ils satisfont à ce critère en l’espèce.

[355] Même à supposer qu’il existe un lien rationnel entre la restriction du droit et, au moins, le second objectif, le critère de l’atteinte minimale du test de l’arrêt *Oakes* est, à mon avis, déterminant. À cette étape, la question qui se pose est la suivante : « [E]xiste-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif? » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). Le régime de la *LPEA* crée une exclusion absolue du processus de négociation collective : elle empêche tous les travailleurs agricoles, dans tous les secteurs agricoles, peu importe la taille et la nature de l’entreprise agricole, d’exercer leurs droits garantis par l’al. 2d). Si le gouvernement a restreint ces droits plus qu’il n’était raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs déclarés de la loi, l’exclusion absolue ne peut se justifier sur le plan constitutionnel.

[356] Le premier objectif de cette exclusion absolue est la protection de la ferme familiale. Est-ce

Is a one-size-fits-all exclusion responsive to protecting family farms? It seems to me clear that less harmful means than outright exclusion are readily available to achieve the objective. Two provinces, for example, Quebec and New Brunswick, have specific exemptions for farms employing less than three (*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21) or five (*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a)) workers.

[357] It is also worth remembering that we are dealing with a highly diversified sector, only some of which consists of family farms. As Bastarache J. noted, there is an “increasing trend . . . towards corporate farming and complex agribusiness” (*Dunmore*, at para. 62). Rol-Land Farms, for example, is a mushroom farm that employs between 270-300 workers. The nature of this kind of farm, as described in *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813, does “not differ in any material respect from a typical manufacturing plant” (para. 29). The description in the reasons of Vice-Chairman R. O. MacDowell is telling:

There is no close involvement with the family farm. The production process is not seasonal, but rather, resembles a production cycle. The labour force is neither casual nor transitory. The operation is of considerable size, employing close to 200 employees in a single location with a “factory atmosphere”; and the company is much less economically vulnerable than many other employers to which *The Labour Relations Act* applies. [para. 25]

[358] Preventing *all* agricultural workers from access to a process of collective bargaining in order to protect family farms, no matter their size or character, is the antithesis of minimal impairment. Such a limitation harms the s. 2(d) right in its entirety, not minimally.

[359] The other government objective is more general — the protection of the viability of farms and agricultural production. It is instructive to consider the 1992 recommendations of the

qu’une telle exclusion est sensée pour protéger la ferme familiale? Il me semble évident que d’autres moyens moins préjudiciables qu’une exclusion absolue pourraient facilement permettre la réalisation de cet objectif. Dans deux provinces, par exemple, soit le Québec et le Nouveau-Brunswick, des exemptions ont été prévues pour les fermes comptant respectivement moins de trois employés (*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21) et moins de cinq employés (*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, al. 1(5)a)).

[357] Il convient aussi de rappeler qu’il s’agit d’un secteur très diversifié, dont les fermes familiales ne représentent qu’une partie. Comme le juge Bastarache le fait remarquer, l’agriculture « évolue de plus en plus vers l’exploitation commerciale et l’agro-industrie » (*Dunmore*, par. 62). Par exemple, la champignonnière Rol-Land Farms compte de 270 à 300 employés. Selon la description figurant dans *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813, la nature de ce type de ferme [TRADUCTION] « ne diffère pas, sur un point important, d’une usine ordinaire » (par. 29). Voici la description révélatrice qu’en fait le vice-président R. O. MacDowell :

[TRADUCTION] Cette entreprise ne ressemble en rien à une ferme familiale. La production n’est pas saisonnière, mais étalée selon un cycle de production. La main-d’œuvre n’est ni occasionnelle, ni migrante. L’exploitation est de taille considérable et emploie près de 200 employés dans un seul lieu où règne une « atmosphère d’usine »; et cette entreprise est beaucoup moins vulnérable sur le plan économique que bon nombre d’autres employeurs visés par la *Loi sur les relations de travail*. [par. 25]

[358] Priver *tous* les travailleurs agricoles d’un processus de négociation collective pour protéger les fermes familiales, sans égard à la taille ou à la nature de l’exploitation agricole, est l’antithèse d’une atteinte minimale. Une telle restriction porte atteinte au droit garanti par l’al. 2d) dans sa totalité, non minimalement.

[359] Le second objectif du gouvernement est plus général — protéger la productivité et la viabilité des exploitations agricoles. Il est utile de prendre connaissance des recommandations présentées

Ontario government's consultative Task Force on Agricultural Labour Relations, composed of representatives from the agricultural community, organized labour, farm workers and government (*Report to the Minister of Labour* (June 1992); *Second Report to the Minister of Labour* (November 1992)). The Task Force's recommendations in its two reports are germane not because they should be seen as binding, but because they demonstrate that there are "less harmful means" than an absolute exclusion to achieve the government's objective of protecting agricultural production and viability.

[360] The Task Force considered whether — and how — agricultural workers should be entitled to bargain collectively, given the unique characteristics of the agricultural sector. It concluded that "all persons employed in agriculture and horticulture" should be able to engage in collective bargaining, including those on family or smaller farms, but in accordance with a separate labour relations scheme that is "sufficiently modified" to reflect the "particular needs" of the agricultural sector (First Report, at pp. 7-8).

[361] The "single most critical issue" raised by farm owners before the Task Force was the "threat of work stoppage" (First Report, at p. 3). In response to this and many other submissions, the Task Force recommended that all forms of work stoppage be prohibited and replaced by a dispute resolution process that:

- emphasizes the preference for negotiated settlements between the parties.
- provides a conciliation and mediation service to assist the parties in reaching a negotiated settlement.
- provides an arbitration process for the final and binding resolution of all outstanding matters

en 1992 par le Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole (« groupe d'étude »), constitué par le gouvernement ontarien et composé de représentants du secteur agricole, du gouvernement, des syndicats et des travailleurs agricoles (*Report to the Minister of Labour* (juin 1992); *Second Report to the Minister of Labour* (novembre 1992)). Sans avoir force obligatoire, les recommandations formulées par le groupe d'étude dans ses deux rapports sont tout de même pertinentes en ce sens qu'elles démontrent qu'il existe des « moyens moins préjudiciables » qu'une exclusion absolue d'atteindre ce second objectif de l'État, savoir protéger la productivité et la viabilité des exploitations agricoles.

[360] Le groupe d'étude a examiné la question de savoir si les travailleurs agricoles devaient se voir conférer le droit de négocier collectivement, étant donné les caractéristiques propres au secteur agricole, et, dans l'affirmative, selon quelles modalités. Il est arrivé à la conclusion que [TRADUCTION] « toutes les personnes employées dans les secteurs agricole et horticole », même celles participant à l'exploitation d'une ferme familiale ou de petite taille, devraient pouvoir participer à un processus de négociation collective, mais selon un régime de relations de travail distinct « suffisamment modifié » pour répondre aux « besoins particuliers » du secteur agricole (rapport du mois de juin, p. 7-8).

[361] La [TRADUCTION] « question la plus critique » soulevée par les exploitants agricoles devant le groupe d'étude était la « menace d'un arrêt de travail » (rapport du mois de juin, p. 3). En réponse à cette considération et à de nombreuses autres, le groupe d'étude a recommandé que toute forme d'arrêt de travail soit interdit et remplacé par un processus de règlement des différends qui

[TRADUCTION]

- favorise expressément la conclusion d'un règlement négocié par les parties;
- offre aux parties des services de conciliation et de médiation pour les aider à parvenir à un règlement par la négociation;
- offre aux parties un processus d'arbitrage pour le règlement définitif et exécutoire des points

between the parties following exhaustion of the negotiation process. [First Report, at p. 10]

It also recommended that there be an Agricultural Labour Relations Act, to be administered by a separate Board (Second Report, at p. 17).

[362] The government adopted these recommendations in the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 (“ALRA”). The ALRA included protection for collective bargaining, including exclusivity, but prohibited work stoppages (ss. 3, 10 and 11). The inherent compromise in that legislation is reflected in its preamble:

It is in the public interest to extend collective bargaining rights to employees and employers in the agriculture and horticulture industries.

However, the agriculture and horticulture industries have certain unique characteristics that must be considered in extending those rights. Those unique characteristics include seasonal production, climate sensitivity, time sensitivity, and perishable nature of agriculture and horticulture products, and the need for maintenance of continuous processes to ensure the care and survival of animal and plant life.

[363] The ALRA was repealed in 1995 (c. 1, s. 80). Thereafter, agricultural workers were left only with their pre-existing exclusion from the *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, creating the spark that ignited *Dunmore*.

[364] And since s. 1 of the *Charter* directs us to compare how other democratic governments limit a particular right, it is also helpful to look at how other Canadian jurisdictions deal with agricultural workplaces. Except in Alberta, agricultural workers in every province have the same collective bargaining rights as other employees, including exclusivity (*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2; *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 1; *Labour Code* (Que.), s. 21; *Industrial*

encore en litige entre les parties une fois qu’elles ont épuisé le processus de négociation. [rapport du mois de juin, p. 10]

Il a également recommandé l’adoption d’une loi sur les relations de travail dans l’agriculture, dont une commission des relations de travail distincte assurerait l’application (rapport du mois de novembre, p. 17).

[362] Le gouvernement a donné suite à ces recommandations en adoptant la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« LRTA »). Cette loi reconnaissait le droit à la négociation collective, y compris le principe du monopole syndical, mais interdisait les arrêts de travail (art. 3, 10 et 11). Le préambule de ce texte illustre bien le compromis qui le sous-tend :

Il est dans l’intérêt public d’étendre le droit à la négociation collective aux employés et employeurs des industries agricole et horticole.

Toutefois, les industries agricole et horticole possèdent certaines caractéristiques particulières dont il faut tenir compte en étendant ce droit, notamment le caractère saisonnier de la production, la sensibilité au climat et au facteur temps, la nature périssable des produits agricoles et horticoles et la nécessité de maintenir des procédés continus afin de garantir le soin et la survie des animaux et des végétaux.

[363] La LRTA a été abrogée en 1995 (ch. 1, art. 80). Aucun régime particulier ne s’appliquait plus aux travailleurs agricoles hormis l’exclusion figurant dans la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A. C’est cette étincelle qui a mis le feu aux poudres dans l’affaire *Dunmore*.

[364] Par ailleurs, comme l’article premier de la *Charte* nous invite à un examen comparatif des restrictions à un droit particulier imposées dans d’autres sociétés démocratiques, il me paraît utile d’examiner les mesures prises dans d’autres ressorts canadiens à l’égard du secteur agricole. Dans chaque province, sauf en Alberta, les travailleurs agricoles bénéficient des mêmes droits de négociation collective que d’autres employés, y compris le monopole syndical (*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1; *The Trade Union Act*,

*Relations Act* (N.B.), s. 1(5)(a); *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 2(1); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 7; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 2(1); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 4(2)(e)).

R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 2; *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 1; *Code du travail* (Qc), art. 21; *Loi sur les relations industrielles* (N.-B.), al. 1(5)a); *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, par. 2(1); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, art. 7; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-1, par. 2(1); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, al. 4(2)e)).

[365] Reviewing the consequences of the near-universality of extending bargaining rights to Canadian agricultural workers, the 1992 Task Force concluded that the availability of the right to bargain collectively in these provinces has not “had a significant negative impact on farm economics” (First Report, at p. 3). This state of national affairs clearly does not preclude the government from offering a s. 1 justification unique to Ontario, but it has not, and perhaps realistically cannot, explain why Ontario’s farming interests are *so* different as to warrant a complete exclusion rather than less intrusive means of achieving its objectives.

[365] Ayant examiné les conséquences de l’extension des droits de négociation à la quasi-totalité des travailleurs agricoles canadiens, le groupe d’étude de 1992 a conclu que le droit de négocier collectivement conféré par ces provinces n’avait pas [TRADUCTION] « eu une incidence négative importante sur l’économie agricole » (rapport du mois de juin, p. 3). Cette réalité nationale ne prive évidemment pas le gouvernement ontarien de la possibilité de faire valoir, au regard de l’article premier, une justification propre à l’Ontario, mais il n’a pas expliqué — et ne pourrait peut-être pas en fait expliquer — en quoi les intérêts agricoles de cette province sont *si* différents qu’ils justifient l’exclusion totale, plutôt que des moyens moins attentatoires d’atteindre ses objectifs.

[366] The agricultural sector undoubtedly faces significant economic challenges, but so do many others, in none of which are employees deprived of access to a process of collective bargaining.

[366] Le secteur agricole fait assurément face à d’importantes difficultés sur le plan économique, mais c’est aussi le cas de nombreux autres secteurs d’activités. Or, dans aucun de ces autres secteurs, on n’empêche les travailleurs de participer à un processus de négociation collective.

[367] The government has therefore not justified why achieving protection for agricultural viability and production requires so uniquely draconian a restriction on s. 2(d) rights. The limitation is, in fact, like its relationship to protecting family farms, not even remotely tailored to meet the government’s objective in a less intrusive way. It is, in fact, not tailored at all. As Winkler C.J.O. concluded:

[367] Le gouvernement n’a donc pas démontré en quoi une restriction aussi draconienne des droits garantis par l’al. 2d) est nécessaire pour protéger la viabilité et la productivité des exploitations agricoles. Cette restriction, en fait, comme dans son rapport avec la protection des fermes familiales, n’est pas, ne serait-ce qu’un tant soit peu, adaptée à la réalisation de l’objectif de l’État par un moyen moins attentatoire. En effet, elle n’est pas adaptée du tout. Pour reprendre les propos du juge en chef Winkler :

... the legislature made no attempt to engage in a line-drawing exercise ... to tailor a collective bargaining system that recognizes the challenges facing the agricultural sector. [para. 135]

[TRADUCTION] ... le législateur n’a même pas tenté de tracer des limites [...] pour établir un système de négociation collective adapté aux difficultés que doit surmonter le secteur agricole. [par. 135]

[368] On the other hand, it bears repeating that the *AEPA* was designed before *Health Services* was decided. The government could hardly be expected to tailor its legislation in accordance with a bargaining regime it had neither a duty nor an intention to implement at the time. Nonetheless, the fact is that *Health Services* intervened and changed the microscope under which the *AEPA* was scrutinized. And under the new lens, the complete absence of any statutory protection for a process of collective bargaining in the *AEPA* cannot be said to be minimally impairing of the s. 2(d) right.

[369] I would therefore dismiss the appeal without costs.

### APPENDIX

*Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A*

3. This Act does not apply,

. . . .

(b.1) to an employee within the meaning of the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*;

*Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16*

1. (1) The purpose of this Act is to protect the rights of agricultural employees while having regard to the unique characteristics of agriculture, including, but not limited to, its seasonal nature, its sensitivity to time and climate, the perishability of agricultural products and the need to protect animal and plant life.

(2) The following are the rights of agricultural employees referred to in subsection (1):

1. The right to form or join an employees' association.
2. The right to participate in the lawful activities of an employees' association.
3. The right to assemble.
4. The right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment.

[368] Par contre, il faut rappeler que la rédaction de la *LPEA* a précédé l'arrêt *Health Services*. On aurait difficilement pu demander au législateur d'adapter sa loi à un régime de négociation qu'il n'avait ni l'obligation, ni l'intention, de mettre sur pied à l'époque. Néanmoins, le fait demeure que l'arrêt *Health Services* a été rendu depuis et qu'il a changé le microscope servant à scruter la *LPEA*. Et sous la nouvelle lentille, l'absence dans la loi de toute protection du processus de négociation collective ne peut pas être considérée comme une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2d).

[369] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

### ANNEXE

*Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A*

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . . .

b.1) à l'employé au sens de la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*;

*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16*

1. (1) La présente loi a pour objet de protéger les droits des employés agricoles tout en tenant compte des caractéristiques propres à l'agriculture, notamment son caractère saisonnier, sa vulnérabilité au temps et au climat, la nature périssable des produits agricoles et la nécessité de protéger la vie animale et végétale.

(2) Les droits des employés agricoles visés au paragraphe (1) sont les suivants :

1. Le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association.
2. Le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés.
3. Le droit de réunion.
4. Le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi.



5. The right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights.

2. (1) In this Act,

. . .

“employees’ association” means an association of employees formed for the purpose of acting in concert;

. . .

5. (1) The employer shall give an employees’ association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(2) For greater certainty, an employees’ association may make its representations through a person who is not a member of the association.

(3) For the purposes of subsection (1), the following considerations are relevant to the determination of whether a reasonable opportunity has been given:

1. The timing of the representations relative to planting and harvesting times.
2. The timing of the representations relative to concerns that may arise in running an agricultural operation, including, but not limited to, weather, animal health and safety and plant health.
3. Frequency and repetitiveness of the representations.

(4) Subsection (3) shall not be interpreted as setting out a complete list of relevant considerations.

(5) The employees’ association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

. . .

5. Le droit d’exercer leurs droits sans crainte d’ingérence, de contrainte ou de discrimination.

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« association d’employés » Association d’employés formée pour agir de concert.

. . .

5. (1) Un employeur donne à une association d’employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi d’un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(2) Il est entendu que l’association d’employés peut présenter ses observations par l’intermédiaire d’une personne qui n’en est pas membre.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), les éléments suivants sont pertinents lorsqu’il s’agit d’établir si une occasion raisonnable a été donnée :

1. Le moment où les observations sont présentées par rapport aux dates de plantation et de récolte.
2. Le moment où les observations sont présentées par rapport aux préoccupations qui peuvent surgir pendant la gestion d’une exploitation agricole, notamment les conditions atmosphériques, la santé et la sécurité des animaux ainsi que la santé des végétaux.
3. La fréquence et la répétitivité des observations.

(4) Le paragraphe (3) ne doit pas s’interpréter comme donnant une liste complète d’éléments pertinents.

(5) L’association d’employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L’employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l’employeur informe l’association d’employés par écrit qu’il les a lues.

. . .

**8.** No employer, employers' organization or person acting on behalf of an employer or an employers' organization shall interfere with the formation, selection or administration of an employees' association, the representation of employees by an employees' association or the lawful activities of an employees' association, but nothing in this section shall be deemed to deprive an employer of the employer's freedom to express views so long as the employer does not use coercion, intimidation, threats, promises or undue influence.

**9.** No employer, employers' organization or person acting on behalf of an employer or an employers' organization,

- (a) shall refuse to employ or to continue to employ a person, or discriminate against a person in regard to employment or any term or condition of employment because the person was or is a member of an employees' association or was or is exercising any other right under this Act;
- (b) shall impose any condition in a contract of employment or propose the imposition of any condition in a contract of employment that seeks to restrain an employee or a person seeking employment from becoming a member of an employees' association or exercising any other right under this Act; or
- (c) shall seek by threat of dismissal, or by any other kind of threat, or by the imposition of a pecuniary or other penalty, or by any other means to compel an employee to become or refrain from becoming or to continue to be or to cease to be a member or officer or representative of an employees' association or to cease to exercise any other right under this Act.

**10.** No person, employees' association, employers' organization or other entity shall seek by intimidation or coercion to compel any person to become or refrain from becoming or to continue to be or to cease to be a member of an employees' association or of an employers' organization or to refrain from exercising any right under this Act or from performing any obligations under this Act.

**18.** The *Labour Relations Act, 1995* does not apply to employees or employers in agriculture.

**8.** Un employeur, une association patronale ou une personne qui agit pour leur compte ne doit pas s'ingérer dans la formation, le choix ou l'administration d'une association d'employés, la représentation des employés par une telle association ou les activités légitimes d'une telle association. Toutefois, l'employeur demeure libre d'exprimer son point de vue, pourvu qu'il ne recoure pas à la contrainte, à l'intimidation, à des menaces ou à des promesses, ni n'abuse de son influence.

**9.** Un employeur, une association patronale ou une personne qui agit pour leur compte ne doit pas, selon le cas :

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne ou faire preuve de discrimination envers une personne en ce qui concerne l'emploi ou une condition d'emploi parce qu'elle était ou est membre d'une association d'employés ou qu'elle exerçait ou exerce un autre droit que lui confère la présente loi;
- b) imposer ou proposer d'imposer, dans un contrat de travail, une condition qui vise à restreindre le droit d'un employé ou d'une personne qui cherche un emploi de devenir membre d'une association d'employés ou d'exercer un autre droit que lui confère la présente loi;
- c) chercher, par la menace de congédiement ou par toute autre forme de menace, ou par l'imposition d'une peine pécuniaire ou autre, ou par un autre moyen quelconque à obliger un employé à devenir ou à ne pas devenir, à continuer ou à cesser d'être membre, dirigeant ou agent d'une association d'employés ou à cesser d'exercer un autre droit que lui confère la présente loi.

**10.** Une personne, une association d'employés, une association patronale ou une autre entité ne doit pas chercher par l'intimidation ou la contrainte à obliger quiconque à devenir ou à ne pas devenir, à continuer ou à cesser d'être membre d'une association d'employés ou d'une association patronale ou à s'abstenir d'exercer un droit que lui confère la présente loi ou de s'acquitter des obligations que lui impose celle-ci.

**18.** La *Loi de 1995 sur les relations de travail* ne s'applique pas aux employés et employeurs du domaine de l'agriculture.

*Appeal allowed and action dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Agriculture: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications: Heenan Blaikie, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec Inc.: Heenan Blaikie, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Employers Council: Stewart McKelvey, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Coalition of BC Businesses and the British Columbia Agriculture Council: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Pourvoi accueilli et action rejetée, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération de l'agriculture de l'Ontario : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale : Heenan Blaikie, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec Inc. : Heenan Blaikie, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des employeurs : Stewart McKelvey, St. John's.*

*Procureurs des intervenants Coalition of BC Businesses et British Columbia Agriculture Council : Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners Justicia for Migrant Workers and the Industrial Accident Victims Group of Ontario: Pieters Law Office, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Green & Chercover, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Justicia for Migrant Workers et Industrial Accident Victims Group of Ontario : Pieters Law Office, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Green & Chercover, Toronto.*