



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Permission has been granted to the National Library of Canada to microfilm this thesis and to lend or sell copies of the film.

The author (copyright owner) has reserved other publication rights, and neither the thesis nor extensive extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her written permission.

L'autorisation a été accordée à la Bibliothèque nationale du Canada de microfilmer cette thèse et de prêter ou de vendre des exemplaires du film.

L'auteur (titulaire du droit d'auteur) se réserve les autres droits de publication; ni la thèse ni de longs extraits de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation écrite.

ISBN 0-315-53820-1

LE DROIT DU GRÉVISTE A SON EMPLOI EN DROIT AMÉRICAIN
ET CANADIEN: PERSPECTIVE HISTORIQUE ET COMPARÉE

par

DANIEL LAVERY

Thèse présentée à l'École des études supérieures
de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention d'une maîtrise en droit public

INTRODUCTION

Le droit de grève existe au Canada depuis fort longtemps et trouve sa source dans la Common Law anglaise (1). Il a fait, en outre, depuis 1944, l'objet d'une protection positive par toutes les législatures au pays tout comme le droit d'association. A cet égard, toutes les lois réglementant les rapports collectifs de travail au Canada contiennent des dispositions maintenant le statut d'employé du gréviste tel que l'article 107(2) du Code canadien du travail (2) par exemple:

Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

-
- (1) Voir la Partie 1 de la présente étude.
- (2) 1970 S.R.C., c. L-1, tel que modifié par 1972 S.C. c. 18; 1977-78, S.C., c. 27; 1980-81-82-83 S.C.C. 47 et 121; 1984 S.C., c. 39 et 40. Les autres dispositions au même effet dans les autres juridictions sont les suivantes: Ontario Labour Relations Act 1980 R.S.O. c. 228, tel que mod., art. 1(2); Alberta Labour Relations Act 1980 R.S.A. c. L-1.1, tel que mod., art. 1(2); British Columbia Labour Code 1979 R.S.B.C. c. 212, tel que mod., art. 1(2); Manitoba Labour Relations Act 1972 S.M. c. 75, tel que mod., art. 2(1); New-Brunswick Industrial Relations Act 1973 R.S.N.B. c. I-4, tel que mod., art. 1(2); Newfoundland Labour Relations Act 1977 S.Nfld c. 64, tel que mod., art. 1(2); Nova Scotia Trade Union Act 1972 S.N.S. c.19, tel que mod., art. 13; Prince Edward Island Labour Act 1974 R.S.P.E.I. c. L-1, art. 8(2); Saskatchewan Trade Union Act 1978 R.S.C. c. T-17, tel que mod., art. 2(f); Code du travail du Québec, 1977 S.R.Q. c. C-27, tel que mod., art. 110.

En contrepartie du droit de grève, il est admis dans toutes les provinces anglaises qu'un employeur puisse tenter de maintenir ses opérations pendant la durée du conflit et qu'à cette fin, dans l'établissement où sévit la grève, il ait recours (a) à son personnel de direction, (b) aux employés de l'unité qui ont décidé de traverser les lignes de piquetage et de travailler durant la grève, (c) aux employés non syndiqués de l'entreprise ou à ceux de ses autres établissements et, (d) aux employés inclus dans d'autres unités que celle en grève (3). L'employeur peut, enfin, embaucher de nouveaux employés provenant de l'extérieur de l'entreprise, des substituts, pour combler les postes laissés vacants par les grévistes tel que l'a décidé la Cour suprême du Canada en 1962 dans l'affaire C.P.R. v. Zambri (4). Dans cette dernière, la Cour a jugé, en outre, en s'appuyant sur la décision de la Cour suprême des États-Unis dans N.L.R.B. v. MacKay Radio (5) qu'au terme d'une grève à caractère purement économique (6), l'employeur

(3) Bien que dans certaines juridictions, la législation interdit à l'employeur de prendre des mesures disciplinaires contre un employé qui refuse de s'acquitter de toutes ou d'une partie des fonctions ou responsabilités d'un autre employé en grève ou en lock-out. Voir, à titre d'exemple l'article 184(3)c) du Code canadien du travail et 51(3)c) du Trade Union Act 1972 S.N.S. c. 19, tel qu'amendé de la Nouvelle-Écosse.

(4) (1962) 34 D.L.R. (2d) 654 (C. suprême du Canada) conf. (1962) 33 D.L.R. (2d) 30 C.C.A de l'Ontario) conf. (1962) 31 D.L.R. (2d) 209 (O. High Court) inf. (1961) C.L.L.C. 15,372 (Cour de Magistrat).

(5) (1937), 304 U.S. 333 (Cour suprême des États-Unis).

(6) Voir le Titre 3 de la Partie 2 de la présente étude.

n'est pas tenu de reprendre les grévistes à son emploi s'il n'y a pas de postes disponibles pour eux en raison du fait qu'ils sont tous occupés par des substituts. La Cour subordonnait de la sorte, semblablement à sa contrepartie américaine, le droit des grévistes à leurs emplois à celui de l'employeur de maintenir ses opérations.

Ce principe apparaît à tout le moins incompatible avec le statut d'employé du gréviste qui n'est pas annihilé par la participation à un arrêt de travail concerté, ainsi qu'avec les objectifs généraux poursuivis par les lois réglementant les rapports collectifs de travail. Dans certaines juridictions, les législateurs ont jugé que la doctrine américaine énoncée dans MacKay Radio et reprise dans l'affaire Zambri comportait des effets négatifs trop importants sur les droits des employés susceptibles de les dissuader d'adhérer à la pratique de la négociation collective que cherchent à promouvoir les codes du travail. En conséquence, certaines provinces ont inclus dans leurs lois des dispositions spécifiques traitant du droit des grévistes à leurs emplois. On en distingue deux types, soit celles qui traitent indirectement de la question et celles qui en traitent directement.

La première catégorie inclut les dispositions prohibant l'embauche de substituts par des employeurs compris dans

des unités multi-patronales tel qu'il en existe en Nouvelle-Écosse (7), au Nouveau-Brunswick (8), à l'Ile du Prince Édouard (9), à Terre-Neuve (10) et en Ontario (11). Le Québec (12) et le Manitoba (13) pour leur part ont étendu cette prohibition à tous les employeurs tombant dans le champ d'application de la loi qu'ils soient inclus ou non dans des unités multi-patronales. Il existe une distinction importante, cependant, entre les dispositions du Québec et celles du Manitoba. Au Québec, les dispositions dites "anti-scab" prohibent l'embauche de tout substitut, permanent ou temporaire, en période de grève ou de lock-out alors qu'au Manitoba, l'embauche de substituts temporaires pour la durée de la grève ou du lock-out n'est pas interdite. Ces dispositions ne traitent pas, en soi, du droit des grévistes à leurs emplois mais, indirectement, et par la force des choses, elles leur assurent une certaine sécurité.

La seconde catégorie inclut les dispositions conférant aux grévistes un droit absolu à leurs emplois bien que, dans

(7) Trade Union Act, id., n. 2, art. 99.

(8) Industrial Relations Act, id., n. 2, art. 50(2).

(9) Labour Act, id., n. 2, art. 59.

(10) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 68.

(11) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 131(2).

(12) Code du travail, id., n. 2, art. 109.1.

(13) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 10.1.

certain cas, ce droit soit limité dans le temps. Ainsi, au Manitoba, la législation a assorti la prohibition concernant l'embauche de substituts permanents de dispositions (14) conférant un droit absolu aux grévistes à leurs emplois sans limite dans le temps. En Ontario il existe une disposition prohibant l'embauche de briseurs de grève professionnels (15) tout comme au Manitoba (16) et en Colombie Britannique (17) mais elle n'interdit pas l'embauche de substituts (18). Cependant, le législateur ontarien a prévu une disposition conférant aux grévistes un droit absolu à leurs emplois durant une période de six mois (19). Au Québec, le législateur a non seulement prohibé l'embauche de tout substitut, permanent ou temporaire, comme nous l'avons vu, mais en outre il a assorti les dispositions "anti-scab" d'une disposition (20) conférant aux grévistes un droit absolu à leurs emplois sans limite dans le temps.

(14) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 11 et 11.1.

(15) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 71a.

(16) Labour Relations Act, id., n. 2, art. 11.2.

(17) B.C. Labour Code, id., n. 2, art. 1(1) et 3(3)(d).

(18) Voir Securiguard Services Ltd. (1979) 2 Can. LRBR 408 (C. Br.); Okanagan Mainline Municipal Labour Relations Association (1974) 1 Can. LRBR 289 et Haul-Away Disposal Ltd. et al (1975) 2 Can. LRBR 97.

(19) Ont. Labour Relations Act, id., n. 2, art. 73.

(20) Code du travail, id., n. 2, art. 110.1

Dans les provinces anglaises, par conséquent, mis à part celles prohibant l'embauche de substituts par les employeurs compris dans des unités multi-patronales, seul le Manitoba interdit l'embauche de substituts permanents par tout employeur, qu'il soit inclus ou non dans une unité multi-patronale, et seule cette province et celle de l'Ontario confèrent un droit absolu de réintégration aux grévistes. Dans les autres juridictions, en l'absence de directives législatives à cet effet, c'est le régime de droit commun, si l'on peut dire, tel qu'établi par la décision de la Cour suprême dans l'affaire Zambri qui prévaut de sorte que la question de la réintégration des grévistes est généralement soumise au rapport de forces entre les parties et est solutionnée par les clauses des protocoles de retour au travail négociées entre elles.

Néanmoins, dans la juridiction fédérale, en l'absence de quelques directives législatives spécifiques, le Conseil canadien des relations du travail décidait, le 27 mai 1983, dans l'affaire Eastern Provincial Airways (21) que le refus d'un employeur de réintégrer les grévistes au terme de l'arrêt de travail au motif que leurs postes étaient tous occupés par des substituts embauchés au cours de la grève constituait une pratique déloyale donnant ouverture à ses pouvoirs remédiateurs. Plus spécifiquement, le Conseil décidait que l'employeur avait

(21) (1983) 51 di 209.

contrevenu au devoir de négocier de bonne foi et de faire tout effort raisonnable en vue de conclure une convention collective prévue par l'article 148a) du Code canadien du travail en soumettant au syndicat un protocole de retour au travail contenant diverses clauses en vertu desquelles les pilotes dont les postes avaient été comblés par des substituts ne seraient réintégrés qu'au fur et à mesure que leurs postes seraient libérés par lesdits substituts.

Selon l'approche adoptée par le Conseil, le statut des substituts engagés en période de grève ne saurait être que temporaire et n'est susceptible de se transformer et de devenir permanent que lors de la survenance de certains événements. L'octroi de la permanence par l'employeur avant que ces événements ne soient survenus constitue en soi une pratique déloyale. A titre de mesure remédiate, le Conseil ordonnait à l'employeur de réintégrer les grévistes dans leurs fonctions antérieures ou à des postes substantialement équivalents même si pour cela, les substituts devaient être déplacés, transférés, rétrogradés ou tout simplement congédiés de façon à faire place aux grévistes.

Le Conseil fondait son ordonnance sur une interprétation inusitée de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Zambri. Il s'inspirait, en outre, de la doctrine de la conversion d'une grève connue en droit américain.

La décision du Conseil, il va sans dire, devint immédiatement l'objet d'une guérilla judiciaire. Dès le 30 mai 1983, le président de la compagnie, M. Harry Steele, annonçait publiquement qu'il ne réintégrerait pas les pilotes qui avaient participé à la grève avant que la Cour d'appel fédérale n'ait statué sur une demande en révision judiciaire de la décision du Conseil (22). Le 31 mai 1983, les représentants d'une demi-douzaine de syndicats manifestaient leur soutien aux pilotes en grève en participant à un ralliement qui eut lieu à Moncton au Nouveau-Brunswick (23). L'affaire prit une dimension politique lorsque le président du Congrès du Travail du Canada de l'époque, Dennis McDermott, réagit à la déclaration de M. Steele en faisant parvenir, le 6 juin 1983, une lettre ouverte au premier-ministre du Canada dans laquelle il écrivait:

If defiance of the law and the Board's ruling is tolerated it may become increasingly difficult for the Congress to persuade its affiliates that they too should comply with the law (24).

-
- (22) "Airline To Go To Court Over Labour Board Ruling", The Citizen, 31 mai 1983; "Airline, Strikers Dispute Decision", The Moncton Transcript, 31 mai 1983; "E.P.A. Wants Order Quashed", The Chronicle Herald, 31 mai 1983.
- (23) "Clipped Wings", The Chronicle Herald, 1er juin 1983.
- (24) "C.L.C. To Trudeau: Feds Must Back Unions", The Toronto Sun, 7 juin 1983.

Le ministre du Travail de l'époque, Lloyd Axworthy fut questionné peu de temps après à la Chambre des Communes et dut expliquer que les ordonnances du Conseil étaient exécutoires nonobstant le fait qu'elles faisaient l'objet d'une demande de révision judiciaire (25). L'affaire éveilla l'attention du mouvement ouvrier au Canada sans compter celle des législatures provinciales. Le gouvernement ontarien faisant déjà l'objet de pressions déposait le 7 juin 1983 le Projet de loi 62 amendant le code du travail de cette province et introduisant les dispositions dont nous avons parlé plus haut prohibant l'embauche de briseurs de grèves professionnels (26). Le Québec resserrait davantage encore ses dispositions "anti-scab" en déposant, le 27 juin 1983, devant l'Assemblée Nationale, le Projet de loi 17 (27).

Pendant ce temps, Dennis McDermott déclarait:

It is not possible for us to stand idly by while an employer under federal labour laws is allowed to ride roughshods over workers' rights. (28)

(25) The Toronto Star, 1er juin 1983.

(26) An Act To Amend the Labour Relations Act, 1983) PLO 62 (1ère lecture, 7 juin 1983).

(27) Loi modifiant le Code du travail et diverses dispositions législatives, 1983 PLQ 17 (1ère lecture, 23 juin 1983).

(28) The Toronto Star, 7 juin 1983.

De leur côté, certains académiciens tels que le professeur Innis Christie déclarait sur les ondes de Radio-Canada que la décision du Conseil "... has moved the law" (29).

La décision du Conseil fut éventuellement cassée par la Cour d'appel fédérale pour bris aux règles de justice naturelle (30) et renvoyée au Conseil pour qu'une nouvelle audition soit tenue. Ce dernier rendit une nouvelle décision et émit substantiellement les mêmes ordonnances (31). Cette seconde décision fut par la suite maintenue par la Cour d'appel fédérale (32) et une demande de permission d'appeler à la Cour suprême fut présentée devant cette dernière mais elle fut éventuellement retirée.

Récemment, cependant, le juge McIntyre de la Cour suprême du Canada donnait son aval à la seconde décision du Con-

(29) Nous n'avons pu obtenir copie de la transcription de l'émission de Radio-Canada au cours de laquelle le professeur Christie a fait cette déclaration mais le procureur de l'employeur dans cette affaire, Me Roy Heenan, a porté cette dernière à la connaissance de la Cour d'appel fédérale au cours de l'audition de la demande en révision judiciaire de la décision du Conseil.

(30) Eastern Provincial Airways Ltd. v. Canada Labour Relations Board (1984) 1 C.F. 732, 50 N.R. 81 (C.A. Fed.) et Appleton et al v. Eastern Provincial Airways Ltd. (1983) 50 N.R. 99 (C.A. Fed.)

(31) (1983) 54 di 172.

(32) Eastern Provincial Airways Ltd. v. Canada Labour Relations Board (1984) 65 N.R. 81 (C.A. Fed.).

seil en référant à cette dernière au soutien de la proposition selon laquelle les grévistes jouissent dans la juridiction fédérale d'un droit à la réintégration à la suite d'une grève, faisant faire de la sorte au droit sur cette question un tête-à-queue complet depuis la décision de cette Cour dans l'affaire Zambri. Dans le Renvoi relatif à la validité des dispositions sur l'arbitrage obligatoire contenues dans la Public Service Employee Relations Act (33) le juge écrit:

L'employé qui cesse de travailler n'envisage pas un retour au travail, alors que les grévistes envisagent toujours un retour au travail. Reconnaisant ce fait, la loi ne considère pas la grève comme une rupture de contrat ni comme une cessation d'emploi. Chaque province et le Parlement fédéral ont adopté une mesure législative qui préserve le rapport employeur-employé au cours d'une grève (...). En outre, de nombreuses lois accordent aux employés le droit à la réintégration à la suite d'une grève (Ontario, Loi sur les relations de travail, art. 73; Québec, Code du travail, art. 110.1; Manitoba, The Labour Relations Act, art. 11; voir aussi Canadian Airline Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Limited (1983) 5 C.L.R.B.R. (N.S.) 368) et, dans la province de Québec, il est expressément interdit à l'employeur de remplacer ses employés licitement en grève (art. 109.1) (34) (Les soulignés sont de nous)

(33) Dans l'Affaire d'un Renvoi fondé sur le paragraphe 27(1) de la Judicature Act R.S.A. 1980, chap. J-1; et dans l'Affaire de la validité des dispositions sur l'arbitrage obligatoire contenues dans la Public Service Employee Relations Act, la Labour Relations Act et la Police Officers Collective Bargaining Act, R.S.A. 1980, chap. P-33, L-11 et P-12.05; et dans l'Affaire de l'exclusion de certains salariés des unités de négociation collective, C.S. Can., Ottawa, no 19234, 9 avril 1987.

(34) Id., pages 25 et 26 des notes du juge McIntyre.

Or le Conseil canadien s'est fondé dans ses deux décisions sur des dispositions que l'on retrouve dans tous les codes du travail des provinces anglaises. Il en résulterait que tant en Ontario et au Manitoba où il existe des dispositions spécifiques traitant du droit des grévistes à la réintégration que dans les autres provinces où il n'existe pas de telles dispositions, si dans ces dernières les Conseils adoptent une interprétation semblable à celle du Conseil canadien des relations du travail, l'état du droit serait dorénavant le suivant: un employeur peut embaucher, en période de grève, des substituts mais il doit s'en départir au terme de l'arrêt de travail pour faire place aux grévistes qui désirent reprendre leurs emplois puisque le défaut de réintégrer ces derniers est susceptible de constituer une pratique déloyale de travail. Ce régime apparaît beaucoup plus souple que celui en vigueur au Québec et constitue l'alternative canadienne aux articles 109.1 et 110.1 du Code du travail du Québec. La rigidité, à cet égard, du régime québécois a été décrite comme suit par le professeur Weiler:

The Quebec legislation, colloquially known in the province as the "anti-scab" law, was first included in the Quebec Labour Code in 1977. The original section 109.1 was designed mainly to bar the employer from using either unit members who were unwilling to strike or replacements hired off the street (...). In 1983, the law was tightened considerably to bar management's use of outside contractors or management and non-unit employees from other establishments. (...) The latter action pro-

duced even more controversy among Quebec employers than did the first (34a).

L'endossement qu'a reçu la seconde décision du Conseil par la Cour suprême est fort limité cependant puisque bien que le juge McIntyre faisait partie de la majorité, il a rédigé des notes distinctes de celles des autres juges de la majorité et il est le seul de ces derniers à référer à la décision du Conseil. En outre, le bien-fondé de la décision du Conseil n'était pas au coeur du débat dont la Cour était saisie et elle n'a pas fait l'objet de l'examen requis pour qu'elle puisse faire autorité sur le sujet. Le fait, par ailleurs, que cette décision du Conseil ait été maintenue par la Cour d'appel fédérale constitue certes un précédent mais il ne lie par les cours dans les autres provinces. La question du droit des grévistes à leurs emplois dans les juridictions où il n'existe pas de directives législatives spécifiques n'est pas, en conséquence, définitivement tranchée.

(34a) Paul Weiler, Striking A New Balance: Freedom Of Contract And The Prospects For Union Representation, (1984) 98 Harvard Law Review, 351, page 413. En fait, en droit québécois, un employeur ne pourra avoir recours, dans l'établissement où sévit la grève, pour effectuer du travail d'unité, qu'aux cadres ou personnel de direction de cet établissement s'ils ont été embauchés avant le début de la phase des négociations ainsi qu'aux cadres ou personnel de direction de ses autres établissements si ces derniers ont, encore une fois, été embauchés avant le début de la phase des négociations et si l'unité en grève s'étend à ces autres établissements. Il est vrai que l'employeur pourra aussi avoir recours à la technique du "contracting out". Cependant, cette pratique est sujette à l'application des droits de succession et, partant, à la transposition de l'état de grève chez le sous-entrepreneur. Le régime québécois, par conséquent, restreint sévèrement la capacité de l'employeur d'opérer en période de grève.

Le premier objet de la présente étude est de jeter un regard critique sur les décisions qui ont façonné le régime applicable dans ces juridictions soit les affaires MacKay Radio, Zambri et Eastern Provincial Airways. Il importe, à cette fin, de replacer ces dernières dans leur contexte législatif. Puisque toutes trois mettent en cause l'étendue de la protection du droit des travailleurs de participer à une grève sans faire l'objet de représailles ainsi que la portée des dispositions protégeant leur statut d'employé, et que tant aux États-Unis qu'au Canada les lois traitant des coalitions ouvrières et de leurs activités ont été influencées, à l'origine du moins, par la Common Law et la législation anglaise, nous étudierons cette dernière à la Partie 1.

Nous serons ainsi en mesure d'évaluer, d'une part, à quel point les lois de relations de travail en vertu desquelles ces décisions ont été rendues se démarquaient de la Common Law et de la législation anglaise et protégeaient le droit de participer à une grève. Nous pourrons, d'autre part, évaluer la conformité de ces décisions avec les objectifs recherchés par ces lois.

Le second objet de la présente étude est d'analyser le régime de droit américain. Nous en traiterons à la Partie 2. Après avoir analysé la décision de la Haute Cour américaine dans l'affaire Mackay Radio, nous retracerons l'évolution de la jurisprudence au cours des trente années qui ont suivi cette

décision. Il importe, en effet de bien cerner le régime de droit engendré par l'affaire Mackay Radio tel que ce dernier a évolué et s'est cristallisé à la fin des années 1960 parce que c'est en réaction à ce régime que ceux de l'Ontario, du Manitoba et celui de la juridiction fédérale ont été façonnés.

Nous aborderons, enfin, à la Partie 3, après l'analyse de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Zambri, l'étude des régimes statutaires de l'Ontario et du Manitoba ainsi que celui de création jurisprudentielle dans la juridiction fédérale. A la lueur de l'étude du régime américain effectuée à la Partie 2, nous serons en mesure d'apprécier l'influence de ce dernier sur les régimes en question.

PARTIE 1 - LE DROIT ANGLAIS

Nous relatons dans la présente Partie l'évolution de la Common Law et de la législation anglaise relative aux coalitions ouvrières et à leurs activités. Nous avons divisé le Titre 1 en quatre grandes étapes dont l'une se termine en 1872. C'est, en effet, à cette époque que le Parlement canadien a adopté ses premières lois "légalisant" les syndicats ouvriers et leurs activités en réaction à la Common Law anglaise qui était en vigueur au Canada depuis la conquête britannique. La Common Law anglaise sur ces sujets a influencé également les tribunaux américains à la fin du dix-neuvième siècle comme nous le verrons à la Partie 2.

Le titre deuxième est consacré à l'impact de la grève en Common Law sur le contrat individuel de travail. La Common Law anglaise sur ce sujet a eu des répercussions au Canada suscitant, comme nous le verrons à la Partie 3, l'adoption, en 1918, par le Parlement canadien d'une disposition visant à modifier l'état du droit sur cette question (34b).

(34b) Voir, infra, pages 198 et 215 et suivantes.

TITRE 1 - PROTECTION STATUTAIRE DU DROIT DE PARTICIPER A DES
ACTIVITES CONCERTÉES

CHAPITRE 1 - DU QUATORZIÈME SIÈCLE AUX "COMBINATION ACT" DE
1799, 1800 ET 1825

En 1347 des vaisseaux génois, en provenance de la mer Noire, abordent en Sicile: ils apportent avec eux une terrible maladie qui sévissait alors en Crimée et rendait noir le corps de ses victimes, d'où son nom de peste noire. Le mal se répand très rapidement. En 1348, les pays méditerranéens et la France sont atteints. En 1347, l'Europe centrale, les Pays-Bas, l'Angleterre; en 1350, l'Écosse et les pays scandinaves. Depuis dix ans déjà sévit la guerre de "Cent Ans" entre la France et l'Angleterre. Dans une population affaiblie par la sous-alimentation et une natalité insuffisante, les pertes dues à la guerre, à la famine et à l'épidémie tournent à la catastrophe: entre vingt-cinq à trente pour cent de la population disparaît. L'économie occidentale alors déjà en difficulté depuis le début du siècle souffre maintenant d'un déficit de main-d'oeuvre qui entraîne une hausse générale des salaires (35). Dans les campagnes, des mouvements de révolte s'amorcent ébranlant le système domanial:

(35) Luce Pietri, Marc Vinard, Le monde et son histoire, La fin du Moyen Age et les débuts du monde moderne, du XIIIe siècle au XVIIe siècle, Paris, Ed. Robert Lafont, 1976, pages 146 à 160.

Le mouvement le mieux connu est celui qui agita le sud-est de l'Angleterre au milieu du XIV siècle. A l'origine de la révolte, les efforts des seigneurs pour parer à la crise du régime domanial: ils exigent de leurs tenanciers des corvées qui avaient été souvent commuées en redevances à l'époque de la prospérité et lorsque la peste noire décime la main-d'oeuvre, ils obtiennent du roi une législation du travail toute en leur faveur. Ce statut des travailleurs publié en 1350 par une ordonnance royale précise, en effet:

"La peste ayant enlevé une grande partie du peuple et frappé surtout les ouvriers et les serviteurs, un certain nombre de gens ont profité du manque de bras pour exiger des salaires excessifs, préférant mendier plutôt que d'en accepter de moindres. Le roi, en son conseil, a donc pris les décisions suivantes:

1°) Toute personne, homme ou femme, âgée de moins de 60 ans, qui n'a aucune occupation définie, aucune fortune particulière, aucune possession foncière, devra travailler quand elle en sera requise et accepter les gages usités en 1346 ou dans les cinq ou six années précédentes, sous peine de prison (...).

4°) Ceux qui donneront ou recevront des salaires supérieurs à ceux de 1346 paieront à celui qui se plaindra de cette infraction le double de la somme qu'ils auront donnée ou reçue. Si le coupable est un seigneur, il paiera le triple."
(36)

Le statut dont il s'agit dans cet extrait est le "Ordinance of Labourers" de 1349 continué par le "Statute of

(36) Id., pages 161, 162.

Labourers" de 1351 puis par le "Statute of Artificers" de 1562. (37).

En vertu de ces lois et ordonnances, les travailleurs sont contraints de travailler aux salaires qui avaient cours avant que la peste noire ne décime la main-d'oeuvre et la détermination de ces salaires est confiée, à l'origine, à des juges de paix puis, éventuellement, sont fixés par statuts. A titre de corollaire, les coalitions ("combination") de travailleurs ayant pour but de faire augmenter les salaires sont prohibées (38). C'est ici qu'apparaît pour la première fois cette notion de coalition de travailleurs. Marie-Louis Beaulieu explique les origines de ces dernières de la façon suivante:

A l'époque de la réglementation de l'emploi au moyen de statuts, on vit apparaître en Angleterre de nombreux clubs et de nombreuses sociétés secrètes d'ouvriers, dont les activités augmentèrent avec la désintégration du régime du Moyen âge et du début des temps modernes. Parmi les activités de ces clubs et de ces sociétés, figuraient les pétitions qu'ils adressaient au Parlement, les unes pour demander l'application des lois en vigueur, les autres pour obtenir des augmentations de salaire, des diminutions d'heures de travail ou autres chan-

(37) Voir Marie-Louis Beaulieu, Les conflits de droit dans les Rapports Collectifs de Travail, Québec, Les Presses Universitaires Laval, 1955, page 29; Georges Adams, Canadian Labour Law, Ontario, Canada Law Book Inc., 1985, page 2 et Edward Sykes, Strike Law in Australia, Australie, The Law Book Co. of Australia PTY Ltd., 1960, pages 72 et 73.

(38) Edward Sykes, id., page 73.

gements aux conditions d'emploi fixées par les statuts. Ces activités eurent d'abord un caractère passager. On les appelait les "combinations", ce qu'on peut traduire par "coalition". Elles étaient formées à l'occasion de la présentation d'une pétition au Parlement, ce qui fait qu'elles n'étaient pas permanentes. Plus tard, elles le devinrent et formèrent de véritables associations. Ce sont les ancêtres des trade-unions modernes (39).

Il appert que ce régime de réglementation de l'emploi par statut se maintint jusqu'à l'avènement de la Révolution industrielle et tomba alors en désuétude (40). La politique gouvernementale à cette époque changea radicalement et passa de la réglementation excessive à l'absence de réglementation quasi complète (41):

Public policy again adapted to economic change with the advent of the Industrial Revolution and labour abundance brought on by migration to cities and towns. (...) An employer was no longer legally bound to employ his employees for a fixed term and neither were employees bound to stay at work. Under ordinary circumstances the labourer could not be enjoined from quitting work nor the employer from dismissing him. And, therefore, under no ordinary circumstances, could either obtain damages for breach of contract. In essence, the employment relationship became an unsuper-

(39) Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, pages 29 et 30.

(40) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 73; Georges Adams, op.cit., n. 37, page 2, et A.W.R. Carrothers, Collective Bargaining Law in Canada, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1986, page 13.

(41) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 2.

vised relationship from the law's viewpoint. This legal position accorded with the economic thought of the day and, more importantly, provided the mobility of labourers which could be thereafter fired, laid off, or paid at fluctuating rates of pay (42).

Lorsque les ouvriers tentèrent, au 18e siècle, par voie de coalitions, d'améliorer leurs conditions de travail, le Parlement réagit en adoptant des lois spéciales applicables à certaines industries en particulier fixant, à nouveau, le taux des salaires, assorties de prohibitions contre les coalitions d'ouvriers visant à faire augmenter ces salaires (43). Les tribunaux, pour leur part, créèrent la doctrine du complot criminel en matière de relations de travail (44). Élaborée à la fin du 18e siècle, cette doctrine a particulièrement été appliquée au cours de la période de 1825 à 1875. Nous y reviendrons plus en détails plus loin (44a).

A la fin du 18e siècle, par conséquent, tant la loi dans les industries visées par les lois mentionnées ci-dessus que la Common Law considéraient les grèves issues des coalitions

(42) Ibid.

(43) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 73; Georges Adams, op.cit., n. 37, page 3.

(44) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 2; A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 13 et Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 30.

(44a) Voir, infra, page 31 et suivantes.

de travailleurs comme étant criminelles. Lorsque ces statuts spéciaux s'avérèrent insuffisants, le Parlement adopta en 1799 la première loi anticoalition, le "Combination Act" (45) remplacée l'année suivante, par la deuxième loi du même nom (46). En vertu de cette dernière, toute coalition ou association d'ouvriers formée et oeuvrant dans tout le champ couvert par l'industrie était prohibée. Elle contenait, en outre, les interdictions suivantes:

The later Act (...) contained a general prohibition under penalty of all combinations of workmen to regulate the conditions of their work, for obtaining an advance in wages or an alteration of the hours of work, for decreasing the quantity of work or for preventing any person from employing whomsoever he should think proper, and of all combination of masters for receiving wages or altering hours of work or increasing the amount of work (47).

(45) Combination Act, 1799, 39 Geo. III, c. 81.

(46) Combination Act, 1800, 39 et 40 Geo. III, c. 106.

(47) Edward Sykes, op.cit., n. 37, pages 73 et 74.

La loi conférait également aux juges de paix juridiction pour fixer les salaires, réglementer les méthodes et la durée du travail ainsi que pour agir à titre d'arbitre en vue de régler les conflits entre employeur et employés (48). Sous l'égide de cette loi, les poursuites contre les associations ouvrières devinrent fréquentes. Ce régime de répression engendra le mécontentement et des troubles ouvriers mais sous l'influence de réformistes (49), le Parlement adopta, en 1824, une loi (50) abrogeant les "Combination Act". L'effet de cette loi était le suivant:

(...) The Act of 1824 removed from the purview of the criminal law all combinations to alter wages, hours, quantity or conditions of work or to induce persons to depart from work or to refuse to enter into work (51).

En permettant aux ouvriers de se former en coalition en vue d'inciter d'autres ouvriers à cesser de travailler, cette loi reconnaissait et légalisait implicitement la grève (52). L'année qui suivit fut justement marquée de nombreuses grèves

(48) Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 31.

(49) Francis Place, Joseph Hume de même que le philosophe Bentham.

(50) An Act to Repeal the Laws Relative to the Combination of Workmen, 1824, 5 Geo. IV, c. 95.

(51) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 74.

(52) Ibid.; Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 32.

provoquant de vives réactions au Parlement. Ce dernier adopta, en 1825, un nouveau Combination Act (53) abrogeant la loi de 1824.

Bien que cette nouvelle loi, moins libérale que la précédente, limita la légalité des coalitions ouvrières uniquement à celles ayant pour objet la détermination des salaires et des heures de travail, les auteurs tiennent généralement qu'elle constitue la première expression d'une politique gouvernementale reconnaissant la valeur de la négociation collective:

(...) Members of a trade union were only liable to charges of criminal conspiracy if they were involved in a dispute other than one designed to improve wages or reduce hours of work. The new statute, therefore, permitted employees to meet with their employer and bargain over rates or wages and hours of work. To this extent collective bargaining was recognized (54).

La loi prohibait, cependant, sous peine de sanctions pénales, toute action de nature à équivaloir à "violence", "menace", "intimidation", "molestation", "entrave" ou "obstruction" visant à inciter un travailleur à se joindre à une coalition ouvrière ou à forcer un employeur à modifier la façon de

(53) Combination Act, 1825, 6 Geo. IV, c. 129.

(54) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 4. Voir aussi A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 14.

conduire ses affaires (55). Par ailleurs, alors que la loi de 1824 reconnaissait le droit de grève, ce dernier, en vertu de la nouvelle loi, était douteux. Elle n'incluait pas, en effet, dans le champ des coalitions légales celles visant à inciter les ouvriers à cesser de travailler:

All that was mentioned was the meeting together of persons and the entering into of an agreement for the purpose of fixing the desired wage or hours of working. (...) Whilst some judges were prepared to concede a reasonable freedom of strike action, others, whilst paying lip service, were prepared to hold illegal all the tactics without which strike action would be doomed to failure.

What appeared to have been given by Parliament was largely taken away by the Courts (56).

Pour saisir le raisonnement des tribunaux dans les décisions rendues au cours des cinq décennies qui suivirent, il faut revenir à la doctrine du complot criminel en Common Law. C'est en se fondant sur cette dernière ainsi que sur les dispositions de la loi de 1825 que les tribunaux proscrivent toute coalition ouvrière dont l'objet ne visait pas exclusivement la détermination des salaires et heures de travail ainsi que les

(55) Ibid.; Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 74.

(56) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 74.

moyens traditionnels de pression utilisés par les associations ouvrières tel que le boycott primaire ou secondaire. Ils proscrirent également les grèves, lorsqu'il en résultait la moindre pression susceptible d'être assimilée à une conception étroite d'intimidation ou d'obstruction.

CHAPITRE 2 - LA DOCTRINE DU COMLOT CRIMINEL

Les auteurs font remonter les origines du complot criminel à la fin du 13e siècle, début 14e siècle, dans les "Ordinancy of Conspirators" de 1293, 1300 et 1305. Ces ordonnances ne traitaient pas des coalitions ouvrières. Elles prohibaient, entre autres, les complots ayant pour objet de faire porter des accusations criminelles non fondées contre une personne et, de la sorte, abuser le système judiciaire. La notion de complot criminel est donc d'origine statutaire (57). Il appert, en effet, que jusqu'au 17e siècle la Common Law ne connaissait pas de telle notion:

There appears to be no evidence that (...) any other crime of conspiracy or combination was known to the Common Law than that

(57) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 75; Innis Christie; The Liability of Strikers in The Law of Tort, A Comparative Study of The Law in England and Canada, Research Series No. 5, Industrial Labour Relations Centre, Queen's University, 1967, page 63.

which was authoritatively and "finally" defined in A.D. 1306 by the Ordinancy of Conspirators 33 Edw. I, (...). During the reigns from that of Edward III to the end of that of Elizabeth various statutes were directed against combinations for treasonable purposes or for breaches of the peace. But no mention has been found in any of the writers, reports or abridgements of the period before the 17th century of any kind of conspiracy, confederation or combination, as being criminal at common law, except the crime of conspiracy as defined by the ordinance of 1305. (58)

Au cours du 17e siècle, les tribunaux en vinrent néanmoins à tenir que la doctrine du complot criminel existait en Common Law (59). Ils définirent les éléments essentiels de ce crime de la façon suivante. Un complot:

(...) consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such design rests in intention only, it is not indictable. Where two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself punishable (60).

-
- (58) Sir R.S. Wright, The Law of Criminal Conspiracies and Agreements, Philadelphie, Blackstone, 1887, pages 5 et 6, rapporté dans Innis Christie, op.cit., n. 57, page 63.
- (59) Edwards Sykes, op.cit., n. 37, page 75.
- (60) Mulcahy v. The Queen, (1868), 57 L.R. 3 E & I app. 306, page 317 rapporté dans Innis Christie, op.cit., n. 57, page 63. Voir aussi, Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 75. La définition du complot criminel est la même au Canada: Gagnon c. Fondation Maritime Ltd., (1961) R.C.S. 435, page 439. L'essence de l'infraction réside dans la concertation, la "coalition", non dans la commission de l'acte.

En d'autres termes, en vertu de cette doctrine, même si une loi de nature pénale ne prohibait que la commission d'un acte et non le complot, une coalition ou concertation entre diverses personnes en vue de commettre cet acte était jugée criminelle en vertu de la Common Law, que cet acte soit, de fait, commis ou non.

Le professeur Christie explique comment la création de cette doctrine au 17e siècle ouvrit la porte à la création d'une autre doctrine de complot criminel au 18e siècle dont l'application aux coalitions ouvrières en ferait des "criminal conspiracies". Traitant de l'évolution des décisions rendues en vertu des "Ordinancy of Conspirators", il écrit:

First, the requirement that the crime be completed was dropped; it was then no longer necessary that the victim of the conspiracy [to bring false indictments and thus defeat the end of justice] had been tried and acquitted. This change engendered the concept that the very combination to abuse legal procedures was itself criminal and that idea was then applied to other crimes. Finally criminal conspiracy was held to be confined to cases where that which was agreed upon was itself criminal (61).

C'est ainsi que lors de la montée des coalitions ouvrières au 18e siècle, les tribunaux prétendirent trouver dans

(61) Innis Christie, op.cit., n. 57, page 64.

certaines décisions antérieures à 1799 une doctrine de Common Law issue de celle développée en matière pénale au 17e siècle selon laquelle une entente entre diverses personnes en vue de commettre un acte quelconque pouvait constituer un complot criminel même si cet acte, commis individuellement, n'était pas illégal. L'élément essentiel de l'infraction résidait, ici également, dans la concertation ou la coalition de plusieurs individus sans tenir compte, cependant, de la légalité aux yeux de la loi de l'acte envisagé. A titre d'exemple, le juge Grose écrit, dans l'affaire R. v. Mawbey (62) ce qui suit:

In many cases an agreement to do a certain thing has been considered as the subject of an indictment for a conspiracy, though the same act, if done separately by each individual without any agreement among themselves, would not have been illegal. As in the case of journeymen conspiring to raise their wages: each may insist on raising his wages, if he can; but if several meet for the same purpose, it is illegal and the parties may be indicted for a conspiracy (63).

L'idée prédominante de la doctrine résidait dans la répression de l'action collective des coalitions ouvrières jugée plus contraignante que l'action individuelle à l'endroit de la liberté de commerce de l'employeur et de son droit de disposer

(62) (1796), 101 E.R. 736.

(63) Id., page 745.

de son capital comme il l'entendait, libre de toute entrave. C'est en s'appuyant sur cette doctrine que les tribunaux décidèrent, au 18e siècle, que les coalitions ouvrières constituaient des "criminal conspiracies" en Common Law tant par leur objet que par les moyens qu'ils utilisaient indépendamment des prohibitions concernant la formation de telles coalitions contenues dans les lois spéciales adoptées par le Parlement au cours de ce siècle visant diverses industries particulières.

Selon les auteurs (64), cependant, il n'existait, avant l'adoption des Combination Act de 1799 et 1800 que trois décisions pouvant servir de fondement à une telle doctrine. La première est celle de Lord Mansfield dans R. v. Eccles (65) datant de 1783 dans laquelle ce dernier avait décidé que:

(...) A combination not to work under certain wages is an indictable offense (66).

La seconde est celle du juge Grose dans l'affaire Mawbey mentionnée ci-dessus datant de 1796. Mais, comme l'indique le professeur Christie:

(64) Innis Christie, op.cit., n. 57, page 65.

(65) (1783) 168 E.R. 240.

(66) Id., page 241.

The case was, however, dealing with a conspiracy to pervert the course of justice, so this dictum was quite obiter. Presumably it was based on R. v. Journeymen-Taylors of Cambridge (67) which, as has frequently been pointed out, was decided on the basis of a statute prohibiting combination for the purposes charged (68).

Somme toute, des trois décisions dans lesquelles était supposément énoncée la doctrine de Common Law selon laquelle les coalitions ouvrières constituaient des complots criminels, il ne reste que celle de Lord Mansfield dans l'affaire Eccles. Il faut en conclure, comme l'ont fait d'ailleurs la doctrine et les tribunaux vers la fin du 19e siècle (69) que l'existence de cette doctrine en Common Law était, au mieux, douteuse et qu'elle ne pouvait servir à mettre hors-la-loi les coalitions ouvrières et leurs activités.

(67) (1721) 88 E.R. 9.

(68) Innis Christie, op.cit., n. 57, pages 65, 66.

(69) Le professeur Innis Christie, op.cit., n. 57, réfère, à la page 66 de son livre, à plusieurs auteurs qui soutiennent ce point de vue. Ces derniers sont: R.W. Wright, op.cit., n. 58; N.A. Citrine, Trade Union Law, 2e ed, Londres, Stevens, 1977, page 77; H. Vister et A.H. Gardiner, Trade Union Law and Practice, Londres, Sweet & Maxwell, 1958, page 90; David Harrison, Conspiracy as a Crime and as a Tort in English Law, Londres, Sweet & Maxwell, 1924, page 10; et R.Y. Hedges et Allan Winterbottom, Legal History of Trade Unionism, Londres, Langmans, Green and Co., 1930. Les décisions des tribunaux incluent celles de la Cour d'appel dans Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow and Co., (1892) A.C. 25, pages 39, 46, 51, 57 et 58 ainsi que dans A.G. of Australia v. Adelaide Steamship Co., (1913) A.C. 781, page 797. Voir aussi les décisions auxquelles réfère le juge McRuer dans R. v. Zambri, (1961) 31 D.L.R. (2d) 209, page 217 et ss. (Ontario High Court).

Il s'ensuit nécessairement, à titre de corollaire, que le droit de former des coalitions ou associations ouvrières et d'exercer les moyens de pression utilisés par ces dernières (lorsqu'ils étaient exercés de façon pacifique) existaient en Common Law en ce sens que ces activités n'étaient pas prohibées par le droit commun. Ils ont précédé les lois du 19e siècle qui n'ont été nécessaires en vue de "légaliser" les coalitions de travailleurs et leurs activités qu'en raison de la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières. Créée de toute pièce par les tribunaux, cette doctrine traduisait, en dernière analyse, l'inadaptation de la Common Law, préoccupée par les rapports entre individus, aux phénomènes collectifs.

CHAPITRE 3 - DE 1825 A 1872

Ce qui n'empêcha pas les tribunaux d'appliquer cette doctrine. Elle se confond, dans les décisions qu'ils ont rendues, suite à l'adoption des "Combination Act" de 1799 et 1800, avec l'effet de ces dernières. Rendue inapplicable par la loi de 1824, elle refait surface après l'adoption de la loi de 1825 et trouve dans l'imprécision de cette dernière, un terrain fertile à sa croissance jusqu'aux années 1870.

Les auteurs discernent dans les décisions des tribunaux trois courants jurisprudentiels. Le premier (70) était à l'effet que toute association ou coalition de travailleurs ayant pour objet de régler les rapports entre employeur et employés était illégale parce qu'elle portait atteinte à la liberté de commerce et, partant, à l'intérêt public. Par conséquent, l'objet même des coalitions ouvrières était, en soi, illégal.

La principale décision de ce courant est celle du juge Crompton dans Hilton v. Eckersley (71) rendue en 1855 laquelle fut éventuellement rejetée comme étant erronée par la Cour d'appel en 1892 dans Mogul Steamship Co. v. McGregor (72). Les juges qui adhérèrent à ce courant, bien que peu nombreux (73), décidèrent que toute coalition ouvrière était et demeurait illégale en Common Law sauf celles expressément permises par la loi de 1825, à savoir celles ayant exclusivement pour objet la détermination des salaires et des heures de travail. Par voie de conséquence, une grève visant tout autre objet tel que, par exemple, forcer un employeur à se départir d'employés non membres du syndicat était illégale.

(70) Edward Sykes, op.cit., n. 37, pages 75 et 76.

(71) (1855) 119 E.R. 781, page 784.

(72) Voir n. 69.

(73) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 75.

Le second courant jurisprudentiel (74) s'appuyait sur le droit de tout individu de disposer de son capital comme il l'entend, libre de toute entrave résultant de l'action d'une personne aussi bien que de celle d'une coalition d'individus. Les tribunaux décidèrent, par conséquent, que les moyens utilisés par les coalitions ouvrières résultaient de complots visant à porter préjudice au commerce de l'employeur et, à ce titre, étaient criminels. Il s'ensuivait que les activités d'associations ouvrières visant, par exemple, à inciter des personnes ou des entreprises à ne pas faire affaire avec un employeur donné ou à persuader des ouvriers de ne pas travailler pour cet employeur constituaient un complot criminel parce qu'elles avaient pour objet de porter préjudice à cet employeur. Contrairement à la doctrine classique, le caractère criminel des moyens utilisés par les associations ouvrières ne résultait pas tant, ici, du fait qu'ils étaient issus d'une coalition, comme du fait de la coercition ou molestation dont l'employeur faisait l'objet dans l'exercice de son droit de disposer de son capital comme il l'entendait (75).

Le troisième courant (76) s'inspirait des dispositions pénales de la loi de 1825 prohibant toute action de nature

(74) Ibid.

(75) R. v. Rowlands (1851) 5 Cox c.c. 436.

(76) Edward Sykes, op.cit., n. 37, pages 78 et 79.

à équivaloir à "violence", "menace", "intimidation", etc. Ces dispositions visaient les individus mais pouvaient être utilisées par les tribunaux en vue de condamner toute action d'une telle nature résultant d'une coalition de travailleurs. En effet, d'une part, lorsqu'il était établi qu'un acte avait, de fait, eu pour effet d'intimider un employé et de le contraindre à adhérer au syndicat ou, particulièrement, à se joindre à une grève, la coalition de travailleurs de laquelle était issu cet acte était jugée constituer un complot criminel. On se fondait ici sur la doctrine de Common Law élaborée au 17^e siècle selon laquelle une entente entre diverses personnes en vue de commettre un acte prohibé par une loi de nature pénale est criminelle (77). D'autre part, certains juges firent appel à la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières élaborées au 18^e siècle. Ils décidèrent que bien que l'action d'un individu pouvait ne pas être de nature contraignante, elle équivalait à "molestation" ou "obstruction" si elle était accomplie par un groupe ou une coalition d'employés et, à ce titre, elle était de nature criminelle (78). Enfin, les termes "molestation", "obstruction", "intimidation" n'étant pas définis par la loi, ils pouvaient être interprétés de façon à englober certaines actions des associations ouvrières telles que, par

(77) R. v. Duffield (1851) 5 Cox c.c. 404; R. v. Rowlands (1851) 5 Cox c.c. 436.

(78) Walsby v. Anley, (1861) 3 E & E 516.

exemple, une menace de grève laquelle pouvait être jugée équivaloir à "intimidation".

Les opinions, par conséquent, étaient fort partagées. Selon les auteurs, bien que la loi de 1825 ne semblait pas légaliser les grèves quels qu'en soient leurs objets, les tribunaux reconnaissaient généralement que si les coalitions ouvrières visant à augmenter les salaires ou à diminuer les heures de travail n'étaient pas illégales tel que le spécifiait la loi, une cessation concertée de travail, c'est-à-dire une grève visant un tel objet ne pouvait, par conséquent, être illégale (79). C'est l'imprécision des termes "intimidation", "coercition", "obstruction" combinée avec la doctrine du complot criminel qui posait problème:

Thus while under the 1825 Act workmen could legally combine to raise wages they could not attempt to pressure their employer into agreement, even by peaceful persuasion, without committing acts of "obstruction" and bringing down upon themselves the net of hopeless entanglements that is the law of conspiracy (80).

L'imprécision de la loi fut réduite par le Molestation of Workmen Act (81) de 1859 qui, comme les lois de 1871 dont

(79) R. v. Rowlands (1851) 5 Cox c.c. 436, pages 460 et 480; William Erle, Memorandum on Trade Union Law, 1869.

(80) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 79.

(81) 1895, 22 Vict., c. 34.

nous traiterons ci-après, visaient à définir plus clairement les concepts de "molestation", "intimidation", "coercition" utilisés dans la loi de 1825. La loi de 1859 prévoyait ce qui suit:

(...) No person was to be deemed liable for criminal conspiracy or for molestation or obstruction under 6 Geo. IV, c. 129 [la loi de 1825] by reason of his agreeing with others to fix wages or hours of work or of his endeavouring in a peaceable manner and without threat of intimidation to persuade others to cease or abstain from work for that purpose (82)

En précisant que le fait d'inciter, de façon pacifique, une personne à cesser de travailler ne constitue pas une infraction, la loi remédiait à l'incertitude qui découlait de la loi de 1825 à l'égard du droit de grève, tout en restreignant la légalité des grèves à celles visant exclusivement la détermination des salaires et des heures de travail. La loi reconnaissait également un droit limité au piquet pacifique (83).

En 1871 deux nouvelles lois adoptées par le Parlement reflétèrent à nouveau un intérêt gouvernemental croissant dans la pratique de la négociation collective. La première, le Criminal Law Amendment Act (84) abrogeait les lois de 1825 et

(82) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 80.

(83) Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 32 et Georges Adams, op.cit., n. 37, page 4.

(84) (1871) 34 & 35 Vict., c. 32.

1859 et limitait le crime de complot à certains actes d'intimidation ou de coercition précis. Elle prévoyait expressément que personne ne peut être condamné pour des actes entravant le "libre cours du commerce" sauf si ces actes sont de la nature de ceux prohibés et s'ils ont été commis dans un but de coercition:

This legislation in effect legalized peaceful strike action although it remained a penal offence to use threats of violence in an effort to coerce a person to belong, or not to belong to a union, to stop work, to alter the manner of carrying on an employer's business or the number of persons he employed (85).

La deuxième loi, le Trade Union Act (86) prévoyait, d'une part, qu'une association ouvrière n'est pas illégale du fait qu'elle a pour objet de restreindre la liberté de commerce et, d'autre part, que ses membres ne sont pas sujets à poursuite pour complot criminel. Elle remédie, en outre, à l'incapacité civile des syndicats à conclure des contrats, ouvrant ainsi la porte à la conclusion de conventions collectives valides (87). Enfin, elle conférait un statut juridique aux syndicats et prévoyait à cette fin un système d'enregistrement, bien que la loi leur était applicable même s'ils ne s'enregistraient pas (88).

(85) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 4.

(86) (1871) 34 & 35 Vict., c. 31.

(87) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 4; A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, pages 15 et 16.

(88) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 20.

Il aura donc fallu plus de 45 ans après l'abrogation des Combination Act de 1799 et 1800 et cinq lois, soit celles de 1824, 1825, 1859 et 1871 pour que le Parlement "légalise", négativement si l'on peut dire, le droit d'existence des associations ouvrières ainsi que, de façon limitée, les moyens de pressions utilisés par ces dernières dont la grève et le piquet.

Le règne de la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières n'était pas pour autant terminé. En effet, en 1872, le juge Brett dans l'affaire R. v. Bunn (89) décida que la loi de 1871 n'avait pas entièrement épuisé la doctrine du complot criminel. Il jugea que des employés qui avaient menacé de faire la grève dans une entreprise de services publics en vue de forcer l'employeur à réintégrer un ouvrier qu'il avait congédié avaient, de la sorte, participé à un complot criminel ayant pour objet "(...) an unjustifiable annoyance and interference with the masters in the conduct of their business" (90). Edward Sykes commente cet arrêt de la façon suivante:

The concept invoked is one of conspiracy to effect common law coercion (...). If this interpretation was to be removed, the

(89) (1872) 12 Cox 316.

(90) Id., page 316, voir Paul Davies and Mark Freedland, Labour Law, Text and Materials, 2e éd., Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1984, page 707.

legislature had the choice either of erecting an exhaustive definition of intimidation or, alternatively, removing the doctrine of criminal conspiracy itself. The legislature preferred to adopt the latter alternative, though it also concerned itself with the question of intimidation (91).

L'état de la législation et de la Common Law anglaise, par conséquent, au moment où, au Canada, éclate la grève des typographes de 1872, première crise ouvrière que connaisse le pays depuis la Confédération, a donc évolué au point où, la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières a été abolie par les statuts alors que les tribunaux, pour leur part, en se fondant sur cette même doctrine, qui, comme nous l'avons vu, n'existait pas en Common Law, s'ingénie à réaviver cette dernière et à déborder la législation.

CHAPITRE 4 - DE 1872 A 1906

Le gouvernement de Disraeli élu en 1874 fit adopter, en 1875, le Conspiracy and Protection of Property Act (92). Cette loi, qui abroge le Criminal Law Amendment Act de 1871 prévoyait à l'article 3 ce qui suit:

(91) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 80.

(92) (1875) 38 & 39 Vict., c. 86.

An agreement or combination by two or more persons to do or procure to be done any act in contemplation or furtherance of a trade dispute shall ... not be indictable as a conspiracy if such act committed by one person would not be punishable as a crime (93).

Cet article abolissait, en matière pénale du moins, le crime de conspiration. Cependant, en ne définissant pas l'expression "trade dispute", l'étendue de l'immunité à des conflits mettant au prise des protagonistes autres que l'employeur et les employés tels que dans le cas de conflits de juridiction, par exemple, était incertaine. Par ailleurs, la loi reconnaissait à nouveau le droit de grève et expressément le piquet pacifique dit d'information (94).

Depuis 1853, cependant, les tribunaux avaient développé la doctrine selon laquelle le fait d'inciter une personne à ne pas respecter un contrat ("inducing breach of contract") donnait ouverture à une poursuite en dommages-intérêts (95) de sorte que les officiers d'un syndicat qui organisait et déclarait une grève en incitant des employés à cesser de travailler engageaient leur responsabilité civile. La défense

(93) Voir Paul Davies and Mark Freedland, op.cit., n. 90, page 707.

(94) Voir Edward Sykes, op.cit., n. 37, pages 81 et 82.

(95) Lumley v. Gye (1853), 2 E & B 216.

selon laquelle une telle action était justifiée en vue de promouvoir les intérêts des membres du syndicat n'était pas acceptée (96). Par ailleurs, les tribunaux appliquèrent la doctrine du complot dans le contexte civil et décidèrent qu'un boycott secondaire, par exemple, est issu d'un complot civil ayant pour objet de porter préjudice à l'employeur et donne, par conséquent, ouverture à des dommages-intérêts (97). Les tribunaux décidèrent, en outre, que les syndicats étaient responsables des dommages causés par la conduite fautive de leurs membres et qu'ils pouvaient faire l'objet de poursuites sous leur propre nom en tant qu'entité distincte, qu'ils soient ou non enregistrés en vertu du Trade Union Act de 1871. (98) Enfin, des décisions contradictoires furent rendues sur l'étendue du droit de piquetage (99).

Ces décisions eurent beaucoup de répercussions dans les milieux politiques surtout au sein du Parti travailliste qui

-
- (96) South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Company Ltd., (1905) A.C. 239; voir aussi Paul Davies and Mark Freedland, op.cit., n. 90, pages 718 et 720.
- (97) Quinn v. Leatham (1901 A.C. 495; Tempertonc. Russell, (1893) 1 Q.B. 435 (C.A.).
- (98) Taff Vale Ry. Co. v. Amalgamated Soc. of Ry. Servants (1901) A.C. 426.
- (99) Lyons v. Wilkins (1896) 1 ch. 811 (C.A.) et (1899) 1 ch. 255 (C.A.); Ward, Lock and Co. Ltd. v. Operative Painters' Assistants' Society, (1906) 22 T & R 327 (C.A.); voir Innis Christie, op.cit., n. 57, pages 29 à 35.

venait de naître (100). Ce qui suscita le Trade Disputes Act (101) de 1906. L'article 1 abolissait la doctrine du complot civil comme l'avait fait, en matière criminelle, la loi de 1875. L'article 3 remédiait à l'effet de l'affaire Quinn c. Leathem (102) en mettant à l'écart la doctrine du "inducement of breach of contract" dans le cas de contrat individuel de travail. L'article 4 immunisait les syndicats contre les poursuites civiles à raison des dommages causés par leurs membres et remédiait ainsi à l'effet de l'affaire Taff Vale Railway Company (103). Le piquet pacifique était de nouveau formellement reconnu, l'article 7 décrétant qu'une telle activité n'engage ni la responsabilité criminelle ni la responsabilité civile de ceux qui y participent si ce dernier est effectué "... in contemplation or furtherance of a trade dispute" (104). La loi, enfin, définit le terme "trade dispute" et, de la sorte, limite le champ des conflits ainsi que les activités de piquetage soustraites au droit criminel et à la responsabilité civile (105).

(100) Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 33.

(101) 1906, 6 Edw. VII, c. 47.

(102) Id., n. 63.

(103) Id., n. 64. Voir Edward Sykes, op.cit., n. 37, pages 145 et 146.

(104) Edward Sykes, op.cit., n. 37, page 82.

(105) Ibid.

Cette loi, par conséquent, consolidait et balisait les acquis du mouvement ouvrier découlant des lois libératrices de 1824, 1825, 1859, 1871 et 1875 jusqu'alors constamment débordées par la "créativité des tribunaux". Il importe de garder à l'esprit, cependant, que la législation anglaise n'a jamais dépassé le stade des lois à caractère libératrice pour passer à la protection positive du droit d'association et du droit de grève. Il s'agit de la distinction fondamentale entre la législation anglaise et celles des États-Unis et du Canada.

TITRE 2 - LA PROTECTION DU STATUT D'EMPLOYÉ DU GRÉVISTE

L'effet de la grève en Common Law sur le contrat individuel de travail a été décrit comme suit par le professeur Hepple:

In Britain, the individual who takes part in a strike almost certainly breaks his contract of employment and this even if he gives a strike notice to the employer. At common law, this breach will usually be construed as a repudiation by the employee of his fundamental obligation to work entitling the employer summarily to dismiss him (106).

(106) B.A. Hepple, Great Britain, dans R. Blanpain, International Encyclopedia For Labour Law and Industrial Relations, Kluwer, The Netherlands, Vol. 5, 1980, page 189.

La participation à une grève est considérée comme un bris des obligations de l'employé susceptible de constituer un "repudiatory breach" autorisant l'employeur à ne plus se considérer lié par ses propres obligations découlant du contrat. Ainsi, lorsque aucun avis de grève n'est donné propre à résilier les contrats individuels de travail des employés y participant, les tribunaux analysent ce bris de contrat de la façon suivante:

[There is] a settled, confirmed and continued intention on the part of the employee not to do any of the work which under his contract he had been engaged to do; which was the whole purpose of the contract. Judged by the usual standards, such conduct by the employee appears to us to be repudiatory of the contract of employment (107).

Il en est de même lorsqu'un avis de grève est donné. La participation à cette dernière par un employé constitue aussi un "repudiatory breach" dont l'employeur peut se prévaloir, à son choix, pour considérer le contrat comme étant définitivement rompu:

Lord Denning M.R.'s remarks in Stratford v. Lindley [1965] A.C. 269 still hold good from the legal point of view and in the reality of the situation: "the strike notice is nothing more nor less than a notice that the men will not come to work. In short they will break their contract". The contract will remain alive only for so long as the employer chooses not to

(107) John Bowers, Industrial Action and the Individual Contract of Employment, (1986) New Law Journal, 65, page 65.

exercise his right to accept the employee's fundamental breach as terminating the contract (Rookes v. Barnard [1963] 1 Q.B. 623 at 1204 per Lord Devlin (108).

Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'un "repudiatory breach" parce que la participation à la grève n'a pas été précédée d'un avis, ou qu'il s'agisse d'un bris de contrat dont l'employeur se prévaut pour congédier sommairement l'employé, l'employeur n'a évidemment aucune obligation de reprendre ledit employé à son emploi par la suite vu le principe de la liberté contractuelle (108a). Si l'employeur reprend le gréviste à son emploi, ce sera en vertu d'un nouveau contrat.

Lord Denning a, pour sa part, modifié son opinion en 1968 dans l'affaire Morgan v. Fry (109) en substituant à la théorie du bris de contrat celle selon laquelle la participation à une grève n'a pour effet que de suspendre les obligations découlant du contrat individuel de travail. Il a soutenu dans cette affaire que tout contrat individuel de travail contient une condition implicite selon laquelle les obligations découlant de ce dernier sont suspendues lors de la participation à une grève si un avis approprié à cet effet, c'est-à-dire un avis de

(108) Ibid.

(108a) Voir P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford, Clarendon Press, 1979, pages 408 à 412.

(109) (1968) 2 Q.B. 710.

grève, est donné. Sa théorie n'a cependant jamais été retenue par les tribunaux et elle fut rejetée en 1971 par la Commission Donovan (110).

Il résulte de ce qui précède qu'en droit commun anglais, une grève qui n'est pas précédée d'un avis de grève ou de résiliation de contrat individuel de travail est illégale (111). Il ne faut pas accorder, cependant, à l'adjectif "illégal" le même sens qu'au Canada. En vertu des codes du travail modernes que l'on trouve dans les diverses juridictions au pays, une grève est illégale si son objet est autre que la poursuite de gains économiques ou si elle est déclarée avant que le processus de conciliation ne soit épuisé (112). En droit anglais, comme nous l'avons vu, la législation ne légalise les grèves que par voie d'immunités à l'encontre de la responsabilité civile ou criminelle. Si la législation anglaise traite de l'objet des grèves, elle ne protège pas de façon positive ce droit ni ne régleme le moment où le droit de grève peut être exercé. Il s'ensuit ce qui suit:

(110) Ken Foster, Strikes and Employment Contracts, (1971) 34 Modern Law Review, 275, page 281.

(111) John Bowers, loc.cit., n. 107, page 65.

(112) H.W. Arthurs, D.D. Carter, H.J. Glasbeek, Labour Law And Industrial Relations In Canada, 2nd ed, Toronto, Butterworths, 1984, page 237.

An important consequence of the absence of a positive "right to strike" in Britain is that there is no such phenomenon as a "lawful" or an "unlawful" strike. Individuals who organize strikes may commit various torts or crimes and employees who strike may break their contracts. The strike itself is neither lawful nor unlawful (113).

En conclusion, il appert qu'en droit anglais, le statut d'employé du gréviste n'est pas protégé. La réintégration de ces derniers au terme d'un arrêt de travail est généralement réglée dans les protocoles de retour au travail négociés entre les parties. Les grévistes que l'employeur refuse de reprendre à son emploi possèdent, par ailleurs, depuis 1971, un recours pour congédiement injuste en vertu de l'article 62 du Employment Protection Consolidation Act (114).

(113) B.A. Hepple, loc.cit., n. 106, page 191.

(114) Voir Steven D. Anderman, The Law of Unfair Dismissal, 2e éd., Londres, Butterworths, 1985, pages 248 à 263.

PARTIE 2 - LE DROIT AMÉRICAIN

Nous traiterons dans la présente partie du droit du gréviste à son emploi en vertu du National Labor Relations Act (115) tout en faisant de brèves incursions en droit commun américain tel que ce dernier existait antérieurement à l'adoption du Wagner Act de 1935.

En l'absence de dispositions spécifiques, le N.L.R.B. et les tribunaux ont créé certains droits en faveur des grévistes en s'appuyant sur les dispositions de la loi protégeant leur statut d'employé (article 2(3)) ainsi que sur celles protégeant leur droit de participer à des activités concertées, telle une grève (articles 7, 8 et 13).

Les deux premiers titres de notre étude sont ainsi consacrés à l'étude des dispositions de la loi américaine pertinentes à notre sujet. Au troisième titre, il est question des types de grèves protégés par la loi, soit la grève dite de pratiques déloyales et celle à caractère purement économique. Les droits des grévistes, en effet, varient selon la nature de la grève à laquelle ils ont participé. Nous étudierons ces

(115) National Labor Relations Act, 49 Stat. 449-57 (1935), modif. par 61 Stat. 136-52 (1947), 65 Stat. 601 (1952), 72 Stat. 945 (1958), 73 Stat. 525-42 (1959), 84 Stat. 930 (1970), 88 Stat. 395-97 (1974), 88 Stat. 1972 (1975), 94 Stat. 347 (1980), 94 Stat. 3452 (1980); 29 U.S.C., chap. 169 (Supp. 1981).

droits aux Titres 4, 5 et 6. Enfin, le dernier titre est consacré à la critique du droit américain.

Le droit américain relatif au droit des grévistes à leurs emplois comporte plusieurs facettes mais pour les fins de la présente étude, nous nous sommes limités spécifiquement au droit à la réintégration de ces derniers. Il reste que l'étude du droit américain sur cette question est intéressante parce qu'elle démontre qu'il est possible, par une interprétation large et libérale des dispositions du N.L.R.A. qui sont substantiellement au même effet que celles que l'on retrouve dans les codes des provinces canadiennes anglaises ainsi que dans le Code canadien du travail de conférer aux grévistes un droit absolu à leurs emplois sans pour autant donner aux syndicats un avantage affectant l'équilibre recherché par la loi entre les parties.

TITRE 1 - LA PROTECTION STATUTAIRE DU DROIT DE PARTICIPER A DES ACTIVITÉS CONCERTÉES

CHAPITRE 1 - DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE A 1935: PHASE LIBÉRATRICE

Bien que les "Combination Act" anglais de 1799 et de 1800 ne faisaient pas partie de l'héritage juridique américain, ces lois ont néanmoins eu un impact important aux États-Unis en ce sens qu'au début du dix-neuvième siècle les tribunaux de plusieurs États adoptèrent précisément, à l'endroit des grèves et

autres activités concertées par des employés, la doctrine anglaise du "criminal conspiracy" (116). Cette doctrine fut retenue par la Cour suprême des États-Unis et appliquée par les tribunaux jusqu'à ce que vers la fin du dix-neuvième siècle, l'injonction, en tant que moyen beaucoup plus efficace à contrôler et proscrire les activités des syndicats, vint supplanter les poursuites fondées sur le complot criminel. En fait, les historiens font remonter le recours massif à l'injonction dans le contexte des conflits de travail aux environs des années 1886-1888. (117)

L'adoption du "Sherman Act" (118) en 1890, loi dite anti-trust américaine, vint à cette même époque donner de nouvelles bases juridiques à l'injonction:

The Sherman Act almost immediately after its passage became, and for a long while remained, one of the major predicates for the issuance of labor injunctions (119).

Cette loi, en effet, prohibait en son article 1 "... every contract, combination ... or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several State" et pourvoyait à

(116) Theodore Kheel, Labor Law, t. 1, New York, Matthew-Bender & Co. Inc., 1972, para. 2.03, page 2-34.

(117) Id., page 2-57 à 2-73.

(118) (1890), 26 Stat. 209.

(119) Id., para. 2.07, page 2-78.

l'émission d'une injonction ainsi qu'à des poursuites civiles et pénales en cas de contravention (120). Aucune disposition ne soustrayait les syndicats ouvriers à l'application de cette loi de sorte qu'inévitablement, au cours des années qui suivirent l'adoption de cette dernière, non seulement l'injonction continua d'être abondamment utilisée mais, en outre, les tribunaux décidèrent, à plusieurs reprises, dans le contexte de grèves et autres formes d'actions concertées par les syndicats et leurs membres, que ceux-ci pouvaient faire l'objet de poursuites en vertu de la loi parce qu'ils constituaient des "illegal combinations in restraint of trade or commerce" (121).

Le "Clayton Act" (122) de 1914 fut la première loi adoptée par le Congrès américain en vue de remédier à cet état de choses. L'article 6 de cette loi prévoyait, entre autres, (a) que les lois anti-trust ne devaient pas être interprétées de façon à prohiber l'existence et les activités légitimes des organisations ouvrières ainsi que les activités de leurs membres

(120) Voir Annexe 2 pour le texte complet de cet article.

(121) Parmi les décisions les plus importantes dans lesquelles les Cours fédérales ont appliqué la loi Sherman aux activités des syndicats rapportées par cet auteur, voir United States v. Workingmens's Amalgamated Council, (1893) 54 Fed. 994 (E.D. La. 1893); Waterhouse v. Comer, (1893) 55 Fed. 149 (D. Ga. 1893); United States v. Debs et al, (1894) 64 Fed. 724 (C.A. du septième (7e) circuit); conf. par 1895 158 U.S. 564 (C. suprême); Loewe v. Lawlor, 208 U.S. 214 (mieux connue sous le nom de "Dawberry Hatter's Case"); Gompers v. Bucks Stair & Rouge Co., 221 U.S. 418, 32 S. Ct. 492 (Cour suprême).

(122) Clayton Act, (1914) 38 Stat. 731.

dans la poursuite des objectifs de telles organisations et, (b) que ni les organisations ouvrières ni leurs membres ne devaient être considérés comme constituant des "illegal combinations or conspiracies in restraint of trade" au sens des lois anti-trust (123). L'article 20 de la loi, pour sa part, prévoyait que les tribunaux fédéraux ne pouvaient enjoindre "... any person or persons, whether singly or in concert, from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor" (124). Bien que cette disposition visait principalement à restreindre l'émission d'injonctions dans le contexte de conflits de travail donnant lieu à l'une ou l'autre des actions concertées énumérées audit article, le législateur allait plus loin en édictant que lorsque ces activités étaient exercées de façon pacifique, elles ne devaient pas être "... considered or held to be violations of any law of the United States". En dépit de ces termes très larges et de l'objectif recherché par la loi, le "Clayton Act" n'eut pas l'effet escompté:

The Clayton Act not only failed to achieve labor's aim, but rather increased the scope, frequency, and effectiveness of labor injunctions. In its initial test in the Supreme Court in 1917, in the Paine Lumber case (125), the Court, while affirming the denial of injunctive relief did so on the technical ground that injunctions were not obtainable by private

(123) Voir Annexe 2 pour le texte complet des articles 6 et 20 de cette loi.

(124) Ibid.

(125) Paine Lumber Co. v. Neal, 244 U.S. 459, 37 S. Ct. 718 (1917).

parties under the Sherman Act. The Court indicated that the Clayton Act would have permitted the issuance of an injunction, but that the statute was not applicable because it was enacted subsequently to the commencement of the action in the District Court. Thereafter, in the landmark case of Duplex Co. v. Deering (126), the Clayton Act was held to have effected no significant change with respect to the law relating to labor injunctions except to clarify the law to permit private parties as well as the government to obtain federal court injunctions (127).

En fait, en interprétant de façon restrictive les articles 6 et 20 du "Clayton Act", les tribunaux continuèrent à tenir que les syndicats violaient l'article 1 du "Sherman Act" lorsqu'ils s'adonnaient à une grève, à un boycott ou à du piquetage.

La reconnaissance réelle du droit de grève et, parallèlement, la fin du règne de l'injonction ne survint véritablement que lors de l'adoption du "Norris-LaGuardia Act" (128) en 1932 et particulièrement du "Wagner Act" (129) en 1935.

L'objectif poursuivi par le Congrès américain par l'adoption de la loi de 1932 a été énoncé dans les termes suivants par la Cour suprême des États-Unis:

(126) Duplex Printing Press Co. v. During (1921) 254 U.S.

(127) Theodore Kheel, op.cit., n. 116, para. 2.07, page 284.

(128) Norris-LaGuardia Act, (1932) 47 Stat. 70.

(129) 1935, 49 Stat. 449.

The underlying aim of the Norris-LaGuardia Act was to restore the broad purpose which Congress thought it had formulated in the Clayton Act but which was frustrated, so Congress believed, by unduly restrictive judicial construction. This was authoritatively stated by the House Committee on the Judiciary. The purpose of the Bill is to protect the rights of labor in the same manner the Congress intended when it enacted the Clayton Act (...) which Act, by reason of its construction and application by the Federal courts, is ineffectual to accomplish the congressional intent (130).

La loi réitérait à nouveau que les tribunaux fédéraux n'ont pas juridiction pour émettre des injonctions dans le cas de conflits de travail et étendait sa protection contre les injonctions aux grèves, piquetages et boycotts lorsque ces activités étaient menées de façon pacifique.

Il faut voir dans le "Clayton Act" et le "Norris-LaGuardia Act" les premières expressions d'une politique législative reconnaissant le droit aux parties d'utiliser la plénitude de leur moyen de pressions économiques, libre des entraves qu'avaient érigées par le passé la loi et les tribunaux. Cependant, si on lève les obstacles permettant dorénavant aux parties de se mesurer librement, il ne s'agit pas encore d'une politique législative protégeant de façon positive les travailleurs participant à des activités concertées telle une grève. Le professeur Gorman, traitant du "Norris-LaGuardia Act" et du "Wagner Act" écrit, en effet, ce qui suit:

(130) Milk Drivers' Union v. Lake Valley Co., 311 U.S. 91 (1940, page 127, 128.

The Norris-LaGuardia Act of 1932 sheltered peaceful strikes, picketing and boycotts against injunctions issued in federal courts at the behest of the employer (or the United States Attorney). It did not, however, shelter employees engaged in such concerted activities against employer self-help measures such as replacements or outright discharge. Indeed, the operative effect of the Norris-LaGuardia Act was to permit both labor and management to resort to whatever peaceful measures of economic self help could be mustered in support of their respective claims. The Wagner Act of 1935 departed from this philosophy, announcing instead that concerted employee activities were to be affirmatively protected as a means of promoting some measure of equality of bargaining power between employee groups and management ... (131).

CHAPITRE 2 - LE WAGNER ACT DE 1935: PHASE POSITIVE

La protection la plus complète du droit de grève survint, en effet, avec l'adoption de la loi de 1935. Le droit des employés de recourir à ce moyen de pression économique est garanti par l'article 7 de cette loi. Ce dernier protège le droit de participer "... in concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection". Puisque l'élément essentiel d'une grève consiste dans le fait qu'il s'agit d'une cessation concertée de travail, donc d'une activité concertée au sens de cet article, le droit de grève est clairement inclus dans les activités visées par l'article 7. Les

(131) Robert A. Gorman, Basic Text on Labor Law, Unionization and Collective Bargaining. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1976, page.

diverses activités également protégées par cet article sont les suivantes:

Employees shall have the right to self organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection (132).

L'article 13, pour sa part, énonçait ce qui suit:

Nothing in this Act shall be construed so as to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike (133).

Les garanties comprises dans ces articles étaient, par ailleurs, positivement protégées par les dispositions prohibant certaines pratiques déloyales. Ainsi, l'article 8(1) [aujourd'hui 8(a)(1)] édictait que:

It shall be an unfair labor practice for an employer to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7. (134)

L'article 8(3) [aujourd'hui 8(a)(3)] énonçait, pour sa part, ce qui suit:

(132) Voir Annexe pour le texte complet de cet article tel qu'il se lit aujourd'hui.

(133) Ibid.

(134) Ibid.

It shall be an unfair labor practice for an employer by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization (135).

Enfin, pour une plus ample protection du droit de grève, le terme "employé" fut défini de la façon suivante à l'article 2(3):

The term "employee" shall include any employee (...) and shall include any individual whose work has ceased as a consequence of, or in connection with, any current labor dispute or because of any unfair labor practice, and who has not obtained any other regular and substantially equivalent employment (...)
(136).

Nous verrons, ci-après, que le droit commun américain antérieur à l'adoption du "Wagner Act" reconnaissait déjà, semblablement aux prescriptions de l'article qui précède, qu'un employé qui cessait de travailler pour participer à une grève ne perdait pas pour autant son statut d'employé.

TITRE 2 - LA PROTECTION DU STATUT D'EMPLOYÉ DU GRÉVISTE

Traditionnellement, en droit américain, le contrat de travail a toujours été considéré comme étant selon le bon vou-

(135) Ibid.

(136) Ibid.

loir des parties (137). Le droit commun américain tenait, ainsi, à l'origine qu'un employé qui cessait de travailler pour participer à une grève manifestait ainsi son intention de mettre un terme à son emploi et, de ce fait, rompait son contrat de travail tel qu'il en avait le droit:

Formerly it was so well accepted as to be seldom questioned that on the instant of leaving the job, he [l'employé participant à une grève] ceased to be an employee. It was believed that either party had an absolute right to terminate the relation at any time, that the employee could quit work at any moment or the employer could dismiss him without reason. Going out on strike was looked upon as the exercise of this privilege of the worker (138).

Il résulte également de cette conception des relations individuelles de travail qu'un employeur n'avait aucune obligation de reprendre à son emploi une personne qui avait cessé de travailler pour lui (138a). Cependant, avec le temps, et ce bien avant l'adoption de l'article 2(3) du "Wagner Act", les tribunaux modifièrent leur perception et décidèrent qu'en

(137) Note (R.B.P.), The Status of Workmen Out on Strike, (1938) 24 U. of Virginia Law Review, 661. Cette notion de "employment at will" est consacrée par le treizième (13e) amendement de la Constitution américaine.

(138) Id., pages 662, 663.

(138a) Voir: Note, Replacement of Workers During Strikes, (1965-66) 75 Yale Law Journal 630, page 631 et Adair v. United States, 208 U.S. 1908; Union Pacific Railway v. Reef et al., 120 Fed. 102 (C.C.D. Neb. 1902).

participant à un arrêt de travail concerté, un employé ne manifestait pas son intention de mettre fin à son emploi. Au contraire ce dernier désirait conserver son emploi mais à de meilleures conditions de travail. C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'il en a été décidé dans l'affaire Jeffrey-DeWitt Insulator Company (139).

Dans cette affaire, une grève avait été déclarée par le syndicat le 15 juin 1935 suite à l'atteinte d'une impasse dans les négociations visant la conclusion d'une convention collective. Peu de temps après le début de la grève, l'employeur s'adressa aux grévistes et leur demanda, le 20 juin, de revenir au travail. Ces derniers refusèrent et la grève se poursuivit, par conséquent, jusqu'au 15 juillet 1935, date à laquelle un conciliateur du Département du travail se présenta chez l'employeur en vue d'amener les parties à solutionner le conflit. Le conciliateur rencontra l'employeur par la suite à plusieurs reprises et requit ce dernier, à chaque occasion, de reprendre les négociations avec le syndicat. L'employeur refusa toujours catégoriquement au motif qu'il n'avait aucune obligation à cet effet puisqu'en participant à l'arrêt de travail, les grévistes avaient cessé d'être ses employés. Le syndicat formula une plainte devant le National Labor Relations Board sous les articles 8(a)(1), 8(a)(3) et 8(a)(5) de la loi.

(139) Jeffrey-DeWitt Insulator Co. v. N.L.R.B., (1937) 1A LRRM 634 (C.A. du quatrième (4e) circuit), conf. (1936) 1 LRRM 428 (N.L.R.B.).

Le Board rejeta la plainte sous l'article 8(a)(3) mais retint les deux autres accusations. Il conclua que l'employeur avait contrevenu à l'obligation de négocier de bonne foi et, au surplus, qu'en refusant de négocier avec le syndicat, il avait porté atteinte au libre exercice des droits des employés protégé par l'article 7 de la loi. Reconnaisant, cependant qu'une simple ordonnance enjoignant à l'employeur de négocier serait inefficace, il lui ordonna en plus de réintégrer les grévistes dont les postes avaient été comblés subséquemment au 15 juillet, soit la date à laquelle l'employeur avait refusé de poursuivre les négociations avec le syndicat.

Devant la Cour d'appel du quatrième (4e) circuit, l'employeur plaida que le N.L.R.B. n'avait pas juridiction pour émettre les ordonnances mentionnées ci-dessus au motif qu'en refusant de revenir au travail le 20 juin alors que le "Wagner Act" n'était pas encore entré en vigueur, les grévistes avaient perdu leur statut d'employé. Partant, la protection de la loi ne leur était pas applicable le 15 juillet au moment où l'employeur avait présumément contrevenu à cette dernière.

Le "Wagner Act" étant entré en vigueur le 5 juillet 1935, soit dix jours avant le refus de l'employeur de négocier avec le syndicat, il était clair que les agissements de ce dernier, à cette date, étaient sujets à la loi. Cependant, les grévistes ne pouvaient invoquer la protection de cette dernière

que s'ils avaient conservé leur statut d'employé. A cet égard, le juge Parker référa à de nombreux arrêts traitant du statut juridique de l'employé en grève avant l'adoption du "Wagner Act" lesquels étaient à l'effet que le contrat de travail n'est pas rompu par la participation à une grève. Le juge décida ce qui suit sur cette question:

It has long been recognized by the law, as well as in common understanding, that the relationship existing between employer and employee is not necessarily terminated by a strike (...)

Irrespective of the statute, therefore, the strike did not of itself result in a complete severance of the relationship which had been established between the company and its employees (140).

Le juge Parker conclut, par conséquent, que tant et aussi longtemps qu'il existait un lien entre la compagnie et les grévistes, la protection de la loi était applicable à ces derniers. Partant, la Cour confirme les ordonnances du N.L.R.B.

Il convient de rapporter deux extraits des décisions auxquelles la Cour s'est référée. Le premier, tiré de l'affaire Michaelson v. United States (141) démontre à quel point le droit commun avait évolué:

(140) Id., pages 636 et 637.

(141) 291 Fed. 940 (C.A. du septième (7e) circuit).

(...) we agree with counsel for plaintiffs in error that a "strike" does not of itself terminate the relation of employer and employee. A controversy arises, and the employees, then at work, say to their employer: "We shall stop work until you are in what we may consider a more reasonable state of mind. We shall deprive you of our labor as a legitimate means of exerting economic pressure to induce you to yield. If we do not go out, we shall remain at hand, ready to negotiate with you concerning fair wages and working rules, and ready to return to work the moment we can agree." If, by reason of a failure to agree, the employees stop their work, a "strike" is on. They are no longer working and receiving wages; but, in the absence of any action other than above indicated looking to a termination of the relationship, they are entitled to rank as "employees", with the adjective "striking" defining their immediate status (142).

Le second extrait qui suit, tiré de l'affaire Tri-City Central Trades Council v. American Steel Foundries (143) démontre la dissemblance entre le droit commun anglais et le droit commun américain qui assimile l'effet d'une grève à une suspension temporaire du contrat individuel de travail:

It is true a striker is not technically an employee. The relation of employer and employee is temporarily suspended during a strike. The situation has been described as: "A relationship between employer and employee that is neither that of a general employer and employee, nor that of employer and employee seeking work from

(142) Id., page 942.

(143) 238 Fed. 728, page 733.

them as strangers. Neither strike nor lockout fully terminates during the strike the relationship between the parties.
(Les soulignés sont de nous)

Nous verrons, lors de la critique du droit américain (143a), les diverses conclusions que l'on peut tirer du fait que le droit commun antérieur à l'adoption de l'article 2(3) du "Wagner Act" reconnaissait déjà que la participation à une grève ne devait pas être considérée comme un geste par lequel un employé manifeste son intention de mettre fin à son emploi.

TITRE 3 - DISTINCTION ENTRE LES TYPES DE GRÈVES PROTÉGÉES PAR LA LOI

Le N.L.R.A. protège deux types de grève, soit la grève dite de pratique déloyale et la grève à caractère économique. Nous distinguons, ci-après, entre ces deux types de grève.

CHAPITRE 1 - LA GRÈVE DITE DE PRATIQUE DÉLOYALE

Ce type de grève est généralement défini comme ayant été suscitée, ou prolongée, en tout ou en partie par des prati-

(143a) Voir, infra, page 169 et suivantes.

ques déloyales de travail commises par l'employeur (144). Les employés, ici, protestent en ayant recours à la grève, à l'encontre de gestes posés par l'employeur portant atteinte à leurs droits garantis par l'article 7 et protégés par l'article 8 de la loi.

Les origines historiques de l'appellation donnée à ce type de grève remontent au milieu des années 1930 suite à l'adoption du "Wagner Act". Il faut garder à l'esprit que les employeurs avaient, à cette époque, manifesté une forte opposition à l'adoption de cette loi et que l'application de cette dernière n'allait pas, dès le début, sans heurts. Cette loi prévoyait, entre autres, une obligation novatrice qui a fait couler beaucoup d'encre depuis, soit l'obligation de reconnaître le syndicat ayant légalement acquis des droits de représentation et de négocier de bonne foi avec ce dernier tel que prévu par l'article 8(5) de la loi [aujourd'hui 8(a)(5)]. L'un des objectifs recherchés par cette obligation a été décrit comme suit:

(144) Charles J. Morris, The Developing Labor Law, t. II, deuxième édition, Washington, D.C., The Bureau of National Affairs, B.N.A. Books, 1983, page 1007; Boe W. Martin, The Rights of Economic Strikers to Reinstatement: A Search For Certainty, (1970) Wisconsin Law Review, 1062, page 1063; John Alterman, Unfair Labor Practices In A Strike Context: From Balancing Competing Interests To Justifying Business Conduct, (1969) 23 U. of Miami Law Review, 747, page 751; Leonard Boudin, The Rights of Strikers, (1940-41) 35 Illinois Law Review of Northwestern U., 817, page 818; Frank H. Stewart, Conversion of Strikes: Economic To Unfair Labor Practice, (1959) 45 Virginia L. Review, 1322, page 1325.

The simplest and most direct purpose was to reduce the number of strikes for recognition. Prior to 1935, the outright refusal of employers to deal with a labor union was a prolific cause of industrial strife. The cause could be eliminated by placing an employer under a statutory duty to acknowledge as the legal representatives of all his employees any union designated by the majority. (...) (145)
(Les soulignés sont de nous)

Dans le contexte des années houleuses et difficiles, marquées de nombreuses grèves, qui suivirent la grande dépression de 1929, on espérait, en imposant une telle obligation, que la loi, ayant pour fonction "d'escorter les représentants des employés jusqu'au bureau de l'employeur" et ce dernier devant les reconnaître, ils entameraient des discussions pouvant mener à la conclusion d'une convention collective.

L'aversion des employeurs au syndicalisme et le refus de reconnaître les représentants légaux des employés ne cessa pas, cependant, du jour au lendemain du seul fait de l'adoption du "Wagner Act". Il n'est donc pas rare de trouver dans les recueils de jurisprudence de cette époque des décisions dans lesquelles, de façon typique, suite à la formation d'un syndicat dans une entreprise et l'acquisition par ce dernier de droits de représentation en conformité de la loi, l'employeur refusait catégoriquement de le reconnaître et de négocier avec lui, pré-

(145) Archibald Cox, The Duty To Bargain In Good Faith, (1958) 71 Harvard L. Review 1401, page 1404.

cipitant ainsi une grève des employés, suivie de leur remplacement par des substituts et du refus de l'employeur de reprendre les grévistes à son emploi. Le défaut de l'employeur de reconnaître le syndicat avait, par ailleurs, inévitablement pour effet de prolonger la grève tant et aussi longtemps qu'il s'obstinait dans cette attitude.

Bien que la contravention à l'article 8(a)(5) de la loi pouvait s'accompagner d'autres pratiques déloyales telles que la tentative d'ingérence dans la formation du syndicat, des congédiements discriminatoires et autres, la pratique déloyale la plus fréquente à cette époque, heurtant le plus l'objectif recherché par le "Wagner Act" visant à favoriser la conclusion de conventions collectives, était évidemment le refus de reconnaître le syndicat. Ce qui ne signifie pas, cependant, que seules les grèves causées ou précipitées par un tel refus sont aujourd'hui considérées comme des grèves de pratique déloyale. Avec le temps, en effet, le refus de reconnaître un syndicat et de négocier avec ce dernier a pris d'autres formes. Mais le principe demeure: toute grève causée ou précipitée par la commission d'une ou de pratiques déloyales quelconques commises par l'employeur est traitée comme une grève dite de pratique dé-

loyale lorsqu'un lien de causalité entre la grève et les pratiques déloyales est démontré (146).

Nous verrons au prochain titre comment le N.L.R.B. a exercé ses pouvoirs remédiateurs dans de telles situations (146a).

CHAPITRE 2 - LA GRÈVE A CARACTÈRE ÉCONOMIQUE

On définit la grève à caractère économique de la façon suivante:

An economic strike is one usually precipitated by the inability of management and labor to reach agreement over wages, hours or working conditions. However the term is often used as a catchall to describe any work stoppage that is not found to be an unfair labor practice strike (147).

(146) Les pratiques déloyales commises par l'employeur doivent constituer "a significant factor" ou, à tout le moins "a contributing cause" de la grève. En d'autres termes, il doit y avoir un "causal connection" entre la grève et les pratiques déloyales pour que la grève soit classée comme en étant une dite de pratique déloyale de travail: voir Theodore Kheel, op.cit., n. 116, t. 7, parag. 30.03[2], page 30-8, et D.S. McDowell and K.C. Huhn, NLRB Remedies For Unfair Labor Practices. Philadelphia, Pennsylvania, Labor Relations and Public Policy Series, Report No. 12, The Wharton School, 1975, page 132, et Robert A. Gorman, op.cit., n. 131, page 339.

(146a) Voir, infra, page 70 et suivantes.

(147) Theodore Kheel, op.cit., n. 116, t. 7, parag. 30.03[1], page 30-7. Voir aussi Boe W. Martin, loc.cit., n. 144, page 1063.

Le N.L.R.B. a ainsi décidé, par exemple, qu'une grève déclarée par des employés en vue de forcer l'employeur à reconnaître leur syndicat alors que ce dernier n'avait pas encore acquis ce droit en conformité de la loi, constituait une grève à caractère économique (148). Une telle grève de reconnaissance ne pouvait constituer une grève dite de pratiques déloyales puisque, contrairement aux situations décrites à la section précédente, le syndicat n'ayant encore acquis aucun droit de représentation en conformité de la loi, l'employeur n'était pas assujéti aux obligations de l'article 8(a)(5) de la loi et ne pouvait, par conséquent, y contrevenir. La grève n'avait donc pas été suscitée par une pratique déloyale commise par l'employeur.

CHAPITRE 3 - CONVERSION DE LA GRÈVE

Une grève entamée exclusivement dans la poursuite de gains économiques, c'est-à-dire non suscitée par quelque pratique déloyale que ce soit, peut être convertie en une grève dite de pratiques déloyales si l'employeur commet en cours de grève des infractions à la loi qui ont pour effet de prolonger l'arrêt de travail. C'est, en fait, dans le concept de la prolongation d'une grève développé au cours des années 1930 que se trouve la source de la doctrine de la conversion d'une grève à caractère

(148) Philanz Oldsmobile Inc., (1961) 137 NLRB 867, (1962) 50 LRRM 1262.

économique en une grève dite de pratiques déloyales. Comme l'indique un auteur:

This finding [prolongation de la grève par le refus continu de reconnaître le syndicat] was easy enough during the gigantic clashes of the 1930's, but the organization of the late 1930's, and particularly World War II brought new sophistry to strike conduct. Prolongation of an economic strike by independent unfair labor practices began to take subtler forms, and the Board was required to make careful analysis of the cause, conduct and end of the strike. In 1952 it stated the doctrine as follows:

"It is well established that an employer's unfair labor practices during an economic strike do not per se convert it into an unfair labor practice strike, absent proof of causal relationship between the unfair labor practices and the prolongation of the strike (149)."

The original concept of strike prolongation was thus redefined as outright conversion (150).

Il résulte de cette doctrine que les grévistes économiques dont les postes ont été comblés par des substituts embauchés après la date de la conversion de la grève seront considérés comme des grévistes dits de pratique déloyale et jouiront des mêmes droits que ces derniers. Les grévistes dont les postes ont été comblés avant la conversion de la grève, soit au cours de la période où la grève était à caractère purement éco-

(149) Harcourt & Co., (1952) 98 NLRB 892.

(150) Frank H. Stewart, loc.cit., n. 144, page 1329.

nomique, seront considérés comme des grévistes économiques et jouiront des droits de tels grévistes. Nous étudierons ces droits dans les prochains titres.

TITRE 4 - LE DROIT ABSOLU DES GRÉVISTES DITS DE PRATIQUE DÉLOYALE A LEURS EMPLOIS

Lorsqu'une grève est causée ou précipitée par une pratique déloyale commise par l'employeur, tel un refus de reconnaître le syndicat ayant légalement acquis ce droit, et qu'au cours de cette dernière l'employeur embauche des substituts auxquels il garantit la permanence de leurs emplois, l'infraction à l'article 8(a)(5) commise par l'employeur (le refus de reconnaître le syndicat) donne ouverture aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. Ce dernier émet alors au moins deux ordonnances. Il ordonne à l'employeur, d'une part, de se conformer à son obligation de reconnaître le syndicat et de négocier avec ce dernier et, d'autre part, de réintégrer les grévistes dans leurs fonctions. Il existe deux motifs justifiant cette ordonnance de réintégration.

Le premier motif est à l'effet que le processus de la négociation collective a été interrompu par la pratique déloyale commise par l'employeur et la reprise de ces dernières nécessite la réintégration des grévistes. En effet, comme l'indique un auteur:

Where an employer refuses to bargain with the union or, in violation of the Act, stops bargaining with it, a strike often follows. The Board must then direct the employer to bargain. But if the employer need not reinstate the strikers, with whom is he to bargain? Certainly not with the strike breakers whom the strikers' union does not represent; nor with the strikers if they are to be barred from rehiring. It is manifest that an employer could provoke strikes with impunity by means of this unfair labour practice, in the absence of his duty to reinstate strikers (151).

Par une telle ordonnance, en outre de celle enjoignant à l'employeur de reconnaître le syndicat et de négocier avec ce dernier, le Board cherche à rétablir le statu quo ante propre à assurer la reprise du processus de la négociation collective (152).

Le second motif justifiant une ordonnance de réintégration est à l'effet que la commission d'une pratique déloyale par l'employeur assujettit l'exercice de ses droits de gérance à l'occasion de l'embauche de personnel de remplacement aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. et affecte, en conséquence, la sécurité d'emploi des substituts. En effet, si l'employeur refusait de réintégrer les grévistes au motif que leurs emplois sont occupés par des substituts permanents, il contreviendrait à

(151) Leonard Boudin, loc.cit., n. 144, page 819.

(152) Ibid.

l'article 8(a)(3) donnant ainsi ouverture aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. en faveur des grévistes. Le raisonnement du Board à cet égard a été énoncé comme suit dans l'affaire Manville Jenckes Corporation (153):

(...) when the company engaged in (...) unfair labor practices (...), the normal right which the company had to select its employees became and was "vulnerable". Any refusal by the company (...) to reinstate upon application the employees who remained on strike, for no reason other than an unwillingness to displace persons hired after that date [date de la commission des pratiques déloyales], thereby discharging such employees, in effect and in result would discriminate, and constitute a discrimination regarding hire and tenure of employment, within the meaning of section 8(3) of the Act, against the employees [les grévistes] whose continuance and remaining on strike was caused by the company's unfair labor practices, in favour of persons [les substituts] whose position was one of sufferance, without greater right to their positions than their employer's defeasible right to employ them could afford (154).
(Les soulignés sont de nous)

Les substituts engagés dans le cadre d'une grève dite de pratiques déloyales ne détiennent, tel qu'il ressort de cet extrait, que des droits précaires dans leurs emplois. La Cour

(153) Manville Jenckes Corporation et al and Independent Textile Union of America, (1941) 8 LRRM 55 (NLRB).

(154) Id., page 61, voir également Frank H. Stewart, loc.cit., n. 144, page 1328.

d'appel du deuxième (2e) circuit dans l'affaire Remington Rand (155) soulignait d'ailleurs en ces termes la précarité de ces droits:

(...) it is probably true today that most men taking jobs so made vacant realize from the outset how tenuous is their hold (156).

Il s'ensuit que les grévistes dits de pratiques déloyales ont un droit absolu à la réintégration (157). L'employeur peut embaucher des substituts mais ceux-ci ne seront que temporaires car l'employeur doit obligatoirement reprendre les grévistes à son emploi même s'il doit déplacer ou congédier les substituts pour leur faire place (158). Le seul refus de les réintégrer est réputé être, en soi, tel que mentionné ci-dessus, une contravention à l'article 8(a)(3).

(155) NLRB v. Remington Rand Inc., (1938) 94 F. (2d) 862.

(156) Id., page 871. Voir également, sur la précarité des droits des substituts dans leurs emplois: Samuel Estreicher, Strikers and Replacements, (1987) C.C.H. Labor Law Journal 287, page 294.

(157) Charles J. Morris, op.cit., n. 144, pages 1007-1008; Boe W. Martin, loc.cit., n. 144, page 1064; John Alterman, loc.cit., n. 144, page 752; Leonard Boudin, loc.cit., n. 144, pages 818 à 821; Frank H. Stewart, loc.cit., n. 144, page 1325, D.S. McDowell and K.H. Huhn, op.cit., n. 146, page 133.

(158) Mastro Plastics Corp. v. NLRB, (1956) 350 U.S. 270, 37 LRRM 2587.

Par ailleurs, ce droit absolu à la réintégration suppose évidemment qu'il y a des emplois disponibles au terme de la grève. Lorsqu'un employeur ne peut se conformer immédiatement à une ordonnance de réintégration en raison du fait que l'arrêt de travail a affecté ses opérations et que des postes ont dû être éliminés temporairement, les règles suivantes s'appliquent. D'une part, les substituts doivent évidemment tous être congédiés (159). D'autre part, les postes disponibles doivent être affectés aux grévistes en ayant recours à un critère de sélection acceptable, telle l'ancienneté par exemple (160). Enfin, tous les grévistes restants doivent être placés sur une liste préférentielle de rappel au travail et être contactés au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité (161).

Les grévistes dits de pratiques déloyales sont mieux traités, comme nous le verrons dans les prochains chapitres, que les grévistes participant à une grève de nature économique. Il en est ainsi non seulement en ce qui a trait à la réintégration au terme de la grève mais également en ce qui a trait au droit de participer aux scrutins de représentation tenus en cours de

(159) Sunshine Hosiery Mills, (1936) 1 NLRB 664, 1 LRRM 49.

(160) Timken Sibert Automatic Co., (1936) 1 NLRB 335, 1 LRRM 30.

(161) Tiny Town Togs Inc., (1936) 7 NLRB 54; 2 LRRM 236. Voir sur ce sujet: D.S. McDowell et K.C. Huhn, op.cit., n. 146, page 122.

grève. La question qui se soulève lorsque l'employeur a embauché des substituts pendant l'arrêt de travail est de déterminer si les grévistes doivent être admis à participer à ce vote ou si uniquement les substituts ont ce droit. Il est établi que lorsqu'il s'agit d'une grève de pratiques déloyales, seuls les grévistes ont le droit de participer au scrutin peu importe à quel moment ce dernier a lieu. A l'inverse, les grévistes participant à un arrêt de travail à caractère économique ne peuvent participer à ce vote et ainsi protéger les droits de représentation de leur syndicat que si le scrutin a lieu dans les douze (12) mois depuis le début de la grève tel que le prescrit l'article 9(c)(3) de la loi. En outre, les substituts permanents embauchés pour les remplacer ont droit de participer au vote contrairement aux substituts engagés pour remplacer les grévistes dits de pratiques déloyales (162).

TITRE 5 - LE DROIT RELATIF DES GRÉVISTES ÉCONOMIQUES A LEURS EMPLOIS

Nous avons vu que les droits de réintégration des grévistes dits de pratiques déloyales sont fondés sur l'exercice des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. auxquels donnent ouverture les infractions commises par l'employeur aux articles 7 et 8.

(162) Robert A. Gorman, op.cit., n.131, page 342.

Qu'en est-il, cependant, lorsqu'une grève est déclarée au soutien de demandes formulées à la table des négociations sans que l'employeur n'ait commis quelque contravention que ce soit à la loi préalablement à la grève ni au cours de cette dernière mais qu'au terme de l'arrêt de travail il refuse de réintégrer les grévistes au motif qu'il n'y a pas d'emploi disponible pour eux parce qu'ils sont tous occupés par des substituts permanents? L'employeur a-t-il le droit, en premier lieu, de remplacer ce type de grévistes par des substituts permanents? Nous verrons, ci-après, que dès 1938, la Cour suprême des États-Unis a eu à débattre de ces questions épineuses et qu'elle ne leur a malheureusement pas apporté de solutions satisfaisantes.

CHAPITRE 1 - L'AFFAIRE MACKAY RADIO

Le point de départ dans toute étude de l'évolution jurisprudentielle des droits des grévistes à caractère économique est la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire N.L.R.B. v. MacKay Radio and Telegraph Company (163). La Cour y énonce deux principes qui ont orienté de façon définitive tout le cours du développement de la jurisprudence subséquente bien que cette dernière ait été marquée de plusieurs revirements.

(163) (1938) 1 L.C. 51 (C. Suprême), inf. (1937) 87 F. (2d) 611; 92 F. (2d) 761 (C.A. du deuxième circuit), inf. (1936) 1 NLRB 201.

Dans cette affaire, l'employeur opérait une entreprise de transmission de messages par radio, télégraphe et autres moyens depuis divers établissements situés à San-Francisco, Los Angeles, Chicago ainsi qu'à New York où se trouvait la compagnie-mère. Les employés de la succursale de San-Francisco ainsi que ceux de New York étaient représentés par différents locaux d'un syndicat national dont les dirigeants, insatisfaits du progrès des discussions avec l'employeur à la table des négociations, décidèrent de déclarer une grève générale. Cette dernière débuta à San-Francisco le 4 octobre 1935. En vue de maintenir leurs opérations, les dirigeants de cette succursale remplacèrent les grévistes par des employés provenant des autres établissements mentionnés ci-dessus.

La grève se poursuivit durant quelques jours mais le 7 octobre, plusieurs employés décidèrent que cette dernière était perdue et qu'il valait mieux retourner au travail avant que leur poste ne soient occupés par de nouveaux employés. L'un d'eux communiqua avec leur superviseur et ce dernier, fort des instructions qu'il avait reçues de ses supérieurs, les avisa que la compagnie acceptait de les reprendre à son emploi mais que onze substituts embauchés au cours de la grève ne pouvaient être déplacés parce qu'on leur avait promis qu'ils pourraient conserver leurs emplois à San-Francisco s'ils le désiraient. En conséquence, onze grévistes dont les noms avaient été rayés de la liste de rappel devraient attendre que des postes se libèrent.

Peu de temps après, cependant, six substituts décidèrent de quitter San-Francisco de sorte que l'employeur choisit six employés dont les noms apparaissaient sur la liste des onze et les réintégra. La situation au terme de la grève était donc la suivante: tous les grévistes qui le désiraient furent réintégréés sauf cinq de ces derniers.

Les cinq grévistes en question se présentèrent à tour de rôle à la succursale dans les jours qui suivirent la fin de la grève en vue d'être réintégréés mais on leur opposa que tous les postes étaient comblés et qu'ils devaient remplir une demande d'emploi s'ils désiraient que leur candidature soient considérées dans l'éventualité où des postes se libéreraient. N'ayant toujours pas été réintégréés trois semaines plus tard, le syndicat déposa une plainte devant le N.L.R.B. alléguant contravention aux articles 7, 8(a)(1) et 8(a)(3) de la loi.

Traitant de la plainte sous l'article 8(a)(3), le Board suggéra une interprétation de ce dernier analogue à celle qu'il avait adoptée dans ses décisions traitant des droits des grévistes dits de pratiques déloyales. Cette interprétation était la suivante:

It might be argued by these (...) operators that the granting of such a preference to the strikebreakers was a discrimination in regard to tenure of employment of the type forbidden by Section 8, subdivision (3) of the Act and that therefore their claim under the Act to the (...) jobs is greater than that of the strikebreakers (164).

Si cette interprétation avait été retenue, elle aurait affecté non pas le droit de l'employeur d'embaucher des substituts au cours d'une grève à caractère économique, en assumant qu'un tel droit ait existé puisqu'à cette époque les tribunaux ne s'étaient pas encore prononcés sur cette question, mais plutôt le droit de conserver ces substituts au terme de la grève. Dans les circonstances de cette affaire, cependant, le Board décida qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer sur le bien-fondé de cette interprétation:

However, since we find that a decision on this point is not necessary to the final judgment in this case, we will not decide the matter. Instead we assume merely for the sake of argument that the respondent was entitled to retain these strikebreakers, and that such retention was not a discrimination within the meaning of Section 8, subdivision (3). (165)

Nous reviendrons plus loin, lors de la critique du droit américain, sur le défaut du N.L.R.B. de se prononcer sur

(164) (1936) 1 NLRB 201, pages 217-218.

(165) Id., page 218.

l'interprétation de l'article 8(a)(3) qu'il avait suggérée (165a). En l'instance, puisque l'employeur avait le droit, tel que l'assume le Board, de retenir à son emploi les substituts qu'il avait embauchés au cours de l'arrêt de travail, il en résultait nécessairement qu'il avait aussi le droit de refuser de réintégrer les grévistes dont les postes étaient occupés par ces substituts. Cependant, puisqu'un certain nombre de ces postes s'étaient libérés au terme de la grève, l'employeur ne pouvait faire preuve de discrimination dans le choix des grévistes auxquels les postes vacants avaient été offerts. Or la preuve avait démontré que le critère utilisé par l'employeur aux fins de sélectionner ceux qui, parmi les onze, seraient réintégrés était fondé sur le fait que les plaignants avaient joué un rôle particulièrement actif dans l'organisation et la direction de la grève.

Le Board jugea que le refus de les réintégrer pour un tel motif prohibé par la loi équivalait au congédiement de ces derniers et, par conséquent, que l'employeur avait contrevenu à l'article 8(a)(3). Le Board décida que l'employeur avait également contrevenu à l'article 8(a)(1) car les gestes posés par ce dernier avaient aussi eu pour effet d'entraver le libre exercice des activités protégées par l'article 7 de la loi. Le Board ordonna, par conséquent, la réintégration des plaignants.

(165a) Voir, infra, page 150 et suivantes.

La Cour d'appel du neuvième (9e) circuit refusa d'homologuer l'ordonnance du N.L.R.B. (166) et appel fut interjeté devant la Cour suprême des États-Unis.

L'employeur y souleva deux arguments. Le premier était à l'effet que bien que des négociations étaient en cours au moment où la grève avait été déclarée, rien au dossier n'indiquait quelle avait été la cause de l'interruption de ces négociations ou que la grève avait été déclarée en raison d'une faute ou d'une pratique déloyale commise par l'employeur. En d'autres termes, l'employeur définissait le terme "conflit de travail" ("labor dispute") que l'on retrouve à l'article 2(3) de la loi comme étant lié à la commission de pratiques déloyales ayant causé ou précipité la grève. Puisqu'aucune preuve d'une telle nature n'avait été effectuée, les plaignants avaient perdu leur statut d'employés et n'étaient pas protégés par la loi.

Le deuxième argument invoqué par l'employeur s'énonçait comme suit:

(...) the Act does not empower the Board to compel an employer to re-employ or reinstate those who have abandoned negotiations and gone on strike prior to any unfair labor practice, where the employer, after the strike is effective, and before committing any unfair labor practice has permanently employed others in place of the strikers (167).

(Les soulignés sont de nous)

(166) (1937) 92 F. (2d) 761, (C.A. du deuxième circuit).

(167) (1938) 1 L.C. 51, page 54.

Selon cet argument, le fait que l'employeur comble le poste d'un gréviste par un substitut permanent avant qu'il n'ait commis une pratique déloyale de travail entraîne, pour ce gréviste, la perte de tout droit à son emploi et annihile, à toutes fins pratiques, son statut d'employé. Sous l'un et l'autre des arguments, par conséquent, le premier étant relié aux agissements de l'employeur antérieurs à la grève, le second aux agissements de ce dernier pendant la durée de la grève, les grévistes perdaient leur statut d'employé. L'employeur cherchait ainsi à faire échec à l'application de la loi à ses agissements au terme de la grève.

La Cour rejeta le premier argument au motif qu'il confondait entre un conflit de travail actuel ("current labor dispute") et une pratique déloyale de travail. Bien qu'il n'existait aucune preuve à l'effet que l'employeur ait commis quelque pratique déloyale que ce soit préalablement à la grève, il était indéniable que des négociations étaient en cours au moment où la grève avait été déclarée, négociations dont l'une des parties était insatisfaite, peu importe le motif de cette insatisfaction ou l'opportunité de la grève qui en résulte, et il existait, par conséquent, un "conflit de travail" au sens de la loi. Partant, après avoir cité l'article 2(3), la Cour écrit:

Within this definition, the strikers remained employees for the purpose of the Act and were protected against the unfair labor practices denounced by it (168).

Et un peu plus loin:

(...) if men strike in connection with a current labor dispute, their action is not to be construed as a renunciation of the employment relationship and they remain employees for the remedial purposes specified in the Act (169).

(Les soulignés sont de nous)

Il s'agit du premier principe établi par la Cour relativement aux droits des grévistes. On aura noté, cependant, l'insistance sur le fait que le conflit de travail doit être actuel ("current") (170).

Traitant par la suite du second argument soulevé par l'employeur relatif aux agissements de ce dernier pendant la durée de la grève, la Cour énonce un second principe limitant la portée de l'article 2(3) et affectant le droit des grévistes économiques à leurs emplois lorsque, comme en l'instance, aucune pratique déloyale n'a été commise durant cette période:

(168) Id., page 51.

(169) Id., page 56.

(170) Nous verrons plus loin que cette exigence sera utilisée pour faire échec au statut d'employé des grévistes dans l'affaire Container M.F.G. Co. and American Federation of Labor (1948) 75 NLRB 1082. Voir, infra, page 96.

Nor was it an unfair labor practice to replace the striking employees with others in an effort to carry on the business. Although Section 13 provides "Nothing in this Act shall be construed so as to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike" it does not follow that an employer, guilty of no act denounced by the statute, has lost the right to protect and continue his business by supplying the places left vacant by the strikers. And he is not bound to discharge those hired to fill the places of strikers, upon the election of the latter to resume their employment in order to create places for them (171).
(Les soulignés sont de nous)

Le N.L.R.B. n'ayant pas, d'autre part, soulevé dans son mémoire l'interprétation selon laquelle le fait d'accorder aux substituts embauchés en cours de grève la permanence de leurs emplois puisse constituer, en soi, une contravention à la loi (172), la Cour ajouta ce qui suit:

The assurance by respondent to those who accepted employment during the strike that if they so desired their places might be permanent was not an unfair labor practice nor was it such to reinstate only so many of the strikers as there were vacant places to be filled (173).

(171) Id., n. 167, page 55.

(172) Le passage pertinent du mémoire du NLRB est rapporté plus loin: voir infra, le texte accompagnant la note infrapaginale 253 au Titre 7 de la présente Partie.

(173) Id., n. 167, page 55.

La prétention du syndicat, cependant, était à l'effet que l'employeur avait commis une pratique déloyale au terme de la grève lors de la sélection des grévistes auxquels les postes qui s'étaient libérés avaient été offerts. La Cour jugea cette prétention bien fondée et indiqua que l'employeur aurait pu avoir recours à diverses méthodes de sélection sans enfreindre la loi:

As we have said, the respondent was not bound to displace the men hired to take the strikers' place in order to provide positions for them. It might have refused reinstatement on the grounds of skills or ability but the Board found that it did not do so. It might have resorted to any one of a number of methods of determining which of its striking employees would have to wait because five men had taken permanent positions during the strike but it is found that the preparation and use of the list and the action taken by respondent was with the purpose to discriminate against those most active in the union (174).

En d'autres termes, si l'employeur avait eu recours à une méthode de sélection acceptable, c'est-à-dire non fondée sur un critère prohibé par la loi en vue de combler les postes qui s'étaient libérés, les grévistes restants pour lesquels il n'y aurait plus eu d'emplois disponibles auraient dû attendre. La Cour ne dit rien, cependant, sur les droits de ces grévistes

(174) Id., n. 167, page 56.

lorsque des emplois se libèrent par la suite (175). En l'instance, l'employeur ayant utilisé une méthode de sélection fondée sur un critère discriminatoire et les plaignants ayant conservé leur statut d'employés, ils pouvaient invoquer la protection de la loi. Partant, l'ordonnance du N.L.R.B. fut confirmée.

CHAPITRE 2 - INTERPRÉTATION LIMITATIVE DE LA LOI

On peut résumer les principes énoncés par la Cour dans l'affaire MacKay Radio de la façon suivante. Un employé qui cesse de travailler en raison d'un conflit de travail actuel ("current labor dispute") conserve son statut d'employé pendant la durée de l'arrêt de travail et au terme de celui-ci jusqu'à ce qu'il ait acquis un emploi régulier et substantiellement équivalent chez un nouvel employeur. L'article 2(3), cependant, n'a pour seul effet que de conférer aux grévistes le droit d'invoquer la protection des articles 7 et 8 de la loi.

L'employeur, pour sa part, a le droit d'engager des substituts pour combler les postes des grévistes. Il peut également leur garantir la permanence de leurs emplois sans pour

(175) Nous verrons, ici encore, que cette omission de la Cour qui, du reste, n'était pas appelée à se prononcer sur cette question spécifique, sera utilisée pour faire échec au droit de rappel au travail des grévistes. Voir, infra, page 109 et suivantes.

autant enfreindre la loi. Lorsque les grévistes décident de retourner au travail et formulent une demande de réintégration à cet effet mais qu'il n'y a plus d'emplois disponibles parce qu'ils sont occupés par des substituts permanents, l'employeur n'est pas obligé de se départir de ces derniers s'il n'a commis aucune pratique déloyale préalablement à la grève ou en cours de cette dernière. Les grévistes doivent attendre. Cependant si, comme en l'instance, des postes sont disponibles, l'employeur ne peut faire preuve de discrimination dans la sélection des grévistes auxquels les emplois sont offerts car ces derniers ont conservé leur statut d'employés et, partant, le droit d'invoquer la protection de la loi et de ne pas faire l'objet de discrimination à l'occasion de leur demande de réintégration (176).

La Cour a ainsi donné aux effets découlant de l'article 2(3) une interprétation fort restrictive en limitant ces derniers au seul droit d'invoquer la protection des articles 7 et 8. La Cour a également donné aux articles 7 et 8 une interprétation limitative que ne justifiait pas l'évolution légis-

(176) Il convient de noter qu'à titre de corollaire au deuxième principe énoncé par la Cour, la jurisprudence a établi que si des substituts sont embauchés au cours d'une grève mais de façon temporaire uniquement, l'employeur a l'obligation, au terme de la grève ou, plus précisément, lors de la présentation des demandes de réintégration des grévistes, de se départir de ces substituts pour faire place aux grévistes: voir D.S. McDowell et K.C. Huhn, op.cit., n. 146, page 124; Boe W. Martin, loc. cit., n. 144, page 1064 et Robert A. Gorman, op.cit., n. 131, page 342.

lative ayant endossé positivement, contrairement au droit anglais, le principe de la négociation collective, la liberté d'association et le droit de grève. Elle n'a pas, en effet, considéré l'impact que pouvait avoir l'octroi de la permanence aux substituts embauchés en cours de grève sur les droits des employés garantis par l'article 7 et elle a subordonné le droit des grévistes économiques à leurs emplois au droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents pour les remplacer.

Les grévistes économiques n'ont, par conséquent, qu'un droit relatif à leurs emplois. Bien que plusieurs arguments de droit et de politique législative aient été avancés à l'encontre d'une telle interprétation, le N.L.R.B. et les cours n'ont jamais dérogé à cette dernière, par la suite, dans la situation où, lors de la présentation des demandes de réintégration originelles des grévistes, il n'y avait pas d'emplois disponibles pour eux parce qu'ils étaient tous occupés par des substituts permanents ou parce qu'ils avaient été temporairement éliminés.

Cependant, dans la situation où, subséquemment à la présentation des demandes de réintégration originelles des grévistes, des emplois étaient mis en disponibilité en raison du départ d'un certain nombre de substituts ou de la reprise graduelle des opérations de l'employeur, le N.L.R.B. et les cours

ont donné aux articles 2(3), 7 et 8, après 30 ans de jurisprudence, une interprétation par laquelle ils ont conféré aux grévistes un droit absolu de rappel au travail.

L'évolution tumultueuse de cette jurisprudence a été relatée et commentée par plusieurs auteurs (177) et peut être divisée en trois grandes étapes correspondant, d'une part, à la période de 1938 à 1952, d'autre part, à la période de 1952 à 1961 et, enfin, à la période de 1961 à nos jours. Nous avons repris cette division dans l'étude qui suit en analysant les arrêts du N.L.R.B. et des cours à l'aide de la grille d'analyse décrite ci-dessous. L'usage de cette dernière permet d'expliquer et de rationaliser par des facteurs objectifs (178) les revirements jurisprudentiels qui se sont produits d'une période à l'autre. Elle sera également utile lors de la critique du droit américain.

(177) Boe W. Martin, loc.cit., n. 144; Robert A. Gorman, op.cit., n. 131, pages 343 à 348; Frank H. Stewart, loc.cit., n. 144 et Frank H. Stewart; Conversion of Strikes: Economic to Unfair Labor Practice: II, (1963) 49 Virginia Law Review, 1297; Peter W. Hirsh, Laidlaw - The MacKay Legacy, (1970) 4 U. of Georgia Law Review 808; Note, Labor Law - Boycotts and Strikes, Replaced Economic Strikers Who Apply For Reinstatement Remain Employees and Are Entitled to Reinstatement Where Positions Become Available, (1968-69) 67 U. of Michigan Law Review, 1629.

(178) Le professeur Martin suggère que l'un des facteurs expliquant les revirements jurisprudentiels qui se sont produits d'une période à l'autre consisterait dans l'allégeance politique des membres nommés au NLRB par les divers présidents américains qui se sont succédés au cours de ces années. Au-delà de ce facteur subjectif, ces revirements jurisprudentiels peuvent également s'expliquer à l'aide de facteurs objectifs et juridiques tels, par exemple, ceux de la grille d'analyse que nous exposons ci-après.

CHAPITRE 3 - GRILLE D'ANALYSE DÉGAGÉE DE L'AFFAIRE MacKAY RADIO

L'analyse de la décision de la Cour peut s'effectuer à l'aide d'une grille comportant trois éléments: d'une part, la demande de réintégration; d'autre part, la disponibilité d'emploi et, enfin, le refus de réintégrer. Le premier élément, la demande de réintégration formulée par un gréviste est un prérequis à l'existence d'un refus et, partant, essentielle à l'ouverture des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. Le second élément, la disponibilité d'emploi, tout comme le premier, est essentiel à l'ouverture des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. En effet, ce n'est que lorsque des postes sont disponibles qu'il y a lieu de déterminer si le refus de l'employeur de réintégrer les grévistes à ces derniers est de nature discriminatoire ou non. Enfin, le troisième élément, le refus, doit être discriminatoire pour donner ouverture aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B.

En introduisant une variable dans cette grille, soit la simultanéité ou la non simultanéité de la demande de réintégration et de la disponibilité d'emploi, on peut imaginer les deux situations suivantes:

A) Simultanéité entre la demande et la disponibilité d'emploi

C'est la situation qui s'est présentée dans l'affaire MacKay Radio. En effet, au moment où les grévistes avaient présenté leurs demandes de réintégration, des emplois étaient disponibles par suite du départ de certains substituts. L'employeur ayant refusé d'en réintégrer un certain nombre, il y avait lieu de déterminer si ce refus était discriminatoire ou non. L'employeur n'avait commis aucune pratique déloyale préalablement à la grève ni au cours de celle-ci mais il avait clairement fait preuve d'animus anti-syndical au terme de l'arrêt de travail lors de la sélection des grévistes auxquels les emplois disponibles avaient été offerts. C'est précisément pour cette raison que l'ordonnance de réintégration du N.L.R.B. a été maintenue.

Si, par hypothèse, les grévistes réintégrés par l'employeur avaient été sélectionnés en fonction de critères tels que leur ancienneté ou le résultat à des tests d'habileté, la situation des grévistes pour lesquels il n'y aurait plus eu de poste disponible aurait été semblable à celle des grévistes décrite ci-dessous.

B) Absence de simultanéité entre la demande et la disponibilité d'emploi

C'est dans la situation où des emplois sont mis en disponibilité subséquemment à la demande de réintégration originelle des grévistes que se pose la question du droit de ces derniers à se faire offrir ces emplois de préférence à tout nouveau candidat. Dans ce contexte, la jurisprudence a oscillé entre deux interprétations de l'article 2(3). Ce dernier peut, en effet, être interprété de façon limitative ou restrictive comme signifiant que le maintien du statut d'employé du gréviste ne lui confère que le droit de ne pas faire l'objet de discrimination à l'occasion d'une demande de réintégration. Le cas échéant, il incombe à ce dernier, suite au rejet de sa demande originelle de renouveler constamment cette dernière et, ce, au moment précis où des emplois sont mis en disponibilité. Le gréviste serait alors considéré sur le même pied que tout nouveau candidat formulant pour la première fois une demande d'emploi sans droit préférentiel à l'embauche.

L'article 2(3) peut également être interprétée de façon large et libérale comme signifiant que tant et aussi longtemps que le gréviste conserve son statut d'employé, il a un droit continu à la réintégration. Partant, il incomberait à l'employeur, lorsqu'il n'existe aucun poste disponible au moment de la demande de réintégration originelle des grévistes, de

dresser une liste de ces derniers et de les contacter au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité afin de les leur offrir de préférence à tout nouvel employé.

Nous verrons, ci-après, que lorsque le N.L.R.B. et les cours ont voulu conférer aux grévistes un droit absolu de rappel au travail, ils ont donné une interprétation large et libérale à l'article 2(3) et ont décidé, à titre de corollaire, que la demande de réintégration originelle des grévistes avait un effet continu dans le temps. Ils se sont ainsi assurés qu'il y ait simultanéité entre les effets de cette dernière et la disponibilité d'emploi de façon à ce que la légalité du refus de l'employeur de réintégrer ces grévistes puisse être examinée et, dans le cas de refus discriminatoire, ordonner la réintégration forcée de ces derniers. A l'inverse, lorsque le N.L.R.B. et les cours ont voulu faire échec au droit continu des grévistes à la réintégration, ils ont donné une interprétation restrictive à l'article 2(3) et ont rejeté la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration originelle de façon à éviter qu'il y ait ouverture aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B.

Il faut comprendre, évidemment, que lorsque dans les pages qui suivent, nous qualifions de large et libérale une interprétation donnée de l'article 2(3), il s'agit d'une interprétation par laquelle le N.L.R.B. et les cours concluent que cet article confère plus de droits aux grévistes qu'uniquement

celui d'invoquer la protection des articles 7 et 8 sans pour autant donner à l'article 2(3) sa portée réelle.

TITRE 6 - LE DROIT ABSOLU DE RAPPEL AU TRAVAIL DES GRÉVISTES ÉCONOMIQUES

CHAPITRE 1 - PÉRIODE DE 1938 A 1952: INTERPRÉTATION LIBÉRALE DE L'ART. 2(3)

Suite à la décision de la Cour suprême dans l'affaire MacKay Radio, le N.L.R.B. a développé la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration originelle. Au fil des décisions qui ont traité de cette dernière, les droits découlant de l'article 2(3) ont fait l'objet de diverses interprétations.

SECTION 1 - EFFET CONTINU DE LA DEMANDE DE RÉINTÉGRATION ORIGINELLE

Cette doctrine a été énoncée pour la première fois dans l'affaire Republic Steel Corporation (179). Dans cette dernière, une grève se poursuivit jusqu'au 10 octobre 1943, date à laquelle le syndicat formula une demande de réintégration au nom de tous les grévistes. Ces derniers furent tous réintégré

(179) In Re Matter of Republic Steel Corporation and Farman's Association of America, (1945) 62 NLRB 1009.

ce 10 octobre sauf cinq d'entre eux dont les postes avaient été comblés au cours de la grève par des employés provenant de d'autres départements de l'entreprise. Le lendemain, le 11 octobre, les cinq grévistes en question se présentèrent à nouveau au travail et insistèrent pour être réintégrés. Leurs postes étant toujours occupés par des substituts, ils essayèrent un nouveau refus et leurs documents de cessation d'emploi leur furent remis. Ils ne formulèrent plus d'autres demandes par la suite. Cependant, dans les jours qui suivirent le 11 octobre, deux substituts furent retransférés aux postes qu'ils occupaient avant la grève, libérant ainsi les postes de deux grévistes, soit Morgan et Vensel. La compagnie ne leur offrit pas ces postes et les combla en y transférant, à nouveau, des employés provenant de d'autres départements de l'entreprise.

Suite à une plainte formulée sous les articles 7, 8(a)(1) et 8(a)(3), le N.L.R.B. décida, en premier lieu, conformément aux principes émis dans MacKay Radio, que les plaignants avaient conservé leur statut d'employés au terme de la grève mais que leurs postes étant occupés par des substituts au moment de leur demande de réintégration originelle du 10 octobre, l'employeur n'avait pas, à cette date, enfreint la loi. Cependant, à l'encontre de la prétention de l'employeur selon laquelle les plaignants devaient formuler de nouvelles demandes au moment précis où leurs emplois s'étaient libérés, le N.L.R.B. écrit:

Under the circumstances set forth above, we believe and find that the applications by Morgan and Vensel on October 11 constituted a continuing application which was still current and operative a few days later when their former positions became vacant (180).

(Les soulignés sont de nous)

Par application de cette théorie, il y avait, en conséquence, simultanéité entre les effets de la demande de réintégration des plaignants et la disponibilité d'emploi. La légalité du refus de l'employeur de les réintégrer à ces postes devait donc être examinée.

A cet égard, le N.L.R.B. fonda sa conclusion à l'effet que l'employeur avait fait preuve d'animus anti-syndical sur des éléments de la preuve démontrant que le refus de ce dernier était fondé sur la participation à la grève ainsi que sur le rôle actif que les plaignants y avaient joué. Le Board ordonna, par conséquent, la réintégration des plaignants.

Les conséquences de cette théorie apparaissent clairement de la prochaine décision du N.L.R.B. que nous analyserons. Il s'agit de l'affaire Container Mfg. Co. and American Federation of Labor (181).

(180) Id., page 1029.

(181) In The Matter of Container Mfg. Co. and American Federation of Labor and Affiliated International Union, (1948) 75 NLRB 1082.

Dans cette dernière, l'employeur congédia une employée dans le contexte d'une campagne d'organisation syndicale dont il ignorait entièrement l'existence. En réaction, 35 co-employés débrayèrent et l'arrêt de travail se poursuivit jusqu'au 12 mars 1945, date à laquelle les grévistes demandèrent, en bloc, à reprendre leurs emplois. L'employeur refusa ayant, dès la seconde journée de l'arrêt de travail, comblé leurs postes par des substituts permanents. En dépit de ce fait, les grévistes se présentèrent quotidiennement aux abords de l'entreprise durant une période de plus de trois semaines afin de solliciter l'adhésion des employés au syndicat en voie de se former et soutenir la campagne d'organisation. Elles ne formulèrent pas, cependant, de nouvelles demandes de réintégration suite au 12 mars. Dans les semaines qui suivirent, de nombreux emplois se libérèrent en raison du roulement de personnel élevé dans le type d'entreprise opérée par l'employeur mais ce dernier ne les offrit pas aux grévistes et engagea plutôt de nouveaux employés.

L'examineur ("Trial Examiner") saisi de la plainte présentée par l'employée qui avait été congédiée ainsi que celles des grévistes formulées sous le coup des articles 7, 8(a)(1) et 8(a)(3) décida, en premier lieu, que le congédiement n'était pas discriminatoire et, partant, qu'il ne s'agissait pas d'une grève dite de pratiques déloyales.

En conséquence, conformément au deuxième principe énoncé dans MacKay Radio, l'examineur décida que le refus de l'employeur de réintégrer les grévistes le 12 mars n'était pas contraire à la loi, leurs postes ayant tous été comblés à cette date sans que l'employeur n'ait commis quelques pratiques déloyales que ce soit préalablement à la grève ni au cours de cette dernière. L'examineur poussa son raisonnement plus loin et se démarqua de la jurisprudence antérieure en tenant que le rejet des demandes de réintégration des grévistes pour un tel motif avait, dans les circonstances de cette affaire, mis un terme au conflit de travail et, partant, que les grévistes avaient perdu leur statut d'employés le 12 mars. (182) Il convient ici de reproduire, en partie, le raisonnement de ce dernier parce que les conclusions auxquelles il en arrive referont éventuellement surface dans des décisions subséquentes:

They [les grévistes plaignants] may technically be "employees" within the definition in the Act so long as the cause of their continued unemployment is a current labor dispute but (...) the question raises itself when there is no unfair labor practice involved, and the employer has continued his operations with bona fide replacements (...) whether the currency of the dispute is to be allowed to perpetuate itself. I think not. There must be an end at some point in these

(182) Il faut garder à l'esprit, ici, le fait que contrairement à la situation dans MacKay Radio, aucun syndicat n'avait encore été formé et, plus particulièrement, aucune négociation n'était en cours tant au moment où la grève avait été déclarée qu'au moment des demandes de réintégration du 12 mars.

economic contests initiated by the union. That point had been reached here by the time the applications for reinstatement were made. (...) In other words, their status as employees actually ended (...) when they were legitimately denied a return to their respective jobs because replacements had been permanently installed in such jobs (...) (183).
(Les soulignés sont de nous)

Cependant, poursuit l'examineur, même si les grévistes avaient perdu leur statut d'employés le 12 mars, ils conserveraient néanmoins le droit, par la suite, comme tout nouveau candidat formulant pour la première fois une demande d'emploi chez un employeur, de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur leur participation à des activités syndicales. L'examineur s'appuie ici sur l'arrêt Waumbec Mills (184) rendu par le N.L.R.B. subséquemment à la décision de la Cour suprême dans MacKay Radio dans lequel il avait été décidé que même si une personne n'est pas un "employé", elle a le droit d'invoquer la protection de la loi lorsqu'un employeur refuse de l'embaucher en raison de son passé syndical. En d'autres termes, les plaignants, tout comme de nouveaux candidats à l'embauche, jouissent de la protection de la loi qu'ils soient des "employés" ou non:

(183) Id., n. 181, page 1106.

(184) (1939) 15 NLRB 39, conf. par (1940) 114 F. (2d) 226 (C.A. deuxième circuit).

In short, the displaced strikers and the new applicant for employment enjoy the same right to freedom from discriminatory treatment. It is a right inherent in the language of the Act and not dependent on the existence of an "employee" status (185).

Les plaignants étant considérés comme s'ils étaient de nouveaux candidats à l'embauche, pour qu'il y ait preuve de discrimination à leur endroit et, partant, ouverture aux pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B., encore fallait-il qu'ils aient formulé une demande d'emploi au moment où des postes étaient disponibles. En l'espèce, puisque le plaignant n'avait pas formulé de telles demandes après le 12 mars, il ne pouvait y avoir eu discrimination de la part de l'employeur. Les plaintes des grévistes furent par conséquent rejetées par l'examineur.

Le N.L.R.B. renversa cette décision. En s'appuyant sur l'affaire Republic Steel (186), il réaffirma la théorie de l'effet continu des demandes de réintégration originelles et décida que celles formulées par les grévistes le 12 mars avaient un tel effet (187). Partant, il y avait lieu d'examiner si l'employeur avait fait preuve de discrimination en n'offrant pas aux grévistes de les réintégrer au fur et à mesure que des emplois se libéraient. Le N.L.R.B. conclua par l'affirmative en

(185) Id., n. 181, page 1105.

(186) Id., n. 179.

(187) Id., n. 181, page 1086.

se fondant sur différents éléments de la preuve desquels il déduisit un animus anti-syndical de l'employeur (188). Il ordonna, par conséquent, la réintégration des plaignants.

La Cour d'appel du septième (7e) circuit refusa d'homologuer l'ordonnance du N.L.R.B. Semblablement à l'examineur, elle décida que puisque les postes des grévistes avaient tous été comblés par des substituts permanents au moment de leurs demandes de réintégration originelles, ils avaient perdu leur statut d'employés le 12 mars et ne possédaient plus, par la suite, que les droits de nouveaux candidats formulant pour la première fois une demande d'emploi:

The petitioner, as was his right, filled all the vacancies created by the strikers quitting; and at the time the strikers unconditionally applied on March 12 for reinstatement, there were no vacancies.

The strikers had lost their status as employees of the petitioner and the petitioner had a right to fill their vacancies (189).

Puisque les plaignants n'avaient formulé aucune demande subséquemment au 12 mars, il n'existait aucun fondement à la conclusion du N.L.R.B. selon laquelle l'employeur avait fait preuve de discrimination à leur endroit. La Cour rejeta la

(188) Ibid.

(189) Sax v. NLRB, (1948) 23 LRRM 2191, page 2193.

théorie de l'effet continu de la demande de réintégration originelle dans les termes suivants:

The effect of this finding is that, whenever a vacancy occurred, the petitioner was obligated to look up the strikers and first offer them employment. (...) We find no provision of the statute which required the petitioner to place the strikers on a preferred list.

(...) To say that one mass application for employment at a time when all the jobs were filled was a continuing application so as to relieve the employees of making further applications or of informing the petitioner that they desired work, is to relieve the strikers of their duty to apply when a job was available and to shift the burden to the employer of seeking out one of the strikers to fill the job or be guilty of discrimination. (...) There had to be an application at the time of a vacancy before there could possibly be discrimination (190).

Selon la Cour, une demande d'emploi est de nature continue uniquement lorsqu'une entente à cet effet est intervenue entre les parties (191).

En dépit de l'opinion de cette dernière, la théorie du N.L.R.B. trouva, peu de temps après, appui auprès de la Cour d'appel du deuxième (2e) circuit dans l'affaire Roure-Dupont

(190) Id., page 2194.

(191) Ibid.

Mfg. Inc. (192), la dernière cause importante au cours de la période de 1938 à 1952.

Avant d'aborder l'étude de cette décision, il importe de garder à l'esprit le fait que dans les affaires précédentes l'absence de disponibilité d'emplois lors de la présentation des demandes de réintégration originelles des grévistes résultait de l'embauche de substituts permanents au cours de l'arrêt de travail et la disponibilité subséquente de tels emplois était survenue en raison du départ ou de la réaffectation de ces substituts. Dans l'affaire qui suit, l'absence de disponibilité d'emploi au moment de la présentation des demandes de réintégration résulte de la réduction des opérations de l'entreprise au cours de la grève. Le droit des grévistes à être rappelés au travail se pose alors dans le contexte du retour à la normale des opérations de l'employeur.

Ainsi, dans la présente affaire, une grève à caractère économique s'était poursuivie jusqu'au 24 février 1949, date à laquelle un représentant des grévistes rencontra le procureur de l'employeur et formula pour tout le groupe une demande de réintégration. L'employeur rejeta cette dernière au motif que la grève avait affecté le volume de ses opérations et que

(192) In Re Roure-Dupont Mfg. Inc. and Michael Peters and James Martin, (1951) 93 NLRB 1240.

les postes des grévistes avaient été temporairement éliminés. Il offrit, cependant, de les rappeler au travail, en fonction de leur ancienneté, au fur et à mesure que les opérations reviennent à la normale. Cette offre fut acceptée le lendemain, le 25 février, par le syndicat mais, en dépit de cette entente, lorsque les postes de plusieurs grévistes furent mis en disponibilité à la faveur de la reprise graduelle des opérations, l'employeur ne les leur offrit pas et engagea de nouveaux employés. Le syndicat formula donc une plainte sous les articles usuels.

Le N.L.R.B. décida, semblablement à l'examineur, que l'employeur n'avait jamais eu l'intention de se conformer à l'entente de réintégration conclue avec le syndicat. Le Board fonda sa conclusion à l'effet que l'employeur avait contrevenu aux articles 8(a)(1) et 8(a)(3) non pas sur le seul défaut de rappeler les grévistes en conformité de l'entente mais principalement sur divers faits desquels il déduisit un animus anti-syndical. Le N.L.R.B. ordonna, par conséquent, la réintégration des grévistes.

Cette décision fut maintenue par la Cour d'appel du deuxième (2e) circuit mais cette dernière, contrairement au N.L.R.B., fonda sa conclusion à l'effet que l'employeur avait fait preuve de discrimination anti-syndicale sur le seul défaut de ce dernier de respecter l'entente de réintégration qu'il avait conclue avec le syndicat:

Respondent was under no obligation to rehire strikers who had been permanently replaced or whose jobs had been abolished during the strike. (...) But when an employer promises to rehire striking employees as soon as their positions again become available, he may not discriminatorily violate this undertaking. (...) Here the record supports the Board's finding that respondent had made such a promise and that it was unconditionally accepted by the strikers. Yet, when respondent gradually replaced its depleted working force, it failed to keep its word and discriminated against the strikers by hiring outsiders instead (193).

Cette décision était significative à trois égards (194). D'une part, le N.L.R.B. et la Cour en particulier ont appliqué, sans le mentionner explicitement, la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration originelle. Tant le N.L.R.B. que la Cour prennent pour acquis que les demandes des grévistes étaient toujours valides au moment où des postes avaient été mis en disponibilité. D'autre part, comme nous l'avons mentionné, il s'agissait de la première décision où l'absence de disponibilité d'emploi lors de la présentation des demandes de réintégration résultait, contrairement aux affaires antérieures, de l'élimination temporaire de postes en raison de l'impact de la grève sur les opérations de l'entreprise. Or, le Board et la Cour ne font pas de distinction entre cette situation et celle où l'absence d'emplois résulte de la présence de

(193) (1952) 31 LRRM 2054 (C.A. du deuxième circuit), pages 2055, 2056.

(194) Boe W. Martin, loc.cit., n. 144, pages 1071-1072.

substituts. Enfin, la décision du Board et de la Cour ne fait aucune mention de l'arrêt de la Cour d'appel du septième (7e) circuit dans l'affaire Container Mfg. Co. (195) bien que cette dernière aurait pu s'appliquer dans la présente affaire.

SECTION 2 - SOMMAIRE DE CETTE PÉRIODE

Dans le contexte où subséquemment à la demande de réintégration originelle des grévistes, des emplois étaient mis en disponibilité en raison du départ de quelques substituts ou de la reprise graduelle des opérations:

- (i) le N.L.R.B. a adopté une interprétation large et libérale de l'article 2(3) et a tenu que le remplacement du gréviste par un substitut permanent ou l'élimination temporaire de son poste en cours de grève ne lui faisait pas perdre son statut d'employé. Le gréviste conserve, par conséquent, un droit continu à la réintégration. A titre de corollaire, sa demande de réintégration originelle a un effet continu dans le temps et il incombe à l'employeur de dresser une liste des grévistes et de les contacter au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité aux

(195) Id., n. 181.

fins de les leur offrir de préférence à tout nouvel employé.

Il en résulte que si le droit des grévistes à leurs emplois demeure assujéti au droit de l'employeur d'opérer en période de grève et de prendre, à cette fin, diverses mesures dont, entre autres, l'embauche de substituts permanents, ces grévistes ont un droit absolu de rappel au travail lorsque, par suite du départ de ces substituts ou de la reprise des opérations, leurs postes sont mis en disponibilité.

- (ii) La Cour d'appel du septième (7e) circuit, contrairement au N.L.R.B., a adopté une interprétation limitative ou restrictive de l'article 2(3) en décidant que le remplacement d'un gréviste par un substitut permanent lui faisait perdre son statut d'employé. Elle rejette, par conséquent, la théorie de l'effet continu de la demande de réintégration originelle. Il en résulte que le gréviste n'a pas un droit continu à la réintégration. Il lui incombe de renouveler sa demande et, ce, au moment précis où un poste est mis en disponibilité, l'employeur n'ayant aucune obligation de s'enquérir de son désir à cet égard. En l'absence d'une telle demande ou, en d'autres termes, de simultanéité entre cette dernière et la disponibilité d'emploi, il ne peut y avoir ouverture aux pou-

voirs remédiateurs du N.L.R.B. Le gréviste doit être considéré comme s'il était un nouveau candidat formulant pour la première fois une demande d'emploi possédant tout au plus, comme tout nouveau candidat, le droit de ne pas faire l'objet de discrimination lors de la présentation de sa demande fondée sur ses activités syndicales antérieures sans, par ailleurs, posséder un droit préférentiel d'embauche.

- (iii) La Cour d'appel du deuxième (2e) circuit, pour sa part, adopte une interprétation large et libérale de l'article 2(3) et confirme, implicitement, la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration originelle.

- (iv) Ni le N.L.R.B. ni les cours ne décident que le seul défaut d'offrir aux grévistes les postes mis en disponibilité constitue, en soi, une contravention aux articles 8(a)(1) et 8(a)(3). Ils assoient plutôt leurs conclusions à cet effet sur des éléments distincts de la preuve desquels ils déduisent un animus anti-syndical de l'employeur.

CHAPITRE 2 - PÉRIODE DE 1952 A 1961: INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE L'ARTICLE 2(3)

SECTION 1 - EFFET STATIQUE DE LA DEMANDE DE RÉINTÉGRATION ORIGINELLE

La nouvelle orientation prise par le N.L.R.B. au cours de la présente période s'est développée au fil de trois décisions que nous étudierons ci-après. Essentiellement, comme nous le verrons, le N.L.R.B. adopte l'interprétation restrictive et limitative de l'article 2(3) qui avait été énoncée par l'examineur dans Container Mfg. Co. (196) et qui avait été entérinée par la Cour d'appel du septième (7e) circuit. Cette même Cour, d'ailleurs, intervient à nouveau durant la présente période.

Dans la première affaire, Bartlett-Collins Company (197), cent quatre-vingt-un (181) employés participèrent à une grève de nature économique qui se termina le 29 mars 1951. A cette date, les représentants du syndicat formulèrent une demande de réintégration au nom de tous les grévistes. La compagnie accepta de réintégrer immédiatement onze (11) employés spécialisés mais refusa de reprendre, sur le champ les autres

(196) Ibid.

(197) Bartlett-Collins Company and American Flint Glass Workers' Union of North America, (1954) 110 NLRB 395.

grévistes, leurs postes ayant tous été comblés par des substituts permanents. L'employeur accepta, cependant, de les rappeler au travail au fur et à mesure que des emplois deviendraient disponibles. Le syndicat accepta cette offre et près d'une centaine de grévistes formulèrent des demandes de réintégration individuelles. A cette occasion, une liste de ceux qui désiraient être réintégrés fut dressée par le directeur du personnel. Ce dernier leur donna, en outre, l'assurance formelle qu'il n'était pas nécessaire de renouveler ces demandes et qu'ils seraient rappelés au fur et à mesure que des emplois se libéreraient.

Éventuellement, tous les grévistes qui le désiraient furent rappelés au travail sauf vingt-cinq (25) d'entre eux. En dépit du fait que des emplois pour lesquels ces grévistes étaient qualifiés avaient été libérés, l'employeur ne les leur offrit pas et engagea de nouveaux employés.

L'examineur saisi de la plainte formulée par ces grévistes adopta une interprétation libérale de l'article 2(3) et décida que leur demande de réintégration originelle avait un effet continu:

Thus, the evidence in its entirety establishes that the strikers' applications were understood to be continuing ones (198).

(198) Id., page 407.

Partant, il existait une simultanéité entre l'effet de ces demandes et la disponibilité d'emplois. Il y avait donc lieu d'examiner la légalité du refus de l'employeur de rappeler les plaignants au travail. En dépit des antécédents exemplaires de ce dernier, l'examineur décida qu'il avait fait preuve de discrimination anti-syndicale en se fondant sur l'affaire Roure-Dupont Mfg. Inc. (199) et sur le défaut de l'employeur de donner suite à l'entente qu'il avait conclue avec le syndicat au terme de la grève. L'examineur conclut, en outre, que les plaignants ne devaient pas être considérés comme de nouveaux candidats formulant pour la première fois une demande d'emploi mais, au contraire, qu'ils jouissaient d'un droit préférentiel d'embauche (200). L'examineur recommanda, par conséquent, la réintégration des plaignants.

Le N.L.R.B. renversa cette décision. En distinguant l'affaire Roure-Dupont Mfg. Inc. de la présente affaire, il statua, en un court paragraphe, d'une part, que le seul défaut de rappeler les grévistes au travail alors que des emplois étaient disponibles (et, ce, même en dérogation d'une entente à cet effet), ne suffit pas, en soi, à établir un animus anti-syndical. Une telle motivation doit être établie au moyen d'une

(199) Id., n. 192.

(200) Id., n. 197, page 407.

preuve distincte. D'autre part, les grévistes perdent leur statut d'employés du seul fait de leur remplacement par des substitués permanents et ne conservent que le droit, comme toute personne formulant une demande d'emploi pour la première fois, de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur leurs activités syndicales (201). Vu ces conclusions, le N.L.R.B. n'éprouve pas le besoin de discuter de l'effet continu des demandes de réintégration formulées par les plaignants. La Cour d'appel du district de Columbia entérina la décision du Board (202).

Dans la seconde affaire, soit Atlas-Storage Division (203), une grève à laquelle participa un seul employé eut lieu du 27 mai au 27 juillet 1953 suite au refus de l'employeur de négocier avec son syndicat. Le gréviste formula au terme de l'arrêt de travail une demande de réintégration que l'employeur rejeta au motif que le volume de ses opérations ayant diminué au cours de la grève, son poste avait été éliminé et ses tâches réassignées aux employés en place. Cependant, dans les jours qui suivirent cette demande, un employé assumant des fonctions similaires à celles du gréviste se blessa grièvement et, bien

(201) Id., page 397.

(202) American Flint Glass workers Union v. NLRB, (1956) 37 LRRM 2409 (C.A. du district de Colombia).

(203) Atlas Storage Division et al and International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of America, (1955) 112 NLRB 1115.

qu'il n'existait aucun espoir qu'il puisse éventuellement reprendre le travail, l'employeur n'offrit pas ce poste au plaignant et embaucha un nouvel employé.

L'examineur saisi de la plainte formulée par le gréviste décida que ce dernier avait le droit d'être rappelé au travail lorsque le poste de l'employé blessé s'était libéré (204) et il recommanda, par conséquent, la réintégration de ce dernier audit poste.

Le N.L.R.B. renversa à nouveau cette décision. Il décida, en premier lieu, que l'employeur n'avait pas enfreint la loi en refusant de réintégrer le plaignant au terme de la grève lorsqu'il avait formulé sa demande de réintégration puisqu'à ce moment son poste avait déjà été éliminé et ses tâches réassignées à d'autres employés. S'interrogeant, par la suite, sur le droit du gréviste d'être rappelé au travail lorsque trois jours plus tard un poste s'était libéré, le N.L.R.B. écrit ce qui suit:

We cannot agree with the Trial Examiner's conclusion that Respondent was under any duty to recall Rodig on July 30 - the date of Krueger's injury - or at any time thereafter. As Rodig's employment was properly terminated when he applied for reinstatement, Respondent's duty toward Rodig did not require seeking him out but

merely refraining from discriminating against Rodig should he request new employment. (...) Rodig, however, never made any such request (205).

En d'autres termes, le Board considérait dorénavant que le statut d'employé du gréviste était annihilé non seulement par le remplacement de ce dernier par un substitut permanent mais également par l'élimination de son emploi et la réassignation de ses tâches à d'autres employés. En outre, le Board rejetait implicitement la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration en soulignant que le plaignant n'avait pas renouvelé sa demande de réintégration au moment où le poste de l'employé blessé s'était libéré. Cette décision fut entérinée par la Cour d'appel du septième (7e) circuit (206), ce qui n'est pas surprenant vu la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire Container Mfg. Inc.

Le Board acheva son oeuvre dans l'affaire Brown and Root Inc. (207). Dans cette dernière, un groupe de grévistes avaient été rappelés au travail par l'employeur mais ils formulèrent néanmoins une demande de compensation monétaire couvrant la période s'étant écoulée entre la date originelle de la mise

(205) Id., page 1180.

(206) Chauffeurs, Teamsters & Helpers, Local No. 200 v. NLRB, (1956) 38 LRRM 2095 (C.A. du septième circuit).

(207) Brown and Root Inc. et al and Fort Smith, Little Rock & Springfield Joint Council AFL, (1961) 132 NLRB 486.

en disponibilité de leurs postes et celle où ils avaient effectivement été réintégrés. La preuve avait, en effet, démontré que les demandes de réintégration de ces derniers avaient, à l'origine, été rejetées au motif que leurs emplois étaient occupés par des substituts permanents mais que lorsque ces emplois s'étaient libérés, l'employeur ne les leur avait pas offerts immédiatement. Il avait plutôt engagé de nouveaux employés et n'avait réintégré les plaignants qu'ultérieurement.

L'examineur saisi de la question décida que l'employeur n'avait pas fait preuve de discrimination à l'endroit des plaignants lors de leur demande de réintégration originelle puisqu'à ce moment aucun poste n'était disponible. En ce qui a trait à la question de savoir si l'employeur avait fait preuve de discrimination anti-syndicale en ne rappelant pas les grévistes au fur et à mesure et dès le moment où leurs postes s'étaient libérés, l'examineur décida qu'une telle question ne peut se poser que si les trois conditions suivantes sont présentes:

Before a discrimination can be found in this case, three elements must be shown: (i) There must be a vacancy in the type of job the economic striker held before the strike, (ii) the returning economic striker must make personal application for the job which is vacant, and (iii) the Respondent must refuse to give him the available job (208).
(Les soulignés sont de nous)

(208) Id., pages 521, 522.

L'examineur explique l'origine de la deuxième condition et les conséquences qui en découlent de la façon suivante:

The Board (...) said, "As economic strikers, these complainants were entitled to reinstatement only if vacancies existed at the time of their proper [personal] application for employment." This imposes no duty on the part of the Respondent to recall economic strikers. It places the duty on the economic strikers to apply for jobs (209).

Avec cette décision, entérinée par le N.L.R.B. et la Cour d'appel du huitième (8e) circuit (210), la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration était définitivement mise à l'écart en faveur d'une interprétation restrictive de l'article 2(3).

SECTION 2 - SOMMAIRE DE CETTE PÉRIODE

En résumé, bien que dans deux décisions les examinateurs demeurèrent fidèles à l'orientation prise par le N.L.R.B. au cours de la période de 1938 à 1952, le Board et les tribunaux ont opté pour une interprétation restrictive de l'article 2(3) et ont décidé que:

(209) Id., page 521.

(210) (1963) 52 LRRM 2115 (C.A. du huitième circuit).

- (i) Le droit du gréviste à la réintégration doit être déterminé à la date où il formule sa demande originelle. Si, à cette date, il n'y a pas d'emplois disponibles soit parce qu'ils sont tous occupés par des substituts permanents, soit parce qu'ils ont été éliminés (même temporairement) et les tâches du gréviste réassignées à d'autres employés, le gréviste perd son statut d'employé.

- (ii) Partant, suite au rejet de sa demande de réintégration originelle pour l'un des motifs mentionnés ci-dessus, le gréviste est dans la même position que tout nouveau candidat formulant pour la première fois une demande d'emploi sans droit préférentiel d'embauche. Le gréviste ne conserve que le droit de ne pas faire l'objet de discrimination à l'occasion de la présentation de cette demande fondée sur ses activités syndicales antérieures.

- (iii) Suite au rejet de sa demande originelle, cette dernière n'ayant pas d'effet continu, il incombe au gréviste de renouveler sa demande au moment précis où des postes sont mis en disponibilité. L'employeur n'a pas l'obligation de dresser une liste des grévistes et de les contacter au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité aux fins de les

leur offrir de préférence à tout nouvel employé. A défaut d'une nouvelle demande du gréviste au moment précis où des emplois sont mis en disponibilité, il ne saurait y avoir discrimination de la part de l'employeur.

- (iv) Enfin, advenant le cas où il y a simultanément entre la demande et la disponibilité d'emploi, le seul défaut de l'employeur d'offrir un poste au gréviste ne suffit pas, en soi, à fonder une conclusion à l'effet que l'employeur a contrevenu à la loi. La motivation anti-syndicale de ce dernier doit être établie au moyen d'une preuve distincte.

CHAPITRE 3 - PÉRIODE DE 1961 A NOS JOURS: INTERPRÉTATION LIBÉRALE DE L'ARTICLE 2(3)

Au cours des périodes de 1938 à 1961, le N.L.R.B. et les cours d'appel fédérales ont rendu des décisions contradictoires sur des questions de droit identiques. A partir de 1961, ils réorientèrent à nouveau la jurisprudence vers une interprétation large et libérale de l'article 2(3). Ils furent aidés en cela par deux décisions rendues par la Cour suprême.

SECTION 1 -- LE MOBILE DE L'EMPLOYEUR SOUS L'ARTICLE 8(a)3

L'une de ces décisions traitait du mobile de l'employeur requis sous l'article 8(a)3 de la loi. Comme nous l'avons vu, le NLRB et les cours d'appel ne concluaient pas à une contravention à cet article du seul fait que l'employeur faisait défaut de réintégrer un gréviste à un emploi mis en disponibilité suite à sa demande de réintégration originelle. Ils cherchaient toujours à asseoir une contravention à cet article sur une preuve distincte tendant à démontrer que le comportement de l'employeur était motivé par un animus anti-syndical. En fait, le NLRB, dans l'affaire Bartlett-Collins Co., avait décidé que cette preuve était essentielle à une contravention à la loi. Cette exigence rendait évidemment plus difficile l'ouverture à l'exercice des pouvoirs remédiateurs du NLRB.

L'état du droit sur cette question fut modifié par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire NLRB v. Great Dane Trailers Co. (211) et les principes énoncés dans cette dernière ont été appliqués par la suite dans le contexte de décisions traitant du droit au rappel au travail des grévistes économiques.

(211) NLRB v. Great Dane Trailers, (1967) 65 LRRM 2465 (C. suprême) inf. (1966) 62 LRRM 2465 (C.A. du cinquième circuit) inf. (1965) 62 LRRM 2456 (NLRB).

Dans cette affaire, la Cour énonce comme suit le test qui doit être appliqué en vue de disposer d'une plainte sous l'article 8(a)(3):

First, if it can reasonably be concluded that the employer's discriminatory conduct was "inherently destructive" of important employee rights, no proof of antiunion motivation is needed and the Board can find an unfair labor practice even if the employer introduces evidence that the conduct was motivated by business considerations. Second, if the adverse effect of the discriminatory conduct on employee rights is "comparatively slight", an antiunion motivation must be proved to sustain the charge if the employer has come forward with evidence of legitimate and substantial business justifications for the conduct. Thus, in either situation, once it has been proved that the employer engaged in discriminatory conduct which could have adversely affected employee rights to some extent, the burden is upon the employer to establish that it was motivated by legitimate objectives since proof of motivation is most accessible to him (212).

(Les soulignés sont de nous)

Il résulte de ce test que la preuve d'un animus anti-syndical ne constitue pas, dans tous les cas, un élément essentiel d'une contravention à l'article 8(a)(3). Ce test signifie, en pratique, que lorsque l'employeur soutient que la mesure qu'il a prise est fondée sur un motif légitime d'affaires, le Board doit déterminer si cette mesure est "intrinsèquement destructive" des droits des employés ou si elle ne comporte sur

(212) (1967) 65 LRRM 2465, page 2469.

ces derniers que des effets "relativement bénins". La classification de la mesure contestée dans l'une ou l'autre de ces catégories vise à déterminer si la preuve d'un animus anti-syndical ayant motivé l'employeur à prendre cette mesure est essentielle à une infraction à l'article 8(a)(3). Or, cette preuve n'est requise que lorsque la mesure prise par l'employeur, mesure qui "discrimine" (213) entre deux groupes d'employés, a un effet "relativement bénin" sur les droits conférés aux employés par la loi.

En vue de classer la mesure contestée dans l'une ou l'autre des catégories, le Board doit:

(...) [balance] the interest of employees in concerted activity against the interest of the employer in operating his business in a particular manner and [balance] in the light of the Act and its policy the intended consequences upon employee rights against the business ends to be served by the employer's conduct (214).

(213) "Discrimine" sans connotation péjorative. Voir Julius G. Getman, The Protection Of Economic Pressure By Section 7 Of The National Labor Relations Act, (1967) 115 U. of Pennsylvania Law Review 1195, page 1201.

(214) NLRB v. Erie Resistor Corp., (1963) 53 LRRM 2121 (C. Suprême), page 2124.

Ce test est passablement large et confère une certaine discrétion au N.L.R.B. Il lui revient, dans l'exercice de sa compétence spécialisée, de classer une mesure donnée dans l'une ou l'autre des catégories (215).

Un exemple d'une mesure qui fut classée comme étant "intrinsèquement destructive" des droits conférés aux employés par l'article 7 est donné dans l'affaire N.L.R.B. v. Erie Resistor Corp. (216). Dans cette dernière, au moment où une grève à caractère économique avait été déclenchée par le syndicat, le volume des opérations de l'employeur était déjà réduit en raison de l'intense compétition que lui faisaient d'autres entreprises de sorte qu'un nombre important d'employés étaient déjà en mise à pied. L'employeur résolut néanmoins de poursuivre ses opérations et de tenter d'améliorer la production. Il engagea, par conséquent, des substituts et eut recours à un cer-

(215) Le Conseil canadien des relations du travail a adopté le même test que celui énoncé dans l'affaire Great Dane Trailers: voir, par exemple, en ce qui a trait à l'article 184(1)a) du Code canadien du travail, (1970 SRC, c. L-1 mod. par 1972 S.C., c. 18; 1977-78 S.C., c. 37; 1980-81-82-83 S.C., c. 47 et 121 et par 1984 S.C., c. 39 et 40); Service Office and Retail Workers Union and Bank of Nova Scotia (1978), 28 di 901; Union internationale des employés de commerce et Banque Canadienne Nationale (1979), 35 di 39 et CALFA and Wardair Canada (1975) Ltd. (1983), 53 di 26. Voir, sur ce sujet: C. Folsy, D. Lavery et L. Martineau, Canada Labour Relations Board Policies And Procedures, Toronto, Butterworths, 1986, parag. 15:5120, pages 384 à 387. En Ontario et dans plusieurs provinces anglaises, le même test est utilisé. Voir George W. Adams, Canadian Labour Law, op.cit., n. 37, page 506 et ss.

(216) Voir n. 214.

tain nombre de grévistes qui décidèrent de revenir au travail ainsi qu'à certains employés en mise à pied qu'il rappela. En vue de s'assurer que tous ces employés conserveraient leurs emplois au terme de la grève et ne seraient pas déplacés lorsque les opérations reviendraient graduellement à la normale, l'employeur annonça qu'il octroyait vingt (20) ans de superancienneté à quiconque travaillait durant la grève. Le syndicat protesta contre cette mesure qui eut pour effet d'inciter de nombreux grévistes à revenir au travail mais, suite à ces défections, il dut capituler et soumit éventuellement une plainte devant le N.L.R.B. Au terme de la grève, l'employeur rappela graduellement au travail, en ordre d'ancienneté, au fur et à mesure que les opérations reprenaient leur rythme normal, les grévistes qui n'avaient pas été remplacés mais lorsque de nouvelles difficultés économiques surgirent, des mises à pied furent effectuées. Les premiers affectés furent, évidemment, les grévistes qui avaient été réintégrés lors de la reprise graduelle des opérations et qui ne jouissaient pas des vingt ans de superancienneté.

Devant le N.L.R.B., l'employeur plaida, d'une part, que l'octroi d'une superancienneté à des substituts en vue d'assurer leur inamovibilité est un corollaire du droit énoncé par la Cour suprême dans l'affaire MacKay Radio d'embaucher des substituts permanents. D'autre part, il plaida que le recours à cette mesure s'était avéré nécessaire en vue d'inciter des subs-

tituts à accepter de travailler pour lui durant la grève et ainsi lui permettre de continuer ses opérations.

Le Board analyse, en premier lieu, l'impact de la mesure prise par l'employeur sur le droit de grève des employés garanti par l'article 7 et identifie cinq (5) effets néfastes qui ont été résumés comme suit:

(i) super-seniority affects the tenure of all strikers whereas permanent replacement, proper under MacKay affects only those who are, in actuality, replaced. (...)

(ii) a super-seniority award necessarily operates to the detriment of those who participated in the strike as compared to non-strikers.

(iii) super-seniority made available to striking bargaining unit employees as well as to new employees is in effect offering individual benefits to the strikers to induce them to abandon the strike.

(iv) extending the benefits of super-seniority to striking bargaining unit employees as well as to new replacements deals a crippling blow to the strike effort. At one stroke, those with low seniority have the opportunity to obtain the job security which ordinarily only long years of service can bring, while conversely, the accumulated seniority of older employees is seriously diluted. This combination of threat and promise could be expected to undermine the strikers' mutual interest and place the entire strike effort in jeopardy. (...)

(v) the super-seniority renders future bargaining difficult, if not impossible, for the collective bargaining representative. Unlike the replacement granted in

MacKay which ceases to be an issue once the strike is over, the plan here creates a cleavage in the plant continuing long after the strike is ended. Employees are henceforth divided into two camps: those who stayed with the union and those who returned before the end of the strike and thereby gained extra seniority. This breach is re-emphasized with each subsequent lay-off and stands as an ever-present reminder of the dangers connected with striking and with union activities in general (217).

Le Board rejeta, par conséquent, le premier argument de l'employeur au motif que les effets discriminatoires de la mesure qu'il avait prise dépassaient, et de loin, ceux découlant du droit d'embaucher des substituts permanents énoncé dans MacKay Radio. Après avoir soupesé le motif légitime d'affaires avancé par l'employeur (inciter des substituts à travailler pour lui afin de continuer ses opérations) au soutien de la mesure qu'il avait prise à la lueur des droits conférés par la loi aux employés, le Board rejeta également le deuxième argument vu les conséquences néfastes mentionnées dans l'extrait ci-dessus que l'octroi d'une superancienneté a sur le droit de grève des employés garanti par l'article 7:

(...) Nor do we believe that Respondent's claim of "necessity" can be a defense to the type of conduct here found unlawful. (...) To excuse such conduct would greatly diminish if not destroy, the right to strike guaranteed by the Act, and would run directly counter to the guarantees of Section 8(a)(1) and (3) that employees

(217) Id., n. 214, page 2125.

shall not be discriminated against for engaging in protected concerted activities (218).

Le Board décida, par conséquent, que l'employeur avait contrevenu à l'article 8 sans qu'il ne soit nécessaire, contrairement à ce qu'avait tenu l'examineur, qu'une preuve spécifique d'animus anti-syndical soit effectuée.

La décision du Board fut renversée par la Cour d'appel du neuvième (9e) circuit (219) mais rétablie par la Cour suprême. Cette dernière décida que le N.L.R.B. n'avait pas erré en droit lorsque, après avoir soupesé les intérêts des employés et ceux de l'employeur, il avait décidé que la mesure prise par ce dernier était intrinsèquement destructive de droits importants conférés par la loi:

Accordingly, in view of the deference paid the strike weapon by the federal labor laws and the devastating consequences upon it which the Board found will and would be precipitated by Respondent's inherently discriminatory super-seniority plan, we cannot say the Board erred in the balance which it struck here (220).

(218) (1961) 48 LRRM 1379, page 1384.

(219) (1962) 50 LRRM 2168 (C.A. du neuvième circuit).

(220) Id., n. 214, page 2127.

Partant, la Cour conclut que la motivation de l'employeur n'était pas essentielle à une contravention de l'article 8 et expliqua le fondement de cette règle de la façon suivante:

The employer, in such cases, must be held to intend the very consequences which foreseeably and inescapably flow from his actions. (...) But, as often happens, the employer may counter by claiming that his actions were taken in the pursuit of legitimate business ends. (...) Nevertheless his conduct does speak for itself - it is discriminatory and it does discourage union membership - and whatever the claimed overriding justification may be, it carries with it unavoidable consequences which the employer not only foresaw but which he must have intended (221).

Il convient de souligner, en conclusion, que le test énoncé par la Cour dans l'affaire Great Dane Trailers signifie également que lorsqu'un employeur n'avance aucun motif justificateur au soutien d'une mesure qu'il a prise ayant pour effet de discriminer entre deux groupes d'employés, il y aura contravention à l'article 8(a)(3) sans nécessité d'examiner si cet employeur était animé d'un sentiment anti-syndical.

Il importe, maintenant, de voir comment ce nouveau test a été appliqué dans le contexte de décisions traitant du droit de rappel au travail des grévistes économiques.

(221) Id., n. 214, page 2124.

SECTION 2 - EFFET CONTINU DE LA DEMANDE DE RÉINTÉGRATION
ORIGINELLE

L'affaire Fleetwood Trailer Co. (222) représente le point tournant dans la réorientation de la jurisprudence vers une interprétation libérale de l'article 2(3) de la loi. Dans cette affaire, une grève à caractère économique avait été déclarée en août 1964 par un groupe d'employés de production et d'entretien au soutien des demandes formulées par leur syndicat à la table des négociations. A ce moment, l'employeur dont l'entreprise consistait dans la production de maisons mobiles employait approximativement cent dix personnes et produisait vingt (20) unités par semaine. Au début de la grève, le 6 août 1964, un peu moins de la moitié des employés débrayèrent et participèrent à l'arrêt de travail. La compagnie décida alors de réduire sa production à dix (10) maisons mobiles par semaine et limita ses achats de fourniture en conséquence. Cette production s'accrut, cependant, au cours de la grève à quinze (15) unités par semaine grâce au retour au travail d'un certain nombre de grévistes et l'embauche de substituts. Au terme de la grève, le 18 août, lorsque le syndicat accepta les dernières offres patronales, l'employeur n'était pas encore parvenu à rétablir sa production normale mais il avait résolu d'y parvenir avec les

(222) Fleetwood Trailer Co. Inc. and Lionel Richman, (1967) 19 L. Ed. (2d) 614 (C. Suprême), inf. (1966) 63 LRRM 2155 (C.A. du neuvième circuit), inf. (1965) 153 NLRB 425.

soixante et onze (71) employés dont il disposait à ce moment, soit une cinquantaine d'employés réguliers et vingt et un (21) substituts.

Le syndicat fut par conséquent avisé qu'il n'y avait aucun emploi disponible pour les grévistes. En outre la compagnie refusait de placer leurs noms sur une liste préférentielle d'embauche et elle requérait ces derniers de formuler une demande de réintégration ainsi que de renouveler cette dernière, par la suite, à tous les mois. La compagnie s'engageait à consulter ces demandes au fur et à mesure que des emplois seraient mis en disponibilité mais elle se réservait le droit d'engager du personnel de quelque source que ce soit.

Le 20 août, soit deux jours après la fin de la grève, six (6) grévistes présentèrent des demandes de réintégration. Ils communiquèrent par la suite à l'employeur, à plusieurs reprises, soit en personne ou par appel téléphonique, leur désir de retourner au travail. En dépit de ce fait, la compagnie engagea, entre les 8 et 16 octobre, six (6) nouveaux employés et n'offrit pas ces postes aux grévistes. Ces derniers ne furent rappelés au travail qu'ultérieurement, soit près d'un mois après l'embauche des nouveaux employés. Ils présentèrent par conséquent une plainte alléguant que l'employeur avait contrevenu aux articles usuels de la loi en ne les rappelant pas dès le moment où les six (6) postes avaient été mis en disponibilité.

Devant l'examineur saisi des plaintes, l'employeur plaيدا qu'au moment où les plaignants avaient présenté leur demande de réintégration originelle, ils avaient déjà été remplacés de façon permanente. Partant, ils avaient perdu leur statut d'employés et ne jouissaient pas d'un droit préférentiel de rappel au travail. A l'inverse, le syndicat insista plutôt sur le fait qu'en raison de l'intention de l'employeur de revenir le plus rapidement possible au niveau de production normale, la situation du 20 août lors de la présentation de la demande des plaignants n'était que temporaire et ils n'avaient pas été remplacés.

La décision rendue par l'examineur se démarque de la jurisprudence antérieure à trois égards. En effet, il décide, en substance, d'une part, que l'affaire Brown and Root n'est pas applicable en l'espèce après avoir déterminé que les grévistes n'avaient pas été remplacés par des substituts mais que leurs postes avaient simplement été éliminés temporairement jusqu'à ce que la production revienne à la normale. Partant les grévistes avaient conservé leur statut d'employés. D'autre part, même si l'affaire Brown and Root ne s'appliquait pas, l'affaire Atlas-Storage Mfg. Co. aurait pu s'appliquer mais l'examineur n'y réfère nulle part. Enfin, l'examineur décide, alors que la décision de la Cour suprême dans l'affaire Great Dane Trailers n'avait pas encore été rendue, que le seul défaut d'offrir aux grévistes les emplois qui avaient été mis en

disponibilité de préférence à tout nouveau candidat constitue, en soi, une contravention à la loi sans nécessité de preuve distincte d'*animus anti-syndical* (223). L'examineur recommande, par conséquent, que la compensation monétaire réclamée par les plaignants leur soit versée.

Le N.L.R.B. entérina cette décision (224) mais la Cour d'appel du neuvième (9e) circuit refusa, majoritairement, d'homologuer l'ordonnance du Board (225). L'un des juges décida que l'affaire Brown and Root était applicable alors qu'un autre décida que l'affaire Atlas-Storage Mfg. Co. l'était également. Partant, sous l'une ou l'autre des décisions, les grévistes avaient perdu leur statut d'employés le 20 août au moment de leur demande de réintégration originelle puisqu'il n'y avait pas d'emplois disponibles à cette date, peu importe que ces derniers aient été occupés par des substituts permanents ou qu'ils aient été éliminés temporairement.

La Cour suprême devant laquelle l'affaire fut portée renversa la décision de la Cour d'appel et établit quatre principes. Premièrement, elle réaffirma qu'en vertu de l'article 2(3) de la loi, les grévistes conservent leur statut d'employés

(223) (1965) 153 NLRB 425, page 428.

(224) Id., note 222.

(225) Id., note 222.

jusqu'à ce qu'ils aient acquis un emploi régulier substantiellement équivalent chez un nouvel employeur (226).

Deuxièmement, elle décida que les grévistes économiques ne perdent pas leur droit à la réintégration et ne doivent pas être traités comme s'ils étaient de nouveaux candidats formulant pour la première fois une demande d'emploi du seul fait que lors de leur demande originelle aucun emploi n'est disponible (227).

Troisièmement, la Cour établit, en se référant à sa décision dans l'affaire Great Dane Trailers, que dans la situation où, comme en l'instance, la grève a affecté les opérations de l'entreprise et des emplois ont dû être éliminés, les grévistes économiques ont le droit, au fur et à mesure que des postes sont mis en disponibilité lors de la reprise graduelle des opérations, de se faire offrir ces emplois de préférence à tout nouvel employé sauf si l'employeur peut prouver un "motif légitime fondé sur des considérations d'affaire" justifiant son défaut de les rappeler au travail (228). La Cour énonce deux motifs de cette nature:

(226) (1967) 19 Fed. (2d) 614, (C. Suprême), page 617.

(227) Id., page 620.

(228) Id., page 619.

One is when the jobs which the strikers claim are occupied by workers hired as permanent replacements during the strike in order to continue operations. (...) A second basis for justification is suggested by the Board - when the striker's job has been eliminated for substantial and bona fide reasons other than considerations relating to labor relations: for example, "the need to adapt to changes in business conditions or to improve efficiency" (229).

Il faut comprendre que la détermination de la légalité du refus d'un employeur de réintégrer un gréviste économique se présente, comme nous l'avons vu, à deux étapes précises: 1) lorsque le gréviste formule sa demande de réintégration originelle et, 2) lorsque, subséquemment à sa demande originelle, un emploi pour lequel le gréviste est qualifié est mis en disponibilité. A titre d'exemple, dans l'affaire MacKay Radio il s'agissait d'une situation où la question de la légalité du refus de l'employeur se posait à la première étape mentionnée ci-dessus, soit à l'occasion de la demande de réintégration originelle des grévistes. De toute évidence, vu les principes énoncés par la Cour dans cette affaire, un employeur est justifié de rejeter la demande des grévistes si, à ce moment, leurs postes sont occupés par des substituts permanents. Cependant, si par la suite, des postes se libèrent en raison du départ de quelques substituts, l'employeur ne peut invoquer le fait que lors des demandes de réintégration originelles, les postes des

(229) Id., page 618.

grévistes étaient comblés par des substituts permanents en vue de justifier un nouveau refus de leur offrir ces postes. Il doit avancer un autre motif légitime d'affaires.

Il en était de même dans la présente affaire où l'employeur ne pouvait invoquer le fait qu'au cours de la grève, il avait réduit ses opérations et éliminé certains emplois en vue de justifier son refus de rappeler les grévistes au travail au fur et à mesure que des emplois étaient mis en disponibilité. Ce motif ne valait que lors des demandes originelles des plaignants (230). N'ayant pas avancé un autre motif légitime d'affaires pouvant justifier les défauts subséquents de rappeler les grévistes au travail dès le moment où des postes étaient mis en disponibilité, la Cour conclut que l'employeur a contrevenu à la loi. En l'absence d'un tel motif justificateur, il n'y a pas nécessité d'établir un animus anti-syndical de la part de l'employeur. La Cour écrit, en effet, en se fondant sur l'affaire Great Dane Trailers:

(...) because the employer here has not shown "legitimate and substantial business justifications", the conduct constitutes an unfair labor practice without reference to intent (231).
(Les soulignés sont de nous)

(230) Boe W. Martin, loc.cit., n. 114, pages 1103 à 1105.

(231) Id., n. 226, page 619.

En outre, le fardeau de prouver un tel motif justificateur incombe à l'employeur (232).

Enfin, quatrièmement, bien que la Cour ne le mentionne pas expressément, il résulte clairement de sa décision que la demande de réintégration originelle a un effet continu dans le temps.

Cette décision pouvait être interprétée comme ne visant que les situations où l'absence de disponibilité d'emploi lors des demandes de réintégration originelles des grévistes résulte de la réduction des opérations de l'entreprise en cours de grève et où les disponibilités subséquentes de tels emplois surviennent en raison de la reprise graduelle des opérations de l'employeur. Cependant, le N.L.R.B. interpréta cette décision de façon large et ne tarda pas à appliquer les principes énoncés dans cette dernière aux situations où l'absence de disponibilité d'emploi lors des demandes de réintégration originelles des grévistes résulte de l'embauche de substituts en cours de grève et où les disponibilités subséquentes de tels emplois surviennent en raison du départ ou de la réaffectation de ces substituts.

Ainsi, dans l'affaire Laidlaw Corporation (233), les demandes de réintégration formulées par les grévistes au

(232) Id., page 617.

(233) Laidlaw Corporation v. NLRB, (1968) 171 NLRB 1366.

terme de l'arrêt de travail furent rejetées au motif que leurs postes étaient occupés par des substituts permanents. Dans les jours qui suivirent, de nouvelles demandes furent présentées par les grévistes mais lorsque près d'une cinquantaine de substituts quittèrent l'entreprise, l'employeur combla ces postes en embauchant de nouveaux candidats et en rappelant au travail uniquement ceux des grévistes dont les demandes avaient été formulées au moment précis où les postes s'étaient libérés. L'employeur ne consulta pas les demandes qui avaient été formulées au terme de la grève. Les grévistes présentèrent, par conséquent, une plainte fondée sur les articles usuels de la loi.

L'examineur saisi de cette dernière décida, avant même que la décision de la Cour suprême dans l'affaire Fleetwood Trailer n'ait été rendue, qu'en dépit du fait que les postes des plaignants étaient occupés par des substituts permanents au moment de leur demande de réintégration originelle, ils avaient conservé leur statut d'employés protégés par l'article 2(3) et avaient droit d'être rappelés au travail au fur et à mesure que ces postes se libéraient. En se fondant sur la décision du N.L.R.B. dans Container Mfg. Co. Inc. dans laquelle le Board avait réaffirmé la doctrine de l'effet continu de la demande de réintégration originelle, l'examineur décida que les plaignants n'avaient pas l'obligation de renouveler leur demande au

moment précis où les postes s'étaient libérés (234). Il recommanda, par conséquent, que les plaignants soient réintégrés avec compensation monétaire.

Au moment où le N.L.R.B. fut saisi de la décision de l'examineur, la décision de la Cour suprême dans l'affaire Fleetwood Trailer avait été rendue. En se fondant sur cette dernière, le Board confirma la décision de l'examineur mais alla plus loin que ce dernier en tenant que puisque la demande de réintégration originelle des plaignants avait un effet continu dans le temps, il incombait à l'employeur de contacter les grévistes au fur et à mesure que des postes se libéraient afin de les leur offrir de préférence à tout nouvel employé (235). Puisque l'employeur n'avait pas agi de la sorte et que, par ailleurs, il n'avait prouvé aucun motif légitime d'affaire pouvant justifier son défaut, le Board décida, semblablement à l'examineur, que l'employeur avait contrevenu aux articles 8(a)(1) et 8(a)(3) de la loi. En outre, le Board rejeta expressément les principes énoncés dans Bartlett-Collins, Atlas- Storage et Brown and Root, c'est-à-dire les principales décisions rendues au cours de la période de 1952 à 1961 durant laquelle l'article 2(3) avait été interprété de façon restrictive (236).

(234) Id., page 1386.

(235) Id., page 1369.

(236) Id., page 1370.

La Cour d'appel du septième (7e) circuit, celle-là même qui avait rejeté la théorie de l'effet continu de la demande de réintégration originelle dans Container Mfg. Co. Inc. et qui avait confirmé la décision du N.L.R.B. dans Atlas-Storage homologua l'ordonnance du N.L.R.B. (237). La Cour rejeta, par ailleurs, l'argument de l'employeur selon lequel la décision du Board devait être cassée parce qu'elle avait pour effet de conférer aux grévistes un droit perpétuel, sans limite dans le temps, à l'emploi qu'ils occupaient avant de participer à l'arrêt de travail ou à un emploi substantiellement équivalent:

(...) The Board was not required to determine what the impact of the passage of time or inability to notify applicants of vacancies might have on the employer's duty to honor applications for reinstatement. We do not view the employer's duty to seek out replaced economic strikers to be a severe burden in practice. Employers who personally retain the addresses and phone numbers of the strikers should not find it overly burdensome to give them notice that a position has fallen vacant (238).

Cette décision confirmait l'obligation de l'employeur de dresser une liste des grévistes au terme de l'arrêt de travail mais elle soulevait la question de savoir si la durée de

(237) (1969) 71 LRRM 3054 (C.A. du septième circuit).

(238) Id., page 3059.

l'obligation de contacter les grévistes au fur et à mesure que des emplois se libèrent ou sont mis en disponibilité afin de les leur offrir de préférence à tout nouveau candidat pouvait être limitée dans le temps. La Cour suprême avait expressément laissé cette question en suspens dans l'affaire Fleetwood Trailers. La jurisprudence subséquente chercha, par conséquent, à solutionner cette question.

SECTION 3 - AMÉNAGEMENT DES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

Dans l'affaire American Machinery Corporation v. N.L.R.B. (239), la Cour d'appel du cinquième (5e) circuit suggéra que la durée de l'obligation de l'employeur de contacter les grévistes au fur et à mesure que des postes sont mis en disponibilité pouvait être réglementée par le N.L.R.B. en autant que ces règles soient compatibles avec les principes énoncés dans l'affaire Fleetwood Trailers:

A reasonable rule would not contravene Fleetwood's assertion that "the right to reinstatement does not depend upon technicalities relating to application" (240).

(239) American Machinery Corp. v. NLRB, (1970) 73 LRRM 2977 (C.A. du cinquième circuit).

(240) Id., page 2981.

Suite à cette décision, le N.L.R.B. établit plusieurs principes. Dans l'affaire Brooks Research (241), le Board rejeta la prétention de l'employeur selon laquelle une clause contenue dans une convention collective limitant à une période de six (6) mois les droits de rappel au travail d'employés en mise à pied était également applicable à des grévistes en attente de leur réintégration. Le Conseil statua de la façon suivante:

We reject the employer's contention that economic strikers should be equated with laid-off employees. The reinstatement rights of economic strikers under Fleetwood Trailers and Laidlaw are statutory as distinguished from the rights of laid-off employees (242).

Le Board se dit d'avis, cependant, qu'un employeur se conforme raisonnablement à son obligation de réintégration en demandant, de temps à autre, aux grévistes s'ils désirent toujours être maintenus sur la liste de rappel. Le Conseil écrit, en outre:

Under the agreement reached by the parties herein, the Respondent's burden is slight. Thus, when a vacancy arises recall is to be by telephone with confirmation by letter or telegram. Respondent is

(241) (1973) 82 LRRM 1599.

(242) Id., page 1601.

required only to use the last known addresses and telephone numbers on file with it. The recalled employee has only three working days to report after being notified to return. If an employee refuses an offer of reinstatement or does not respond, his name may be deleted from the list.

Therefore, contrary to its contention, Respondent does not have to maintain the entire preferential hiring list indefinitely. In addition, there may be other means by which Respondent can cope with its alleged burden. For example, although we find it unnecessary to consider at this time, we note that the Fifth Circuit suggested in American Machinery, supra:

(...) He might notify the strikers when they request reinstatement of a reasonable time during which their applications will be considered current and at the expiration of which they must take affirmative action to maintain their current status" (243).

Dans l'affaire Bio Science Laboratories (244) le N.L.R.B. décida qu'à moins que les parties ne se soient spécifiquement entendues sur un ordre de réintégration, l'employeur peut utiliser n'importe quelle méthode de rappel des grévistes en autant que cette méthode ne soit pas discriminatoire ou intrinsèquement destructive des droits des employés.

Par la suite, deux autres décisions vinrent expliquer davantage encore les obligations d'un employeur découlant des

(243) Id., page 1602.

(244) (1974) 85 LRRM 1568.

affaires Fleetwood Trailers et Laidlaw. Dans l'affaire United Aircraft (245), le N.L.R.B. établit le principe selon lequel les droits de rappel au travail des grévistes remplacés par des substituts permanents peuvent être limités dans le temps par une entente particulière à cet effet conclue entre l'employeur et le syndicat. Le Board renversait ainsi une décision de l'examinateur selon laquelle l'employeur avait contrevenu à la loi en n'utilisant plus la liste de rappel au travail préférentiel à l'expiration de la période convenue entre ce dernier et le syndicat:

The majority reasoned that this restraint upon the reinstatement rights of economic strikers did not violate the spirit of the Laidlaw doctrine, nor was it in contravention of the Supreme Court's Fleetwood decision which had expressly reserved the question of whether a labor organization could waive the right of strikers to reinstatement ahead of new employees. In upholding the joint actions of the employer and union, the Board stated that its approval of the settlement accord was based on the following points: (1) the agreement was the product of good faith bargaining; (2) there was no evidence that in entering the pact, the employer had sought to undermine the union's status; (3) the recall period had not been unreasonably short (approximately four and one-half months); and (4) there was no evidence of discriminatory intent or objective on the part of either party, in either the negotiation or implementation of the agreement (246).

(245) (1971) 77 LRRM 1785.

(246) D.S. McDowell et K.C. Huhn, op.cit., n. 146, page 129.

Dans Lahaer Spring and Electric Car Corporation (247), le Board décida qu'un employeur avait contrevenu à l'article 8(a)(3) de la loi nonobstant l'existence d'une entente spécifique de la nature de celle mentionnée dans l'affaire ci-dessus parce que ladite entente avait été manipulée de façon discriminatoire. La preuve avait, en effet, démontré qu'une augmentation substantielle dans le temps supplémentaire s'était produite au terme de la grève mais que l'employeur avait omis de rappeler les grévistes au travail alors que des postes s'étaient libérés durant la période où l'entente qu'il avait conclue avec le syndicat était en vigueur. En outre, dès l'expiration de cette entente, l'employeur avait procédé à l'engagement de nouveaux employés ne figurant pas sur ladite liste. Le Conseil décida que de tels faits indiquaient que l'employeur n'avait consenti à l'entente qu'en vue de retarder ou simplement éviter la réintégration des grévistes.

La jurisprudence subséquente s'inscrit dans la même lignée que celle tracée par l'affaire American Machinery (248) et constitue simplement des variantes à l'aménagement des obligations de l'employeur.

(247) (1971) 77 LRRM 1800.

(248) Voir D.S. McDowell et K.C. Huhn, op.cit., n. 146, pages 127 à 131 et Charles J. Morris, op.cit., n. 144, page 1013. Cette jurisprudence a été vivement critiquée. Voir M. Finkin, The Truncation of Laidlaw Rights by Collective Agreement, (1979) 3 Industrial Rels. L.J. 591, et S. Estreicher, loc.cit., n. 156, page 295, 296.

SECTION 4 - SOMMAIRE DE CETTE PÉRIODE

- i) Si le droit des grévistes à leurs emplois demeure assujéti au droit de l'employeur d'opérer en période de grève et de prendre, à cette fin, diverses mesures dont, entre autres, l'embauche de substituts permanents, il ne s'en suit pas, à titre de corollaire des principes établis par la Cour suprême dans MacKay Radio, qu'un employeur puisse accorder aux substituts une superancienneté afin d'assurer leur inamovibilité.

- ii) Lorsqu'au moment de la présentation de la demande de réintégration originelle des grévistes, il n'y a pas d'emplois disponibles pour eux parce qu'ils sont tous occupés par des substituts permanents ou parce qu'ils ont été temporairement éliminés, il résulte d'une interprétation large et libérale de l'article 2(3) de la loi que le remplacement des grévistes par des substituts permanents ou l'élimination temporaire de leurs postes ne leur fait pas perdre leur statut d'employés. Les grévistes conservent un droit continu à la réintégration et, à titre de corollaire, leur demande originelle de réintégration a un effet continu dans le temps. Partant, il incombe à l'employeur de dresser une liste des grévistes et de les

contacter au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité par suite du départ de certains substituts ou de la reprise graduelle des opérations de l'entreprise afin de les leur offrir de préférence à tout nouvel employé.

- iii) Il en résulte que les grévistes économiques n'ont qu'un droit relatif à leurs emplois mais ils conservent un droit absolu de rappel au travail lorsque des postes sont libérés ou mis en disponibilité. En outre, lorsqu'ils sont rappelés au travail, les grévistes doivent être réintégrés avec tous les droits et privilèges dont ils jouissaient avant de participer à la grève, y inclus leur ancienneté.
- iv) Par ailleurs, bien que l'employeur ait l'obligation de dresser une liste des grévistes désirant revenir au travail lorsqu'au moment de leur demande originelle il n'y a pas d'emplois disponibles pour eux, la durée de son obligation de les contacter au fur et à mesure que des emplois sont mis en disponibilité peut être limitée dans le temps par une entente à cet effet négociée avec le syndicat.
- v) Le fait que lors de la présentation de la demande de réintégration originelle des grévistes, les postes de

ces derniers soient occupés par des substituts permanents ou aient été temporairement éliminés constitue un motif légitime d'affaire justifiant le refus de l'employeur de les réintégrer à ce moment. Ce principe découle directement de l'affaire MacKay Radio. Cependant, si subséquemment à leur demande de réintégration originelle, des emplois sont mis en disponibilité, l'employeur ne peut refuser de réintégrer les grévistes à ces derniers à moins de prouver un motif légitime d'affaire distinct de celui ayant motivé le rejet des demandes de réintégration originelles.

TITRE 7 - CRITIQUE DU DROIT AMÉRICAIN

La plupart des auteurs qui ont critiqué le droit américain relatif au droit des grévistes à leurs emplois l'ont fait en s'interrogeant sur l'opportunité du deuxième principe énoncé par la Cour suprême dans l'affaire MacKay Radio à la lueur des objectifs poursuivis par le N.L.R.A. (249). Ils ont ainsi

(249) Robert A. Gorman, op.cit., n. 131, pages 341 à 347, Note, loc.cit., n. 138; George Schatzki, Some Observations And Suggestions Concerning A Misnomer - "Protected Concerted Activities", (1969) 47 U. of Texas L. Review 378; Paul Weiler, Promises To Keep: Securing Workers' Rights To Self-Organization Under the N.L.R.A., (1983) 96 Harvard Law Review 1769 et, Striking A New Balance: Freedom Of Contract And The Prospects For Union Representation, (1984) 98 Harvard Law Review 351; Leonard Boudin, loc.cit., n. 144; S. Estreicher, loc.cit., n. 156; Julius Getman, loc.cit., n. 213.

mis en évidence l'incompatibilité du droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents au cours d'une grève économique et celui des employés garanti par l'article 7 de participer à un arrêt de travail concerté. Il existe par ailleurs un autre argument fondé sur la portée réelle de l'article 2(3) soutenant le point de vue selon lequel les grévistes économiques, tout comme les grévistes dits de pratiques déloyales, devraient jouir, sous réserve de cas exceptionnels, d'un droit absolu à leurs emplois plutôt que d'un simple droit de rappel au travail. Nous énoncerons cet argument au troisième chapitre (249a).

CHAPITRE 1 - GÉNÉRALITÉS

Le droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents en période de grève donne lieu à des résultats illogiques. Comme le souligne le professeur Gorman:

The employer right to replace permanently economic strikers (...) creates a distinction between the rights of economic and unfair labor practice strikers which some think unsound and indeed perverse, since the strike may be the only recourse against employer intransigence at the bargaining table while the union and employees always have available the machinery of the N.L.R.B. to redress employer unfair labor practices (250).

(249a) Voir, infra, page 169.

(250) Robert A. Gorman, op.cit., n. 131, page 343.

Par ailleurs, tous les auteurs ont souligné l'incertitude découlant de la distinction entre une grève de pratiques déloyales et celle à caractère purement économique à l'égard des droits des parties puisque, dans la dynamique des choses, la qualification de la nature d'une grève est toujours effectuée par le N.L.R.B. a posteriori (251). Si, contrairement à ce que croyait l'employeur, par exemple, la grève est qualifiée, suite au dépôt d'une plainte, comme ayant été suscitée par une pratique déloyale de travail ou qu'il est jugé que cette dernière était, au départ, à caractère purement économique mais qu'elle a été subséquemment convertie en une grève dite de pratiques déloyales, il se verra imposer un dédommagement monétaire substantiel en plus de devoir se départir de substituts dont l'entraînement pourra avoir nécessité des sommes importantes.

La distinction entre les types de grève soulève, par conséquent, de sérieux problèmes pratiques en plus d'être inconciliable avec une politique législative fondée sur la protection du droit de grève en tant que moyen de pression économique susceptible de favoriser la solution d'impasses à la table des négociations.

(251) Note, loc.cit., n. 138, page 640; George Schatzki, loc.cit., n. 249, page 387.

CHAPITRE 2 - INTERPRÉTATION LIMITATIVE DES DROITS CONFÉRÉS PAR
L'ARTICLE 7 ET CONCEPTION CURATIVE DES POUVOIRS
RÉMÉDIATEURS DU N.L.R.B.

Il découle clairement de l'article 1 du N.L.R.A. énonçant les objectifs poursuivis par le Congrès lors de l'adoption du Wagner Act (252) que ce dernier, optant pour un régime de libre négociation collective, a cherché à établir un certain équilibre entre les parties en protégeant, d'une part, le droit des employés de se former en association et, d'autre part, le droit de ces derniers de participer à une grève afin de contrebalancer la force de l'employeur. Ces droits sont garantis, comme nous l'avons vu, par l'article 7 et protégés par l'article 8 de la loi.

Si les employés ne peuvent en conséquence ainsi être congédiés ou faire l'objet de mesures discriminatoires pour le seul motif de leur participation à une grève, la loi ne les protège pas, pour autant, contre les conséquences économiques de leur action concertée, soit la perte de leur revenu pendant la durée de la grève. La loi ne leur interdit pas, cependant, de chercher à combler cette perte en acceptant un emploi temporaire chez un autre employeur pour la durée du conflit.

(252) Voir l'Annexe pour le texte de cet article.

Semblablement, la loi ne protège pas l'employeur contre les conséquences économiques d'une grève résultant du défaut de conclure une entente négociée avec le syndicat mais elle ne lui interdit pas de tenter de minimiser l'impact de l'action concertée de ses employés. C'est ce que la Cour suprême des États-Unis a décidé, comme nous l'avons vu, dans l'affaire MacKay Radio, en consacrant le droit de l'employeur de continuer à opérer durant la grève et, à cette fin, en l'absence de pratiques déloyales, d'embaucher des substituts permanents pour remplacer les grévistes. A cet égard, le N.L.R.B. était du même avis que la Cour en ce qui a trait aux mesures que peut prendre un employeur en vue de résister à une grève tel que le révèle, d'une part, la position qu'il a prise dans son mémoire devant cette dernière et, d'autre part, son défaut de déterminer si l'octroi aux substituts de la permanence de leurs emplois constitue, en soi, une contravention à l'article 8.

Le passage pertinent du mémoire du N.L.R.B. devant la Cour suprême est le suivant:

The Board has never contended, in this case or in any other that an employer who has neither caused or prolonged a strike through unfair labor practices cannot take full advantage of economic forces working for his victory in a labor dispute. The Act clearly does not forbid him, in the absence of such unfair labor practices, to replace the striking employees with new employees or authorize an order directing that all the strikers be reinstated and the new employees discharged. Admittedly the strikers are not "guaranteed" rein-

statement by the Act. (...) Admittedly an employer is fully within his rights under the statute in refusing to reinstate striking employees when he has legally filled their positions prior to the commission of any unfair labor practice. The Board did not question that right in this case (253).
(Les soulignés sont de nous)

Le Board et la Cour ont, de la sorte, comme l'a souligné le professeur Weiler, donné une interprétation restrictive à la loi entravant la réalisation des objectifs plus vastes recherchés par cette dernière que la simple répression ponctuelle de mesures discriminatoires à l'endroit d'individus:

This coincidence of the Board's and the Court's views testifies to the tendency at the time to confine this radical new statute [le Wagner Act] to proscribing only intentional discrimination by employers against union activists, and not even to entertain a reading that called for restraining all employer action having a serious impact on the rights supposedly extended to employees by section 7 and protected by section 8. (254)

Une telle interprétation limitative de la loi mettant principalement l'accent sur la protection des droits individuels des employés et négligeant celle de leurs droits collectifs a naturellement orienté la conception que se faisait le N.L.R.B.

(253) L'extrait du mémoire du NLRB est rapporté dans l'article de Leonard Boudin, loc.cit., n. 144, page 831.

(254) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 389.

des pouvoirs remédiateurs prévus par l'article 10(c) (255) vers un simple exercice curatif - par opposition à préventif - de ces derniers. Le professeur Weiler a expliqué la distinction entre la nature de ces ordonnances, curatives ou préventives, lorsque, traitant du droit d'association garanti par l'article 7, il critique les ordonnances émises par le N.L.R.B. de la façon suivante:

It would seem logical, then, that a major aim of Board action should be the prevention of employer interference with the employees' collective right to self-organization. The remedial philosophy as it has evolved, however, is heavily oriented toward the repair of harm inflicted on individual victims of anti-union action by employers (256).

Afin d'illustrer la différence entre un exercice des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. fondés sur une interprétation large et libérale de l'article 7 et visant, en conséquence, à protéger de façon positive le droit d'association des employés, d'une part, et, d'autre part, la simple réparation ponctuelle du préjudice subi par un employé, le professeur Weiler donne l'exemple d'un employé congédié en raison du rôle actif qu'il a joué dans l'organisation d'un syndicat. Si l'employeur visait, simplement, par un tel congédiement à punir l'employé parce

(255) Voir l'Annexe pour le texte de cet article.

(256) Paul Wieler, loc.cit., n. 249, page 1788.

qu'il a soutenu la formation d'un syndicat, une ordonnance curative enjoignant la réintégration du plaignant avec compensation monétaire suffirait à remédier au préjudice qu'il a subi et pourrait constituer un désincitatif pour l'employeur prévenant la commission d'une telle pratique déloyale à l'avenir. Il faut, cependant, tenir compte de la dynamique des relations collectives de travail. Le congédiement a nécessairement pour effet de jeter un froid sur la ferveur de la campagne d'organisation syndicale menée par l'employé. Dans un tel cas, une simple ordonnance de réintégration avec compensation ne suffit pas à remédier aux effets néfastes de la pratique déloyale commise par l'employeur sur le droit d'association des employés:

Unlike the discharged employee's loss of wages, this setback to the employees' quest for a collective voice in their work place cannot easily be repaired. To protect the employees' group rights, the N.L.R.A. must rely on the preventive force of its sanctions. But the traditional remedies for discriminatory discharge - back pay and reinstatement - simply are not effective deterrents to employers who are tempted to trample on their employees' rights (257).

Or, le libellé de l'article 10(c) de la loi est suffisamment large pour permettre au N.L.R.B. d'exercer ses pou-

(257) Id., page 1789.

voirs remédiateurs de façon à protéger non seulement les droits individuels des employés mais également les droits collectifs de ces derniers (258). La même critique formulée par le professeur Weiler à l'endroit des ordonnances émises par le N.L.R.B. dans des situations mettant en cause le droit d'association des employés vaut également dans le contexte de situations mettant en cause le droit de participer à une grève.

SECTION 1 - LE DROIT DE L'EMPLOYEUR DE CONTINUER SES OPÉRATIONS EN PERIODE DE GREVE

Le premier droit reconnu à l'employeur par la Cour suprême dans MacKay Radio est celui de continuer à opérer en période de grève. Ce droit affecte nécessairement l'exercice efficace du droit de grève en tant que moyen de pression économique puisque les employés subissent, pendant la durée du conflit, une perte de revenu alors que celles de l'employeur, s'il réussit à maintenir le niveau normal de ses opérations, sont négligeables. Il s'en suit que la pression est beaucoup plus forte sur le syndicat que sur l'employeur de réduire ses demandes et d'effectuer des compromis. Ce déséquilibre dans la force de négociation des parties se répercute, alors, nécessairement dans le contenu de la convention collective et la perspective d'une aventure aussi onéreuse peut avoir pour effet de

(258) Leonard Boudin, loc.cit., n. 144, page 824.

dissuader les employés d'exercer leurs droits garantis par l'article 7. (259)

En dépit d'un tel impact sur le droit des employés, il est certain que le maintien des opérations de l'employeur durant la grève est fondé sur un motif légitime d'affaire et ne doit pas être considéré comme étant une contravention à l'article 8. (260) L'employeur cherche, en effet, ainsi à minimiser le coût de sa main-d'oeuvre et de ses pertes, à conserver sa part du marché et à assurer la survie de son entreprise.

Comme le souligne le professeur Schatzki, si le Congrès a voulu que le droit de grève soit utilisé en vue d'imposer un préjudice économique à l'employeur, il n'a certainement pas voulu que ce dernier soit à ce point sérieux qu'il entraîne la fermeture de l'entreprise. Or ce serait le cas si l'employeur ne pouvait opérer en période de grève et si cette dernière devait s'éterniser. Il s'agit d'un prix trop élevé à payer tant pour l'employeur, les employés que pour la société en général (261).

(259) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 389.

(260) Id., page 412; George Schtazki, loc.cit., n. 249, page 390 et ss.

(261) George Schatzki, loc.cit., n. 249, pages 390 et 391.

Un autre argument de taille au soutien de ce droit de l'employeur est formulé par le professeur Weiler. Ce dernier, s'interrogeant sur l'opportunité des dispositions anti-scab prévues dans le Code du travail du Québec (262), se dit en désaccord avec ces dernières en soulignant que le droit de l'employeur de continuer à opérer en période de grève et, à cette fin, d'embaucher des substituts, constitue, en bonne part, la contrepartie du droit des employés de travailler chez un autre employeur pendant la durée du conflit. Or, comme l'écrit le professeur:

If the labor laws forced employers to experience the losses of a strike as a real incentive to compromise at the bargaining table, fairness would require that the same legal constraints be placed on union members. But there are major problems, in both principle and practice, in trying to enforce such an intrusive restraint on workers' freedom to support themselves and their families during collective work stoppages (263).

Par ailleurs, si l'on interdisait à l'employeur d'opérer en période de grève et d'embaucher des substituts, ou aux employés de travailler ailleurs pendant la durée du conflit, les parties seraient soustraites à l'influence et aux pressions

(262) Id., n. 2.

(263) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 414.

des lois du marché et de la concurrence ce qui les empêcherait de jauger le réalisme de leurs demandes respectives:

Such insulation runs very much against the grain of a market-based system of collective bargaining, as the following example illustrates. An employer has been paying average wages of \$6 per hour. The employees, believing that they are underpaid, join a union. Eventually, good faith bargaining gets under way. The employer is now willing to offer an increase to \$7 per hour, but the employees strike, insisting on \$9 per hour - the wage in the standard union contract. Assume that the law prohibits the employer's hiring even temporary replacements who would gladly work for the \$7 per hour already offered to the union. Such a rule in effect empowers the unionized employees unilaterally to fix a wage floor - \$9 per hour - that their employer must pay if it wishes to have the bargaining unit's work performed. Correspondingly, if the law barred the employees who go out on strike from taking work elsewhere, the employer could unilaterally set a ceiling - here \$7 per hour - on the wage that these employees could earn for their services.

In a system of free collective bargaining, neither result is acceptable (264).

Il résulte de ce qui précède qu'en appliquant le test énoncé par la Cour suprême dans l'affaire Great Dane, les auteurs concluent que le maintien des opérations de l'employeur en période de grève ne constitue pas une contravention à l'arti-

(264) Ibid.

cle 8 parce qu'il est fondé sur un motif légitime d'affaire. Il ne s'en suit pas, à titre de corollaire, que l'employeur doive pouvoir garantir aux substituts qu'il embauche la permanence de leurs emplois sans contrevenir à l'article 8 de la loi.

SECTION 2 - LE DROIT D'EMBAUCHER DES SUBSTITUTS PERMANENTS

Le deuxième droit reconnu à l'employeur par la Cour suprême dans MacKay Radio est celui d'embaucher des substituts permanents. La Cour a récemment réaffirmé ce droit dans l'affaire Fleetwood Trailer sans s'interroger sur la question de savoir si l'embauche de substituts permanents est fondée sur un motif légitime d'affaire. Or, qu'en est-il?

Voyons, en premier lieu, quels sont les effets d'une telle pratique sur les droits des employés. Il en existe trois. Nous en avons identifié un premier à la sous-section précédente, à savoir qu'elle permet à l'employeur d'opérer en période de grève et bien que ce fait affecte l'efficacité de la grève en tant que moyen de pression économique, le maintien des opérations de l'employeur est fondé sur un motif légitime d'affaire et ne constitue pas une contravention à l'article 8.

Le deuxième effet a été décrit de la façon suivante: l'embauche de substituts permanents peut avoir pour effet de dissuader les employés d'exercer leur droit de participer à une grève et peut même dissuader le syndicat de déclarer une grève le privant ainsi du seul moyen de pression dont il dispose. En effet, bien que la loi interdise à l'employeur de congédier un employé pour le seul motif qu'il a participé à un arrêt de travail concerté, MacKay Radio permet à l'employeur de remplacer ce dernier de façon permanente. La loi distingue entre ces deux actions en se fondant sur l'intention subjective de l'employeur, dans le premier cas punir l'employé parce qu'il a participé à une grève, dans le second, maintenir les opérations de l'entreprise, mais aux yeux de l'employé, la distinction reste fort ténue et l'on peut comprendre qu'il ne la saisisse pas. Pour ce dernier, en effet, le résultat est le même: il se retrouve sans emploi (265). La seule perspective d'être remplacé de façon permanente a nécessairement pour effet de dissuader l'employé d'exercer son droit garanti par l'article 7 de la loi. Quant au syndicat, un auteur écrit:

At times, even the threat of such replacement may prevent the calling of a work stoppage or cause a striking union to surrender to management's demands. For the strike may result in the permanent loss of

(265) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 390, Note, loc.cit., n. 138, page 634.

members' jobs and the elimination of pension, seniority or other rights acquired through previous service (266).

Le troisième effet résultant de l'embauche de substituts permanents sur les droits des employés a été décrit de la façon suivante (267): l'octroi de la permanence aux substituts a pour effet de miner le statut de l'agent négociateur et de mettre en péril l'avenir même de la relation collective entre l'employeur et le syndicat. En effet, comme l'indique le professeur Weiler:

The employees hired as permanent replacements (...) are likely to be hostile to the union, if only because the union will insist that they be dismissed in favor of the strikers as a condition to any settlement. Yet the N.L.R.A. gives such "permanent" replacements full voting rights in any future decertification proceeding while limiting strikers' eligibility to a period of twelve months from the beginning of the strike. Thus, if an employer succeeds in mitigating the strike's economic impact by hiring a sizable cadre of permanent replacements, it can look forward to a possible end of the dispute through an N.L.R.B.-sponsored vote eliminating the union all together (268).

(266) Note, loc.cit., n. 138, page 634.

(267) Id., n. 265.

(268) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 390.

En d'autres termes, le droit d'embaucher des substituts permanents confère à l'employeur le contrôle sur la syndicalisation de son entreprise en lui permettant de faire échec au désir de ses employés à l'occasion de vote de représentation ou de désaccreditation.

Il résulte de ce qui précède que l'embauche de substituts permanents comporte des effets négatifs affectant tant le droit d'association que le droit de participer à une grève, tous deux garantis par l'article 7 et protégés par l'article 8.

Le seul motif justificateur que l'employeur puisse avancer pour contrebalancer de tels effets anti-syndicaux est à l'effet que s'il ne peut offrir aux substituts la permanence de leurs emplois, il ne pourra en inciter aucun à travailler pour lui et ne sera pas en mesure de continuer ses opérations. Il n'y a, cependant, pas nécessairement un lien entre la capacité de l'employeur de maintenir ses opérations et son droit de garantir la permanence aux substituts. Le professeur Weiler écrit, en effet, à cet égard ce qui suit:

The immediate rejoinder, of course, is that unless the employer can guarantee permanence, he will not be able to recruit the strike replacements he needs. This supposed economic fact purportedly justifies the limitation of the employees' section 7 rights. But the claim, however time honored, is largely a myth.

First, even if it were true that some employers, on some occasions, have to promise permanent jobs in order to recruit the people needed to operate their plant, the current rule is markedly overinclusive for it allows all employers to do so. Many, or even most, employers can quite comfortably make-do with temporary replacements, be they supervisors, personnel drawn from other locations or job classifications, or casual help hired for the duration of the strike. Yet, MacKay Radio creates the irrebutable presumption that all strike replacements must have permanent status, whatever the employer's actual recruiting needs (269).
(Les soulignés sont de nous)

Au soutien de ses propos, le professeur Weiler se fonde sur une étude ayant démontré que dans la très vaste majorité des cas, les employeurs parviennent à maintenir leurs opérations en ayant recours à des substituts temporaires ou à d'autres méthodes telle que l'octroi de sous-contrats, et que ceux qui sont soucieux de ne pas antagoniser le syndicat ou de prolonger la grève se gardent d'embaucher des substituts permanents. Il écrit ce qui suit:

These somewhat impressionistic inferences from the case law are confirmed by a more systematic study that involved an in-depth survey of a number of companies that operated successfully during strikes. (...) The study found that the companies not motivated by the desire to eliminate the union relied primarily on salaried workers as replacements - a strategy that was normally feasible. Outside replacements

(269) Id., pages 390, 391.

of any kind were used only "sparingly and reluctantly" by such firms and the company consciously avoided recruiting explicitly permanent replacements. Thus, there is no empirical foundation for the broad sweep of the current legal rule (270).
(Les soulignés sont de nous)

Il résulte de ce qui précède que l'objectif légitime d'affaire recherché par l'employeur en maintenant ses opérations en période de grève peut aussi bien être assuré, dans la majorité des cas, par des substituts temporaires ou d'autres méthodes. Or, puisque seule l'embauche de substituts permanents comporte des effets anti-syndicaux, le principe énoncé dans MacKay Radio ne se justifierait que dans les cas, exceptionnels, où l'offre de la permanence s'avère nécessaire afin de permettre à l'employeur de recruter les substituts dont il a besoin. Il incomberait, évidemment, à ce dernier d'en faire la preuve. Or, cette preuve soulèverait de sérieuses difficultés pratiques. Elle a été décrite de la façon suivante:

(...) An investigation of the employer's labor market would show the necessity of offering permanent replacement. In such an inquiry conditions in both the national and local labor markets would have to be

(270) Id., page 391. L'étude sur laquelle se fonde le professeur Weiler est celle de C. Perry, A. Kramer et T. Schneider, Operating During Strikes, NLRB Policies and Governmental Regulation 63-66, Industrial Relations Unit, The Wharton School, Philadelphia, U. of Pennsylvania, Labor Relations and Public Policies Series No. 23, 1982. Voir aussi le commentaire du professeur S. Estricher, loc.cit., n. 156, pages 287 et 289 sur cette étude.

considered. Another relevant statistic would be the number of qualified applicants for replacement work. In addition, their past employment history, such as prior wages and months out of work would be relevant. But even this summary listing of the factors which the Board would have to investigate highlights the difficulty, if not the impossibility, of determining necessary inducement from a study of the labor market. Were the Board to make such an examination in every case, it would have little time to devote to its other responsibilities (271).

En dépit des difficultés pratiques que soulève une telle preuve, les auteurs admettent néanmoins qu'exceptionnellement l'offre de la permanence pourrait s'avérer nécessaire afin de permettre à l'employeur de recruter les substituts dont il a besoin pour maintenir ses opérations. On peut imaginer, en effet, que dans certaines régions ou secteurs de l'économie, la solidarité syndicale soit telle que l'employeur doive nécessairement disposer de ce droit afin d'inciter des substituts à accepter de travailler pour lui. A l'inverse, lorsque le taux de chômage est élevé ou qu'une entreprise emploie généralement des travailleurs sans qualifications particulières, l'offre de la permanence n'est certainement pas essentielle afin de permettre à l'employeur de recruter les substituts dont il a besoin d'autant plus que cette "permanence" est beaucoup plus illusoire

(271) Note, loc.cit., n. 138, page 636.

qu'il n'y paraît. En effet, comme le souligne le professeur Estreicher:

(...) The promise of "permanency" made to replacements may be illusory where their employment is terminable at-will, they may enjoy no protection against layoffs, and may even be ousted by returning strikers if the strike turns out to be an unfair labor practice strike or such "bumping" is the price of reaching a strike settlement with the union (272).

Le professeur Weiler, reprenant les mêmes arguments que ceux du professeur Estreicher en conclut ce qui suit:

Thus, all the employer really offers replacements is the chance that it may be able to retain them at the strike's end. Although this offer may occasionally aid employers in recruiting replacements, the advantage derived is too attenuated to justify the chilling effect that the prospect of permanent replacement has on workers' exercise of their statutory right to strike (273).

Les auteurs d'une note publiée dans la revue de droit de l'université Yale (274), pour leur part, vont plus loin

(272) S. Estreicher, loc.cit., n. 138, page 636.

(273) Paul Weiler, loc.cit., n. 249, page 392.

(274) Note, loc.cit., n. 138.

que la majorité des auteurs et soutiennent que la règle énoncée dans MacKay Radio devrait être abandonnée en entier. Selon ces derniers, l'offre de la permanence serait illégale même dans les cas exceptionnels où l'employeur ne pourrait parvenir à recruter des substituts qu'en leur garantissant un tel avantage. Ils écrivent que puisque le type de preuve mentionné ci-dessus soulève de sérieuses difficultés pratiques et qu'il est à peu près illusoire de penser qu'un employeur puisse assumer un tel fardeau. Partant, il faudrait plutôt tenir pour acquis que s'il a offert la permanence aux substituts, c'est que la chose s'avérerait nécessaire en vue de les inciter à travailler pour lui. Le fardeau de preuve que l'employeur devrait alors assumer serait le suivant: il lui faudrait prouver que le substitut jouirait d'un droit d'action contre lui advenant le cas où il serait déplacé par un gréviste (275). En d'autres termes, la nécessité d'offrir la permanence en vue d'inciter un substitut à travailler ne serait établie que s'il était mis en preuve que le substitut jouit d'un contrat de travail à durée déterminée. Cependant, la conclusion d'un tel contrat, selon les auteurs de la note, serait illégale sous au moins trois chefs.

(275) Il appert, justement, que les substituts permanents déplacés par des grévistes jouissent d'un droit d'action contre l'employeur pour bris de contrat: Voir Belknap c. Hah, (1983) 103 S.Ct. 3172 (C. Suprême).

En effet, d'une part, les conditions de travail prévues dans ce contrat seront potentiellement en conflit avec celles contenues dans la convention collective conclue avec le syndicat. Or, la Cour suprême des États-Unis a établi, dans l'affaire N.L.R.B. v. J.I. Case (276), que dans le cas d'un tel conflit, la convention collective a préséance sur le contrat individuel de travail. D'autre part, la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée semble être contraire à la décision de la Cour dans l'affaire Erie Resistor:

A contract which guaranteed the replacement employment for a period of months would have the same effect as a grant of super seniority. For example if the replacement were given a five year contract, he would be retained in preference to the replaced striker even through the latter would have greater seniority. And, if layoffs became necessary during the term of the replacement's contract, other workers with greater seniority would lose their jobs before he would lose his (277).

Enfin, le devoir de négocier de bonne foi prévu par l'article 8(a)(5) de la loi pourrait avoir pour effet de prohiber la conclusion de tels contrats individuels de travail. En

(276) N.L.R.B. v. J.I. Case, (1963) 373 U.S. 221. Il est permis de dire que les obiter dicta du juge Laskin dans la décision de la Cour suprême du Canada dans McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough et al, (1976) 1 RCS 718 se rapprochent grandement des principes énoncés dans la décision de la Cour suprême américaine.

(277) Note, loc.cit., n. 138, page 637.

effet, il est de pratique courante pour les syndicats, au terme d'une grève, d'insister sur la réintégration des grévistes à titre de condition essentielle à un règlement de la grève. Or, en concluant des contrats de travail à durée déterminée, l'employeur se mettrait dans la position où il lui serait impossible de négocier de bonne foi avec le syndicat un protocole de retour au travail traitant de la réintégration des grévistes (278).

Même si l'on devait conclure que la position prise par les auteurs de la note est trop radicale et qu'il faut admettre qu'il existe des situations où l'offre de la permanence est essentielle afin de permettre à l'employeur de recruter les substituts dont il a besoin, il reste, à tout le moins, comme le soutient la plupart des auteurs, que dans la majorité des cas, l'objectif légitime d'affaire recherché par l'employeur en continuant ses opérations en période de grève ne justifie pas l'octroi de la permanence aux substituts vu l'impact qu'une telle pratique a sur les droits des employés garantis par l'article 7. Il s'en suit qu'à défaut par l'employeur de prouver qu'une telle mesure était nécessaire - mise à part la question du type de preuve requise - l'octroi de la permanence aux substituts embauchés en cours de grève constituerait, en soi, une contravention à l'article 8 de la loi. Il en est ainsi parce que l'octroi de

(278) Id., page 638.

la permanence aux substituts constitue une condition de travail préférentielle par rapport à celles des grévistes affectant la sécurité d'emploi de ces derniers ainsi que leur droit d'association et celui de participer à une grève.

Une telle conclusion n'affecte pas le droit de l'employeur d'embaucher des substituts en période de grève mais plutôt, dépendamment de la situation de l'entreprise lors de la présentation des demandes de réintégration des grévistes, le droit de l'employeur de conserver ces substituts à son emploi. Nous verrons quelles sont ces situations ci-après.

CHAPITRE 3 - INTERPRÉTATION LIMITATIVE DE L'ARTICLE 2(3)

Il appert qu'au cours des années qui ont suivi l'adoption du Wagner Act, le N.L.R.B. et les Cours croyaient que la protection des articles 7 et 8 ne pouvait être invoquée que par des "employés" au sens de la loi. On interprétait, par conséquent, l'article 2(3) comme étant une disposition ex abundanti cautela par laquelle le Congrès américain visait simplement à consacrer législativement les principes développés par le droit commun tel que ce dernier existait antérieurement à l'adoption du Wagner Act et à s'assurer qu'aux fins de l'application de la loi le statut d'employés des grévistes ne serait pas mis en doute. C'est cette interprétation que la Cour suprême a donnée,

implicitement, à l'article 2(3) dans MacKay Radio lorsqu'elle a décidé qu'en préservant le statut d'employés des grévistes, cet article leur conférait le droit d'invoquer la protection des articles 7 et 8 de la loi.

Le caractère limitatif d'une telle interprétation restreignant les effets découlant de l'article 2(3) au seul droit d'invoquer la protection de la loi découle du fait que l'article 2(3) était justement une disposition ex abundanti cautela. Elle n'était pas nécessaire pour permettre aux grévistes d'invoquer la protection de la loi. Le caractère limitatif d'une telle interprétation apparaît également clairement de l'arrêt rendu par le N.L.R.B. dans l'affaire Waumbec Mills (279) peu de temps après celui de la Cour suprême. Dans cette affaire, le Board a décidé, comme nous l'avons vu, que les articles 7 et 8 étant d'ordre public, la protection qui en découle peut être invoquée par une personne sollicitant pour la première fois un emploi chez un employeur lequel ne peut refuser de l'embaucher en raison de ses activités syndicales antérieures. Partant, la protection des articles 7 et 8 peut être invoquée par une personne, qu'elle soit un "employé" ou non. Il s'en suit que cette décision a dissocié l'article 2(3) des articles 7 et 8 de la loi révélant ainsi, en ce qui a trait aux personnes qui étaient déjà à l'emploi d'un employeur et qui ont

(279) Id., n. 184.

cessé de travailler pour participer à une grève, une nouvelle dimension à l'article 2(3), sinon sa portée réelle. En d'autres termes, le maintien du statut d'employés de ces personnes était susceptible d'être interprété comme leur conférant des droits plus significatifs qu'uniquement celui d'invoquer la protection de la loi comme s'ils étaient de nouveaux candidats à l'embauche ou même, au cours des périodes de 1938 à 1952 et de 1961 à nos jours, qu'un simple droit de rappel au travail, fut-il absolu, par suite du départ de quelques substituts. Ces personnes jouiraient, par conséquent, d'un statut particulier face aux substituts (280).

Il résulte de ce qui précède que même en interprétant les articles 7 et 8 de façon limitative comme ne visant à protéger principalement que les droits individuels des employés, le N.L.R.B. aurait pu exercer ses pouvoirs remédiateurs de façon à donner effet au statut particulier des grévistes en leur assurant la préséance sur les substituts. Cependant, une telle interprétation de l'article 2(3) ayant pour effet de conférer aux grévistes un droit à leurs emplois ne semble pas conforme à l'objectif recherché par le Congrès américain.

Le professeur Martin soutient, en effet, après avoir retracé l'évolution législative de l'article 2(3) ce qui suit:

(280) Leonard Boudin, loc.cit., n. 144, pages 831 et 832.

(...) The Congress did not intend to deny employers their rights to permanently replace economic strikers during the course of a strike (281).

Au soutien de cette affirmation, l'auteur se fonde principalement sur l'extrait suivant du mémoire du Comité du Sénat sur l'éducation et le travail qui avait étudié le projet de loi proposé par le Sénateur Wagner:

The broader definition of "employee" in S. 1958 [l'article 2(3)] does not lead to the conclusion that no strike may be lost or that all strikers must be restored to their jobs, or that an employer may not hire new workers, temporary or permanent, at will. All that is protected here is the right of those in a current labor dispute or strike to participate in elections, to be free from discrimination in reinstatement after they have agreed to return on employer's terms, to collective bargaining, to freedom from interference, restraint or coercion, etc... (282).

Le professeur Martin en conclut ce qui suit:

MacKay did not disturb the effect of section 2(3); rather it reaffirmed Congress' original purposes (283).

(281) Boe W. Martin, loc.cit., n. 144, page 1096.

(282) Id., page 1091.

(283) Id., page 1096.

Pourtant, l'interprétation large et libérale de l'article 2(3) que nous avons énoncée plus haut ne fait pas obstacle à ce que les substituts embauchés par l'employeur puissent, dans certains cas, être permanents. Cette interprétation se concilie, en effet avec les propos du Comité sénatorial dans l'extrait rapporté plus haut si l'on garde à l'esprit les diverses situations mises en lumière par les décennies de jurisprudence ayant suivi l'affaire MacKay Radio qui sont susceptibles de se produire en cours en grève et au terme de celle-ci lorsque les grévistes présentent leurs demande de réintégration.

Nous avons vu, à cet égard, qu'un employeur peut décider de réduire ses opérations en cours de grève et éliminer certains postes temporairement. Il s'agit de la première situation. Elle correspond au passage du mémoire du Comité sénatorial où il est mentionné que la définition du terme "employé" comprise à l'article 2(3) ne signifie pas que tous les grévistes doivent être réintégrés à leurs emplois. Un exercice même préventif des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B. devrait évidemment tenir compte de la situation de l'entreprise lors de la présentation des demandes de réintégration des grévistes. L'arrêt de travail ayant affecté les opérations de l'employeur et des postes ayant dû être temporairement éliminés, les grévistes devraient attendre que des emplois soient mis en disponibilité lors de la reprise graduelle des opérations.

La deuxième situation est celle où un employeur réussit en cours de grève, à maintenir ses opérations au niveau normal en embauchant des substituts. Elle correspond au passage du mémoire du Comité sénatorial où il est mentionné que la définition du mot "employé" ne signifie pas qu'un employeur ne puisse embaucher des substituts temporaires. Dans la présente situation, le nombre d'emplois au terme de la grève serait identique à celui existant au début de la grève. Même si le N.L.R.B. interprétait les articles 7 et 8 de façon limitative, il exercerait ses pouvoirs remédiateurs de façon à donner effet au statut particulier des grévistes et, à cette fin, leur donner préséance sur les substituts. En d'autres termes, l'employeur se verrait ici contraint de se départir des substituts afin de faire place aux grévistes au fur et à mesure que ces derniers présenteraient leur demande de réintégration. Il en serait également ainsi, a fortiori, si le N.L.R.B. donnait une interprétation large et libérale aux articles 7 et 8 de la loi. D'une façon ou de l'autre, les substituts n'auraient eu que des droits temporaires dans leurs emplois. Ces derniers n'acquerraient des droits permanents que dans les deux dernières situations suivantes.

La troisième situation susceptible de se produire est celle où en cours de grève ou au terme de celle-ci l'employeur a non seulement réussi, à l'aide de substituts, à maintenir ses opérations mais, en outre, ces dernières se sont accrues. C'est

la situation qui s'était produite dans les affaires Fleetwood Trailer Inc. et American Machinery. Par hypothèse, il y aurait, ici, au terme de la grève, vu l'accroissement des opérations de l'employeur, suffisamment de postes disponibles pour tous les grévistes ainsi que pour un certain nombre de substituts sinon pour tous ces derniers. Les substituts acquerraient de la sorte la permanence de leurs emplois.

Enfin, la quatrième situation susceptible de se produire est celle où, suite à une longue grève au cours de laquelle l'employeur a maintenu le niveau normal de ses opérations en embauchant des substituts, un vote de représentation est éventuellement ordonné et le syndicat en place est désaccrédité. Dans cette situation, un certain nombre de grévistes auraient, par hypothèse, vu la durée de la grève, trouvé un emploi chez un nouvel employeur et n'auraient plus d'intérêt dans leurs emplois précédents de sorte que lors de la tenue d'un vote de représentation, le nombre des grévistes restants serait inférieur à celui des substituts. Même si leur syndicat était désaccrédité et que la grève n'était jamais réglée par une convention collective et un protocole de retour au travail, l'employeur ne pourrait faire preuve de discrimination à l'endroit des grévistes sans emploi et il serait tenu d'accéder à leur demande de réintégration. Ces derniers étant, cependant, moins nombreux qu'au début de la grève, un certain nombre de substituts acquerraient de la sorte la permanence de leurs emplois.

Dans aucune des situations mentionnées ci-dessus, l'employeur ne pourrait, dès l'embauche des substituts, leur accorder la permanence de leurs emplois vu l'impact qu'une telle mesure a sur le droit des grévistes protégé par l'article 7 de participer à un arrêt de travail concerté. Seuls les événements parviendraient à confirmer les substituts dans leurs emplois.

Les troisième et quatrième situations correspondent, par conséquent, au passage du mémoire du Comité sénatorial où il est mentionné que la définition du mot "employé" ne fait pas obstacle à l'embauche par l'employeur de substituts permanents.

Il apparaît, en conséquence, qu'en tenant compte de la nature ex abundanti cautela de l'article 2(3), du caractère d'ordre public des articles 7 et 8 de la loi ainsi que des diverses situations susceptibles de se produire en cours de grève et au terme de celle-ci lors de la présentation des demandes de réintégration des grévistes, l'extrait du mémoire du Comité sénatorial rapporté plus haut soit susceptible d'une interprétation fort différente de celle du professeur Martin. Cet extrait apparaît suffisamment souple pour permettre l'interprétation large et libérale de l'article 2(3) que nous avons énoncée plus haut. Il faut admettre, cependant, que puisque le Congrès n'a jamais, depuis 1935, modifié l'article 2(3), les conclusions du professeur Martin sont fort probablement bien

fondées. Il reste, néanmoins, que l'article 2(3) était susceptible d'une interprétation plus large que celle que lui a attribuée la Cour suprême dans l'affaire MacKay Radio. Comme l'écrivent, en effet, les auteurs de la note publiée dans la revue de droit de l'université Yale relativement au deuxième principe énoncé par la Cour dans cette affaire à l'effet qu'un employeur peut embaucher des substituts permanents:

This dictum was consistent with the common law rule that an employer had no duty to rehire an employee who stopped work for any reason. But the Wagner Act was passed to change many aspects of the previous law governing employment relationships. It should not have been sufficient to rely upon the common law in MacKay (284).

(284) Id., n 138, page 631.

PARTIE 3 - LE DROIT CANADIEN

TITRE 1 - PROTECTION STATUTAIRE DU DROIT DE PARTICIPER A DES
ACTIVITÉS CONCERTÉES

CHAPITRE 1 - DE 1872 A 1937: PHASE LIBÉRATRICE

Le Canada tira avantage de l'évolution législative et judiciaire en matière de relations collectives de travail qui s'était produite en Angleterre. Avantage et désavantage également en ce sens que la politique gouvernementale dut d'abord emprunter la voie de la législation à caractère libératrice pour enfin passer à la phase positive.

Les premières lois canadiennes furent adoptées à l'occasion de la grève des typographes de Toronto en 1872 engendrée par le "mouvement de neuf heures" (285). Suite à un ralliement tenu à Queen's Park, près de 14 grévistes et dirigeants syndicaux furent arrêtés et mis en accusation sous deux chefs. Le premier alléguait participation à une conspiration criminelle. Le second, usage d'intimidation et de violence en vue de contraindre les employeurs à accepter les conditions de travail demandées par le syndicat.

(285) Voir, Claude D'Aoust et François Delorme, The Origins of The Freedom of Association and of The Right to Strike in Canada, (1981) 36 R.I. 894.

Il faut comprendre que depuis la conquête britannique en 1760, les lois et le droit anglais tant en matière civile que criminelle étaient en vigueur au Canada. En 1774, l'Acte de Québec (286) réinstaura dans la province de Québec le droit civil en vigueur avant 1760 mais l'article 11 maintenait le droit criminel anglais. L'article 33 de l'Acte constitutionnel (287) de 1791 qui divisa la colonie en deux parties, le Haut-Canada et le Bas-Canada, stipulait, enfin, que les lois, statuts et ordonnances en force le jour de la mise en vigueur dudit Acte demeuraient en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou abrogées par les législatures de chacune des provinces. Par-tant, les lois libératrices anglaises de 1824, 1825, 1859 et 1871 ayant été adoptées après l'entrée en vigueur de l'Acte constitutionnel de 1791, n'étaient pas applicables au Canada et il fallait s'en remettre au droit criminel anglais tel que ce dernier existait en Angleterre avant 1791, sauf si modifié ou abrogé par les législatures (288).

Or, en 1791, les Combination Act n'avaient pas encore été adoptés par le Parlement anglais mais, comme nous l'avons

(286) Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la province de Québec dans l'Amérique septentrionale, (1774, 14 Geo. III, c. 83.

(287) 1791, 31 Geo. III, c. 31.

(288) Claude D'Aoust et François Delorme, loc.cit., n. 285, page 898.

vu, les tribunaux avaient déjà élaboré la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières. A la lecture, d'ailleurs, de l'opinion qu'avait rédigée le procureur des employeurs, un certain Robert Harrison, on identifie aisément le principe énoncé par Lord Handsfield dans R. v. Eccles (289) ainsi que l'obiter dictum du juge Grose dans R. v. Mawbey (290). Cette opinion se lisait comme suit:

The law of Canada as regards labour combinations is the same as was the Common Law of England before the passing of the English Statutes, 5 Geo. IV, c. 96 [la loi de 1824], 6 Geo. IV, c. 129 [la loi de 1825] and 22 Vict., c. 34 [la loi de 1859] none of which are in force in this country.

While the law to the fullest extent provides for the protection and preservation of individual or personal liberty, it is equally against combinations for the purposes of raising or affecting wages (291). A man may, by his own individual efforts, raise or attempt to raise his wages. But that which is lawful for the individual to do, or as an individual, is not lawful for individuals to do as a body, or in combination (292). A combination on the part of workmen, either

(289) Voir le texte accompagnant la note 65.

(290) Voir le texte accompagnant la note 62.

(291) Voir R. v. Eccles, ibid., n. 65.

(292) Voir R. v. Mawbey, ibid., n. 62.

to raise their wages or shorten the hours of labour, is I think, by the Common Law of England, and therefore by the law of Canada, an indictable conspiracy (293).

Suite à la mise en accusation des 14 grévistes, ces derniers subirent leur enquête préliminaire et furent cités à procès. Avant que ce dernier n'ait lieu, cependant, Sir John A. MacDonald fit adopter deux lois, le Trade Union Act (294) et le Criminal Law Amendment Act (295), toutes deux calquées sur les lois anglaises du même nom de 1871. La première avait pour effet de légaliser les coalitions ouvrières en prévoyant, à l'article 2, ce qui suit:

Le but de toute association ouvrière ne sera pas, par le simple fait qu'il constitue une restriction du commerce, réputé illégal et avoir pour effet de rendre tout membre de telle association ouvrière passible d'une poursuite criminelle pour conspiration ou autrement."

La doctrine du complot criminel de Common Law en matière de relations ouvrières était ainsi rendue inapplicable aux associations et syndicats ouvriers ainsi qu'à leurs membres mais uniquement, contrairement à la loi anglaise, si elles s'en-

(293) Claude D'Aoust et François Delorme, loc.cit., n. 285, page 901. Notons que Me Harrison aurait également pu mentionner la loi de 1871.

(294) (1872) 35 Vic. c. 294.

(295) (1872) 35 Vic., c. 31.

registraient conformément à la procédure prévue à cet effet par la loi. Les associations qui ne s'enregistraient pas ne tiraient aucun avantage de cette loi et, de fait, il appert que très peu de syndicats le firent. Néanmoins, l'objet même des coalitions ouvrières était légalisé. La deuxième loi, semblablement à sa contrepartie anglaise, limitait le crime de complot criminel à certains actes d'intimidation ou de coercition précis qu'elle énonçait. Elle prévoyait expressément que personne ne pouvait être condamné pour des actes entravant le "libre cours du commerce" sauf si ces actes étaient de la nature de ceux prohibés et s'ils avaient été commis dans un but de coercition.

L'effet combiné de ces deux lois était, par conséquent, de reconnaître le droit d'association pour fins de relations ouvrières de même que de légaliser la grève en autant que les moyens employés comme accessoires à cette dernière, tel le piquetage, étaient légaux, c'est-à-dire pacifiques. Les poursuites contre les membres de l'Association des typographes furent en conséquence abandonnées.

Quelques années plus tard, soit en 1875 et 1876, le Parlement canadien ajusta sa législation sur celle de l'Angleterre en calquant le Conspiracy and Protection of Property Act adopté en 1875 par le Gouvernement de Disraeli. Dans la deuxième loi, celle de 1876, le Criminal Law Amendment Act

(296), le piquet pacifique dit d'information y était à nouveau protégé par l'article 1 prévoyant que le fait de s'approcher d'un établissement dans le but d'obtenir ou de communiquer des renseignements n'était pas censé être "épié ou surveillé" ("watching or besetting") au sens de la loi. Lors de la codification du Code criminel (297) en 1892 le Trade Union Act de 1872 fut abrogé mais la disposition soustrayant les associations ouvrières au crime de conspiration y était reprise en éliminant la distinction entre les associations enregistrées et celles qui ne l'étaient pas, légalisant ainsi toute association ouvrière (298). En contrepartie, l'article 1 du Criminal Law Amendment Act de 1876 qui protégeait le piquet pacifique ne fut pas reproduit. Il ne fut réinstauré qu'en 1934. (299)

Le droit d'association et le droit de grève existent, par conséquent, depuis fort longtemps au Canada et ne découlent pas des lois de relations collectives de travail modernes. Le juge Lock souligna ce fait en 1962 dans l'affaire Zambri (300) dans les termes suivants:

(296) 1876 S.C. c. 37.

(297) 1890, S.C. c. 39.

(298) Voir Georges Adams, op.cit., n. 37, page 5, H.D. Woods Labour Policy in Canada, 2^e ed., Toronto, Macmillan of Canada, 1973, page 41.

(299) Ibid.

(300) (1962) 30 D.L.R. 609 (C. suprême).

I do not agree (...) that the right to strike is expressly given by section 3 of The Labour Relations Act. That section, saying that every person is free to join a trade union, and to participate in its lawful activities, and section 4 giving a similar right to persons to join an employer's organization, are equally meaningless. No statutory permission is necessary to participate in the lawful activities of any organization. Furthermore, it is not the union that strikes but the employees. The statute, however implicitly recognizes that employees may lawfully strike by restricting that undoubted right during the currency of collective agreements, during the period in which conciliation proceedings are being carried on and for a defined period after an award. Section 57(2) refers in terms to a lawful strike. The objections to the legality of strikes on the ground that they are unlawful conspiracies or in restraint of trade which might formerly be made the subject of criminal charges have long since disappeared by reason of the provision of the Criminal Code, and combinations of workmen for their own reasonable protection as such are expressly declared to be lawful by section 411 of the Criminal Code and the predecessors of that section ... (301).
(Les soulignés sont de nous)

Les professeurs D'Aoust et Delorme, après avoir étudié le contexte historique des lois de 1872 ainsi que l'effet de ces lois sur le droit d'association et le droit de grève concluent, à juste titre, après avoir cité l'extrait ci-dessus, ce qui suit:

(301) Id., page 620, 621.

First, it asserts clearly that the freedom of association and the right to strike do not stem from modern statutory labour legislation. Their roots go much deeper into the common law. Second, these rights are now regulated in detail by the Twentieth century labour law. These rights were recognized negatively, so to speak, in the first instance. This means that, starting in 1872, the legislator did nothing or rather ceased from doing anything to prevent union organization and activities, but at the same time enacted no provisions to promote them (302).

Lorsque les auteurs mentionnent que le droit d'association et le droit de grève trouvent leurs sources dans la Common Law, nous comprenons qu'en droit commun anglais, les coalitions ouvrières, leur objet et les moyens de pression auxquels elles ont traditionnellement eu recours tels que la grève et le piquet, lorsque exercés de façon pacifique, n'ont jamais été illégaux puisque, comme nous l'avons vu, la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières développée au 18e siècle par les tribunaux anglais ne reposait sur aucun fondement sérieux. Certes, l'exercice de ces droits a périodiquement été interdit en Angleterre au 18e siècle par des lois spéciales visant des industries particulières et au 19e siècle par les Combination Act de 1799 et 1800 mais il reste, qu'en vertu de la Common Law, ces activités n'étaient pas illégales. Parce

(302) Claude D'Aoust et François Delorme, loc.cit., n. 285, page 916.

que la magistrature canadienne tenait pour acquis qu'il en était autrement, comme le révèle le fait qu'après avoir subi leur enquête préliminaire, les membres de l'Association des typographes furent cités à procès relativement au chef d'accusation alléguant conspiration criminelle, les lois de 1872 s'imposèrent. Strictement parlant, cependant, elles découlaient d'une incompréhension de la Common Law comme l'indique le professeur Carrothers:

The history of the development of freedom of association of workmen involves some fundamental misunderstandings of the common law, a confusion of the fact of association with divergent characterizations of the use to which the resulting association is put, a determination to consider at one stroke both the legality of association and the legal status of the resulting association, the frequent inclusion of tangential questions relating to legal control of internal union affairs, and an inadequate consideration of the impact on freedom of association of the imposition of statutory scheme of collective bargaining and legislative recognition of the policy of collective action (303).

Il s'ensuit nécessairement qu'au Canada, comme en Angleterre, vu particulièrement les termes de l'Acte constitutionnel de 1791, le droit d'association et le droit de grève ont précédé les lois libératrices qui ne se sont avérées nécessaires

(303) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 11.

qu'en raison de la doctrine du complot criminel développé par les tribunaux anglais.

Quoi qu'il en soit, après avoir soustrait les coalitions ouvrières et leurs activités à la doctrine du complot criminel et "légalisé" ces dernières, la politique gouvernementale s'orienta vers la réglementation des conflits ouvriers. La préoccupation ne concernait pas la protection positive du droit d'association et du droit de grève qui ne se manifesta que vers la fin des années 1930 mais s'orientait plutôt vers l'intervention gouvernementale à la phase ultime de la relation continue des parties, soit au moment de la grève. Cette politique se traduisant par la suspension du droit de recourir à des sanctions économiques et l'imposition d'un gel des conditions de travail pendant la conciliation ou la médiation par des tiers intervenants constitue le trait distinctif de la législation canadienne en matière de relations collectives de travail (304).

Les premières législations en ce sens datant de la fin du 19e siècle sont d'origine provinciale (305) et tiraient

(304) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 31.

(305) Trades Arbitration Act, 1873, S.O. c. 26; Trades Dispute Conciliation and Arbitration Act, 1894, S.O. c. 42; Combination Act, 1816 S.N.S. c. 27; Combination Act, 1864, S.N.S. c. 11; Miners' Arbitration Act, 1888 S.N.S. c. 3, promulguée à nouveau par 1890 S.N.S. c. 7; Industrial Disputes Conciliation and Arbitration Act, 1893 S.B.C. c. 21, promulguée à nouveau par le Labour Conciliation and Arbitration Act, 1894 S.B.C. c. 23; Loi sur les différends ouvriers, 1901 S.Q. c. 31.

leur source de lois anglaises et particulièrement de lois australiennes ou néo-zélandaises (306). Elles s'avérèrent inefficaces, cependant, à contrôler les conflits ouvriers parce que les mécanismes de conciliation et d'arbitrage qu'elles instituaient étaient volontaires (307) en ce sens qu'à moins que les deux parties n'y consentent, la conciliation ne pouvait avoir lieu. En outre, même si les parties y consentaient, l'exercice du droit de recourir à des moyens de pression économique n'était pas suspendu pendant la durée de la conciliation.

Le gouvernement fédéral emboîta le pas en 1900 en adoptant "l'Acte à l'effet d'aider à prévenir et régler les conflits ouvriers et de pourvoir à la publication de la statistique industrielle" ("Conciliation Act") (308) calqué sur une loi anglaise de 1896. Elle conférait au Ministre le pouvoir d'enquêter sur les causes d'un conflit de travail et de prendre des

(306) H.D. Woods, op.cit., n. 298, pages 46 et 47.

(307) L'exception était la loi de la Nouvelle-Écosse qui prévoyait que ces mécanismes étaient obligatoires mais son application était limitée au secteur des mines uniquement. Elle contenait néanmoins les trois traits caractéristiques des lois canadiennes, soit d'une part l'arbitrage ou la conciliation obligatoire, d'autre part, le gel des conditions de travail pendant la médiation ayant pour effet, selon le professeur Woods d'empêcher un employeur de congédier un employé durant cette période, et, enfin, la suspension de l'exercice du droit de grève jusqu'à ce que le processus de conciliation soit épuisé. Les trois éléments seront éventuellement repris dans la loi fédérale de 1907. Voir H.D. Woods, op.cit., n. 298, pages 47 et 48.

(308) 1900 S.C. c. 24.

mesures afin d'assurer que les parties se rencontrent et discutent de leur différend. La loi prévoyait la nomination d'un conciliateur ou d'un conseil de conciliation par le Ministre sur requête de l'une ou l'autre des parties. Un arbitre pouvait également être nommé sur requête des deux parties. Enfin, la loi prévoyait que dans le cas de conflits particulièrement acrimonieux, le Ministre pouvait recommander au gouvernement la nomination d'une commission d'enquête investie de pouvoirs spéciaux.

Les mécanismes de conciliation et d'arbitrage auxquels pourvoyait cette loi étaient volontaires en ce sens que même si une des parties demandait la nomination d'un conciliateur ou d'un conseil de conciliation et que le ministre accueillait cette requête, l'autre partie n'était pas obligée de participer au processus. Il découlait néanmoins de la loi un certain élément de contrainte puisque le refus d'une partie la plaçait dans une situation délicate face au Ministre:

While this was not compulsion since there would be no legal recourse against an employer who failed to cooperate in the voluntary procedures, it would undoubtedly amount to strong pressure. (...) In any case, it is not incorrect to say that a strong element of persuasion, bordering on the compulsory imposition of conciliation, was introduced in the Conciliation Act of 1900. (309)

(309) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 52.

Par ailleurs, même si les parties acceptaient de participer au processus, aucune disposition de la loi n'interdisait l'exercice du droit de grève ou de lock-out avant ou pendant la durée de la conciliation.

La loi canadienne, semblablement aux lois provinciales antérieures, ne connut pas le succès de la loi anglaise de 1896 parce que la pratique de la soumission volontaire des différents ouvriers à la médiation d'une tierce personne n'existait tout simplement pas au pays. Elle n'émergea pas comme en Angleterre des milieux patronaux et syndicaux; elle était simplement adoptée comme politique gouvernementale officielle (310).

Suite à la grève des employés des chemins de fer de 1901, le gouvernement fédéral adopta, en 1903, l'Acte à l'effet de faciliter l'accommodement des différends entre les compagnies de chemins de fer et leurs employés ("Railway Labour Disputes Act") (311). Cette loi prévoyait la conciliation obligatoire, sous la forme de tribunaux d'arbitrage tripartite constitués à la demande de l'une des parties ou à l'initiative du Ministre, de tout différend ayant causé ou susceptible de causer une grève dans une entreprise de chemins de fer relevant de

(310) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 32; Georges Adams, op.cit., n. 37, page 7.

(311) 1903 S.C. c. 55.

l'autorité législative fédérale ou provinciale. Les parties n'étaient pas liées par le rapport du tribunal contenant les recommandations de ce dernier mais l'on espérait que le poids de l'opinion publique résultant de la publication de ce dernier non seulement dans la Gazette du Travail mais également dans "tout journal publié en Canada" (312) qui en demandait copie inciterait les parties à s'y conformer. Cette loi, cependant, comme la précédente ne suspendait pas l'exercice du droit de grève pendant la conciliation. Elle marquait néanmoins une étape nouvelle dans la politique législative canadienne en rendant désormais la conciliation obligatoire dans le secteur des chemins de fer.

Les lois de 1900 et de 1903 furent refondues en 1906 dans la Loi concernant la conciliation et le travail (313) mais aucun nouveau principe n'y fut ajouté. Ce n'est véritablement qu'en 1907 lors de l'adoption de la Loi des enquêtes en matière de différends industriels (314), communément appelée la Loi Lemieux, du nom du ministre du Travail du temps, l'Hono-

(312) Les articles 11 et 12 se lisaient en partie comme suit:
"(11) Le Ministre fera aussitôt déposer ce rapport au Département, et en fera envoyer gratuitement une copie à chacune des parties au différend et au conseil municipal comme susdit, ainsi qu'au représentant de tout journal publié au Canada qui peut en faire la demande." (...)
"(12) Pour l'avantage du Parlement et du public, le rapport sera publié sans délai dans la Gazette du Travail. (...)."

(313) 1906 S.R.C. c. 96.

(314) 1907 S.C. c. 20.

rable Rodolphe Lemieux (315) que l'exercice du droit de grève fut, pour la première fois, réglementé. Diverses grèves qui s'étaient produites en 1906, dont celle des mineurs de charbon de Lethbridge en Alberta au cours de laquelle le sous-ministre de l'époque, William Lyon Mackenzie King, avait agi à titre de médiateur, constituèrent le ferment de cette nouvelle législation.

Reprenant les recommandations contenues dans le rapport de ce dernier, le champ d'application de la loi était élargi et visait, en outre des chemins de fer, les entreprises dites de services publics (316) incluant celles de transport, de communication, l'exploitation minière et d'électricité tombant sous la juridiction fédérale ou provinciale. Lorsqu'un différend survenait dans l'une de ces entreprises, l'une ou l'autre des parties pouvait s'adresser au Ministre afin que soit constitué un conseil de conciliation et d'enquête. Cette demande devait s'accompagner d'une déclaration assermentée à l'effet que si le différend n'est pas réglé, une grève ou un lock-out s'en suivra. Sur réception de la demande, un avis

(315) Voir Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, page 82; A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 35 et H.D. Woods, op.cit., n. 298, pages 60 et 61.

(316) Les statistiques colligées par le Département du travail depuis 1900 avaient démontré que le septième des conflits de travail s'étaient produits dans des entreprises de services publics et que ces derniers avaient affecté le tiers des employés actifs au pays. Voir A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 35.

était donné à l'autre partie et cette dernière, comme celle qui avait formulé la demande, devait nommer son représentant sur le conseil. Les représentants devaient alors choisir un président. A défaut par les parties de nommer leur représentant, ou par ceux-ci de nommer un président, les représentants et le président étaient nommés par le Ministre. Le conseil (317) devait faire enquête sur le différend et tenter d'amener les parties à un règlement. S'il n'y parvenait pas, il devait faire rapport au Ministre en y incluant ses recommandations. Le rapport n'avait pas de force obligatoire mais les parties pouvaient convenir d'être liées par ce dernier. Qu'elle le fasse ou non, les mêmes mesures de publication du rapport dans la Gazette du Travail et les journaux étaient prévues, tout comme dans la loi de 1903.

La conciliation n'était donc plus volontaire. Elle s'imposait obligatoirement dès que l'une des parties en faisait la demande. Elles devaient d'autant plus y avoir recours que l'article 56 de la loi prohibait, sous peine de sanctions pénales, toute grève ou lock-out avant que les parties n'aient demandé la constitution d'un conseil de conciliation et d'en-

(317) Les membres de ce conseil constituaient un conseil non représentatif, c'est-à-dire impartial, selon ce qu'en disait Mackenzie King. Voir James E. Dorsey, Canada Labour Relations Board Federal Law and Practice, Toronto, Carswell Company Limited, 1983, page 28 où l'auteur rapporte les propos de King à ce sujet.

quête et jusqu'à ce que la conciliation soit terminée. Cet article se lisait, en partie, comme suit:

56. Il est illégal pour un patron de déclarer ou faire déclarer une contre-grève ou pour un employé de se mettre en grève au sujet d'un différend avant que ce dernier soit soumis à un conseil de conciliation et d'enquête ou pendant que se poursuivent les travaux d'un conseil au sujet d'un différend sous le régime des dispositions de la présente loi ...

La Cour divisionnaire de l'Ontario a d'ailleurs souligné le caractère obligatoire de la conciliation dans les termes suivants dans R. v. McGuire (318):

The prohibition by the statute of strikes or lock-outs "prior to or during a reference" of the dispute to a board, does not apply only to cases in which one of the parties to the dispute has made application for appointment of such a board, but makes all strikes and lock-outs illegal until there has been such a reference and the board has made its report thereon.

En outre, l'article 57 imposait aux parties de donner un avis de trente jours préalablement à la modification des conditions de travail et imposait un gel statutaire des conditions de travail durant la conciliation et jusqu'au terme de celle-ci. Curieusement, l'étendue du gel, à savoir si ce dernier s'étendait à l'ensemble des droits de gérance de l'employeur ou, en d'autres termes, la question de savoir si cette disposition

(318) (1908) 16 O.L.R. 522, page 524; (1908) 13 C.C.C. 312, page 313.

imposait un gel statique ou actif ("business as before") (319) n'a jamais été tranchée par les tribunaux auxquels il revenait, à cette époque, d'appliquer la loi par le biais de poursuites de nature pénale. En fait, il n'existe aucune décision rapportée des tribunaux ayant interprété cette partie de l'article 57. (320) Dans les années qui ont suivi l'adoption de la loi, il appert qu'un doute ait subsisté sur le droit de l'employeur de congédier un employé durant la période de gel puisqu'en 1944, comme nous le verrons plus loin (320a), le législateur fédéral jugea opportun d'inclure dans la loi une disposition qui se lisait comme suit:

(...) Rien dans ces règlements ne devra être interprété comme entravant autrement que de la façon expressément énoncée, le droit d'un employeur de suspendre, transférer, mettre à pied ou congédier des travailleurs pour raisons suffisantes et appropriées (321).

(319) Voir, sur ces concepts, James E. Dorsey, op.cit., n. 317, pages 137 et 138 et C. Foisy, D. Lavery et L. Martineau, Canada Labour Relations Board Policies and Procedures, op.cit., n. 215, pages 267 à 280.

(320) Banque de la Nouvelle-Écosse et Union internationale des employés de commerce, (1982) 40 di 398, page 423. L'affaire Re Harrison and Alberta Coal Mining Co. (1909) 10 W.L.R. 389 (Alberta) portait sur le défaut de donner l'avis requis par l'article 57.

(320a) Voir, infra, pages 208 et 209.

(321) Article 19(2) de l'arrêté-en-conseil 1003 de 1944 repris par la suite dans Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail (1948) S.C. c. 54, article 4(5). Notons que cet article n'a pas été reproduit au Code canadien du travail de 1972 et ne s'y trouve toujours pas.

Le texte même de l'article 57 semblait prohiber tout congédiement durant la période de gel en prescrivant que:

(...) Tant que le conseil n'a pas finalement agi aucune des parties (...) ne feront ni ne contribueront à faire, directement ou indirectement rien (...) qui constitue une suspension ou discontinuation d'emploi (...).

Le professeur Carrothers écrit, pour sa part, sur l'effet de ce gel, ce qui suit:

Postponement meant freezing terms and conditions of employment pending efforts at conciliation (322).

Et, une fois le processus de conciliation terminé:

At that point, the parties were restored to their common law rights and duties (323).

La pertinence de l'effet de ce gel et de l'objectif recherché par ce dernier apparaît au prochain Titre (323a) lors de la discussion concernant la protection du statut d'employé du gréviste. Notons, en terminant sur la loi de 1907, que l'article 63 de cette dernière prévoyait que dans les industries non

(322) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 3.

(323) Ibid.

(323a) Voir, infra, page 215 et suivantes, particulièrement page 219.

visées par la loi, les parties pouvaient demander que soit constitué un conseil de conciliation et d'enquête mais ces mécanismes n'étaient, à leur endroit, que volontaires et l'exercice du droit de grève et de lock-out n'était pas subordonné au recours à la conciliation. Le professeur Woods écrit, à l'égard de cette disposition, ce qui suit:

As a voluntary provision, it would be subject to the weaknesses of all similar previous legislation. Like its predecessors it ignored the importance of the issue of recognition of employees' associations by employers (324).

En résumé, avant 1903, tant qu'une partie était opposée à l'intervention d'un tiers-intervenant, la conciliation n'était pas possible. Après 1903 ceci n'est plus vrai pour les entreprises de chemins de fer et, après 1907, non seulement pour ces entreprises mais également pour un grand nombre d'entreprises de services publics et d'exploitation minière. L'exercice du droit de grève et de lock-out est interdit dans toutes ces entreprises avant qu'un conseil de conciliation ne soit saisi du différend et suspendu jusqu'à ce que ce dernier ait remis son rapport. Enfin, un gel des conditions de travail est imposé durant toute cette période. Les trois éléments distinc-

(324) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 61.

tifs de la législation canadienne était donc réunis dans cette loi et ils se trouvent toujours dans la législation actuelle.

La loi de 1907 fut par la suite amendée à quelques reprises et l'un de ces amendements mérite une attention particulière. En 1918, en effet, l'alinéa (dd) était ajouté à l'article 1 de la loi qui définissait le terme "employé". Ce nouvel alinéa se lisait comme suit:

Une contre-grève ou une grève ne doit pas, et quand demande est faite pour un Conseil dans les trente jours qui suivent un renvoi, un renvoi ne doit pas non plus être cause qu'un employé cesse d'être un employé, ou un patron cesse d'être un patron, suivant l'interprétation et pour les objets de la présente loi (324a).
(Les soulignés sont de nous)

Bien que déjà, en 1910, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait décidé dans R. v. Nielson (325) que, par implication nécessaire, des employés qui participaient à une grève sauvage ("wildcat strike"), étant libres, dans les circonstances de cette affaire, de retourner au travail, ils demeureraient des "employés" au sens de la loi fédérale de 1907, l'alinéa précité était le premier à prescrire le maintien du statut

(324a) 1918, S.C., c. 27, art. 1.

(325) (1910) 17 C.C.C. 298 (C.A. Nouvelle-Écosse).

d'employé du gréviste. C'est cette disposition qui est à l'origine de l'article 107(2) du Code canadien du travail (326) actuel et qui est également à l'origine des dispositions semblables que l'on trouve dans les codes du travail de toutes les provinces anglaises (327). Contrairement à la croyance populaire, par conséquent, cette disposition comme celles que l'on trouve dans les codes provinciaux, n'a pas été inspiré par l'article 2(3) du Wagner Act américain adopté quelque dix-sept années plus tard. Nous reviendrons plus amplement sur ce sujet au prochain Titre (327a).

En 1925, le Comité judiciaire du Conseil Privé, dans l'affaire Toronto Electric Commissionners v. Snyder (328) décidait que la Loi Lemieux était inconstitutionnelle au motif que les relations de travail relevaient de l'autorité législative provinciale sous l'article 92(13) de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867. La loi fut en conséquence amendée de façon à limiter son application uniquement aux "ouvrages, entreprises ou affaires ressortissant au pouvoir législatif du

(326) Cet article, tel qu'il se lit aujourd'hui, est reproduit dans l'introduction de la présente étude: supra, page 1.

(327) Voir, supra, note infrapaginale 2, page 1.

(327a) Voir, infra, page 215.

(328) (1925) A.C. 396 (C.P.).

Parlement" (329). Il était également prévu une disposition en vertu de laquelle une province pouvait adopter une loi rendant la loi fédérale applicable aux entreprises tombant sous la juridiction provinciale. De 1925 à 1932 toutes les provinces (330), y compris l'Ontario (331) et le Québec (332) sauf l'Ile du Prince-Édouard adoptèrent de telles lois assurant ainsi une certaine uniformité à travers le pays. Bien que ces lois étaient probablement inconstitutionnelles (333), elles permirent néanmoins que s'opère la transition entre le contrôle fédéral en matière de relations de travail et l'exercice par les provinces de leur nouvelle compétence.

C'est avec ces lois que se termine la présente période. On peut la résumer ainsi: bien que les coalitions

-
- (329) An Act to Amend the Industrial Disputes Investigation Act 1925 S.C. c. 14. On retrouve aujourd'hui la même formulation dans le Code canadien du travail dont le prédécesseur, la Loi sur les relations industrielles set sur les enquêtes visant les différends du travail, 1948 S.C. c. 54 fut jugée intra vires des pouvoirs du Parlement dans Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act (1955) 3 D.L.R. 721; (1955) R.C.S. 529 (l'affaire des débardeurs).
- (330) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 40; Georges Adams, op.cit., n. 37, page 10.
- (331) 1932 S.O. c. 20.
- (332) 1932 S.O. c. 46.
- (333) Ces lois constituaient probablement des délégations illégales de compétence législative: voir A.W.S. Carrothers, op.cit., n. 40, page 40 et Georges Adams, op.cit., n. 37, page 10 lesquels réfèrent au Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les relations fédérales-provinciales de 1940.

ouvrières et les moyens de pression utilisés par ces dernières, lorsque exercés de façon pacifique, n'étaient pas illégaux en Common Law, l'attitude des tribunaux dans le conflit des typographes de Toronto a nécessité l'adoption des lois libératrices de 1872, 1875 et 1876 en vue de "légaliser" les syndicats et leurs activités. Les lois de 1900, 1903, 1906 et 1907, en ce qui a trait au droit de grève, ont simplement réglementé l'exercice de ce dernier en imposant au préalable le recours à la conciliation. Il s'en suit que toute grève déclarée par un syndicat après que ce dernier ait épuisé le processus de la conciliation est nécessairement légale tant en vertu de la Common Law que de la loi. C'est, à notre avis, le sens qu'il faut donner à la décision de la Cour suprême dans l'affaire Zambri.

CHAPITRE 2 - DE 1937 A NOS JOURS: PHASE POSITIVE

En 1935, comme nous l'avons vu, le Wagner Act était adopté par le Congrès américain et fut déclaré constitutionnel en 1937 (334). C'est à cette époque que l'influence américaine devint déterminante au Canada. Les fédérations américaines (American Federation of Labor - (A.F.L.) - et le Congress of Industrial Organization - (C.I.O.)) comptaient plusieurs syndicats affiliés au pays et le mouvement ouvrier canadien fit en

(334) National Labor Relations Board v. James & Laughlin Steel Co., (1936) 301 U.S.

conséquence pression pour l'obtention de législation semblable à la loi américaine. Le Congrès des métiers et du travail du Canada (C.M.T.C.) rédigea alors un projet de loi incorporant les principaux éléments du Wagner Act et pressa les diverses législatures en 1936 et 1937 d'adopter des lois au même effet. Dans les deux années qui suivirent, toutes les provinces sauf le Québec (335), l'Ontario et l'Ile du Prince-Édouard adoptèrent de telles lois fondées sur le projet du C.M.T.C. (336).

De façon générale, ces lois affirmaient la liberté d'association et imposaient, pour certaines, la reconnaissance obligatoire d'un syndicat lorsque ce dernier représentait la majorité des employés dans une unité donnée assortie de l'obligation de négocier avec ce dernier (337) tout en prohibant certaines pratiques déloyales. Cependant, ces lois étaient soit à caractère déclaratoire ou leur exécution ne pouvait être assurée que par le biais de poursuite à caractère pénal. Aucune n'instituait d'organismes administratifs ou de tribunaux spécialisés chargés de leur application.

(335) H.D. Woods, op.cit., n. 298, pages 69 et 70; Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, pages 95 à 209.

(336) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 47; Georges Adams, op.cit., n. 37, page 12.

(337) La loi de la Nouvelle-Écosse, par exemple. Voir H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 66. Voir les pages 66 à 70 du livre du même auteur pour une description plus complète de ces lois antérieures à l'Arrêté-en-Conseil 1003 adopté par le gouvernement fédéral en 1944. Voir aussi James E. Dorsey, op.cit., n. 317, page 17.

Le gouvernement fédéral réagit à ces initiatives provinciales en ajoutant, en 1939, l'article 502A du Code criminel, aujourd'hui l'article 382, selon lequel tout employeur qui, injustement et sans autorisation licite, refuse d'employer ou congédie une personne pour la seule raison qu'elle est membre d'une union ouvrière, ou cherche par intimidation ou menace à empêcher des travailleurs d'appartenir à une union, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité (338).

Avec le début de la guerre, en 1939, le gouvernement fédéral agissant en vertu de la Loi sur les mesures de guerre réoccupa une grande partie du champ des relations de travail en élargissant le champ d'application de la loi de 1907:

The first move was to extend the coverage of the Industrial Disputes Investigation Act to make it applicable to any dispute between employers and employees engaged in war work comprising munitions, supplies, and defense projects, as a means of avoiding industrial strife in defense activities and of helping to ensure maximum production of war necessities (339)

-
- (338) 1939, S.C. c. 30. Voir aussi Marie-Louis Beaulieu, op.cit., n. 37, pages 83, 84. Voir aussi James E. Dorsey, op.cit., n. 317, page 17.
- (339) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 71. Arrêté-en-Conseil 3495 de 1939.

Par la suite, le gouvernement fédéral émettait, en juillet 1940, une déclaration de principe contenue dans l'Arrêté-en-Conseil 2685 dans lequel il énonçait sa politique de relations de travail en temps de guerre. Le gouvernement y déclarait, en substance, que les employés devaient être libres de s'organiser en syndicats ouvriers "sans subir aucun contrôle de la part de leurs employeurs", et qu'ils devaient avoir le droit de "poursuivre, par l'intermédiaire des dirigeants de leur syndicat ou des délégués de leur choix, des négociations avec leur patron ou avec les représentants d'associations patronales au sujet des salaires, heures de travail et autres conditions ouvrières en vue de conclure une convention collective". Toute convention collective devait contenir un mécanisme pour la solution de tout conflit concernant l'interprétation de cette dernière sans arrêt de travail surgissant pendant la durée de la convention. Enfin, "en usant de leur droit de s'organiser, les ouvriers devaient s'abstenir de recourir à des mesures coercitives et à l'intimidation pour obtenir des adhésions à leur syndicat" (340).

Sous réserve de la clause de règlement des conflits concernant l'interprétation de la convention collective sans arrêt de travail pendant la durée de la convention, cette décl-

(340) Ibid.; voir Métallurgistes unis d'Amérique et Cominco (1980) 40 di 75, pages 80 et 81 où le texte de l'arrêté 2685 est reproduit.

ration de principe était inspirée directement du Wagner Act américain. Il ne s'agissait, cependant, justement que d'une déclaration de principe. La politique gouvernementale se limitait à formuler des recommandations, non à contraindre l'application de ces dernières. Les seules contraintes faites aux parties résidaient toujours et uniquement dans celles découlant de la loi de 1907, soit la conciliation obligatoire avant de recourir à la grève ou au lock-out (341).

La politique gouvernementale énoncée dans cet Arrêté-en-Conseil fut suivie, en 1941, dans d'autres Arrêtés-en-Conseil marqués à la même enseigne (342) et, ce, jusqu'en 1944 alors que les Règlements des relations ouvrières en temps de guerre contenus dans l'Arrêté-en-Conseil 1003 furent proclamés en vigueur. On décèle dans cet Arrêté-en-Conseil l'expérience canadienne sous la loi de 1907 ainsi que l'expérience américaine sous le Wagner Act fusionnées dans un même régime bien que le gouverne-

(341) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 72.

(342) Arrêté-en-Conseil 7440 de 1940 énonçant une politique salariale dans les entreprises de guerre; Arrêtés-en-Conseil 8253, 9514 et 10195 de 1941 établissant le contrôle des salaires sous l'autorité du Conseil des relations ouvrières en temps de guerre; Arrêté-en-Conseil 8201 affirmant le droit au piquet pacifique; Arrêté-en-Conseil 4020 de 1941 établissant des commissions ad hoc d'enquête en matière de différends industriels chargés d'entendre des plaintes de congédiement ou discrimination pour activités syndicales; et Arrêté-en-Conseil 7307 de 1943 concernant la tenue obligatoire d'un vote autorisant une déclaration de grève.

ment fédéral avait été précédé en cela par l'Ontario (343) et particulièrement par la Colombie-Britannique (344) en 1943.

Le premier effet de l'Arrêté-en-Conseil était de suspendre l'application de la loi de 1907 ainsi que certains des Arrêtés-en-Conseil promulgués entre 1939 et 1941 et, ce, pour toute la période au cours de laquelle les Règlements seraient en vigueur, c'est-à-dire durant toute la période au cours de laquelle l'état de guerre prévaudrait (345). Ces Règlements étaient applicables, d'une part, aux entreprises nationales et interprovinciales incluant les corporations de la Couronne tombant sous la juridiction fédérale engagées dans la production de

(343) Collective Bargaining Act, 1943 S.O. c. 4. Suite à l'entrée en vigueur de l'Arrêté-en-Conseil 1003, l'Ontario adopta en avril 1944 le Labour Relations Board Act, 1944, S.O. c. 29 pourvoyant à l'application de l'Arrêté-en-Conseil 1003 aux industries tombant sous la juridiction provinciale et abrogeant la loi de 1943. Cette nouvelle loi créait le Conseil des relations de travail de l'Ontario. Par entente entre le gouvernement fédéral et provincial le Conseil ontarien était investi de la juridiction et des pouvoirs du Conseil fédéral.

(344) British Columbia Industrial Conciliation and Arbitration Act, 1937 S.B.C. c. 31 amendé une première fois en 1938 par 1938 S.B.C. c. 23 et une seconde fois en 1943 par 1943 S.C.B. c. 28.

(345) Article 48 de l'Arrêté-en-Conseil 1003.

guerre (346). Ils s'appliquaient, d'autre part, aux entreprises mentionnées à l'Annexe A desdits Règlements jugées essentielles à la poursuite efficace de la guerre, lesquelles consistaient dans des entreprises tombant sous la juridiction provinciale (347). Enfin, les Règlements étaient applicables à toute autre entreprise non essentielle à la poursuite de la guerre et tombant sous la juridiction provinciale lorsqu'une législature adoptait une loi rendant les Règlements applicables à ces dernières (348). Plusieurs provinces dont l'Ontario (349) et la Colombie-Britannique (350) adoptèrent de telles lois (351).

L'article 4(1) édictait que tout travailleur a le droit d'être membre d'un syndicat ou organisation de

(346) Article 3(1)a énumérant les entreprises tombant sous la juridiction fédérale tel que cette liste avait été établie par l'amendement à la loi de 1907 qui s'était imposé en raison de la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire Snyder. Il s'agit, en substance, de la même liste que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 2 du Code canadien.

(347) Article 3(1)b) et Annexe A.

(348) Article 3(1)c() et 3(4).

(349) Ibid., n. 130.

(350) 1944, S.B.C. c. 18.

(351) Les autres provinces étaient le Manitoba, le Nouveau Brunswick et la Nouvelle-Écosse. Voir A.W.R. Cattohers, op.cit., n. 40, page 52; et Georges Adams, op.cit., n. 37, page 15.

travailleurs et de participer à leurs activités légitimes. Plus qu'une simple déclaration, ces droits étaient pour la première fois (352) protégés de façon positive par l'article 19 prohibant la commission de pratiques déloyales portant atteinte à ces droits. L'alinéa (1) de cet article prohibait la domination ou l'ingérence de l'employeur dans la formation ou l'administration d'un syndicat ouvrier. L'alinéa (2) de l'article 19 se lisait comme suit:

19(2) Nul employeur et nulle organisation de travailleur, et personne agissant en leur nom devra

(a) refuser d'embaucher une personne quelconque du fait qu'elle est membre d'un syndicat ouvrier ou d'une organisation de travailleurs;

(b) imposer une condition quelconque dans le contrat d'emploi à l'effet d'empêcher un travailleur d'exercer les droits qui lui sont reconnus par les règlements; ou

(c) chercher par intimidation, par congédiement ou menace de congédiement, par tout autre genre de menace, par l'imposition d'une peine pécuniaire ou autre, ou par tout autre moyen, à obliger un travailleur de s'abstenir de devenir ou

(352) Il faut préciser, cependant, que par l'effet de l'alinéa (dd) adopté en 1918 et l'Arrêté-en-Conseil 4020 de 1941, les commissions ad hoc d'enquêtes en matière de différends industriels avaient déjà juridiction pour entendre des plaintes de congédiement ou de discrimination pour activités syndicales. Il reste néanmoins que c'est dans l'Arrêté-en-Conseil 1003 qu'apparaissent pour la première fois des prohibitions à l'encontre des pratiques déloyales de travail.

de demeurer membre ou dirigeant ou représentant d'un syndicat ouvrier ou d'une organisation de travailleurs, ou d'exercer ses droits légitimes;

mais rien dans ces règlements ne devra être interprété comme entravant autrement que de la façon expressément énoncée, le droit d'un employeur de suspendre, transférer, mettre à pied ou congédier des travailleurs pour raisons suffisantes et appropriées.

L'article 2(2) reprenait les termes de l'alinéa (dd) de l'amendement de 1918 à la Loi Lemieux et édictait que:

Aucun travailleur ne cessera de l'être au sens de ces règlements pour l'unique raison qu'il a cessé de travailler par suite de lock-out, de grève ou de son renvoi injustifié.

Les articles 5 à 8 remédiaient aux lacunes des lois de 1900, 1903 et 1907 en pourvoyant à une procédure d'accréditation alors que l'article 10 prévoyait qu'une fois accréditée, l'agent négociateur ou l'employeur pouvait donner à l'autre partie un avis de dix jours exigeant que des négociations soient entamées en vue de la conclusion d'une convention collective. Les parties étaient alors requises de négocier de bonne foi et de s'efforcer de conclure une convention collective. Toute convention collective devait être d'une durée minimale d'un an et devait obligatoirement contenir une clause établissant une pro-

cédure de règlement, sans arrêt de travail, des différends concernant l'interprétation ou la violation de ladite convention.

C'est particulièrement au niveau de la réglementation de l'exercice du droit de grève et de lock-out que la fusion de la politique canadienne et américaine était évidente. Il était interdit aux employés de faire la grève avant que des représentants - négociateurs n'aient été élus ou nommés par les employés impliqués. Une fois ces représentants élus, les négociations devaient se poursuivre durant trente jours. Si l'une ou l'autre des parties estimait qu'une convention ne serait pas conclue dans un temps raisonnable, elle devait en aviser le Conseil des Relations ouvrières institué par les Règlements. La procédure de conciliation enclenchée par cet avis comportait deux étapes. Le Conseil devait aviser le Ministre de la réception d'un tel avis lequel devait, dans les trois jours, nommer un conciliateur. Ce dernier devait alors tenter d'amener les parties à un règlement. S'il échouait, il devait faire rapport au Ministre dans les quatorze jours de sa nomination ou toute période plus longue accordée par le Ministre recommandant, ou non, l'établissement d'une Commission de conciliation. Le cas échéant, le Ministre devait immédiatement en établir une en nommant trois membres, après consultation avec les parties. Cette Commission dont le mandat était de même nature que celui du conciliateur devait faire rapport au Ministre dans les quatorze jours de sa constitution ou toute période plus longue accordée par le Minis-

tre. Sur réception du rapport, le Ministre devait immédiatement en faire parvenir copie aux parties. A l'expiration d'un délai de quatorze jours suivant la transmission dudit rapport de la Commission au Ministre, les parties pouvaient exercer leur droit de grève ou de lock-out.

Les Règlements maintenaient le gel des conditions de travail tant durant la procédure d'accréditation que durant les négociations par l'effet de l'article 21(4) qui prévoyait que lorsqu'il n'y avait pas de convention collective en vigueur, l'employeur qui désirait modifier les conditions d'emploi devait donner aux employés un avis de soixante jours de façon à leur donner le temps d'élire des représentants en vue d'entamer des négociations. Durant cette période, l'employeur ne pouvait modifier les conditions de travail sans le consentement des travailleurs concernés (353).

En résumé, les principales caractéristiques des Règlements de 1944, incluaient:

(353) Voir A.W.R. Carrothers, op.cit., n.40, page 51. L'article 21(4) fut modifié en 1947 par l'Arrêté-en-Conseil 302 lequel limita le gel statutaire à la période suivant la réception d'un avis de négociateur. Le gel des conditions de travail pendant la procédure d'accréditation ne fut réinstauré que lors des amendements de 1978 au Code canadien du travail de 1972. Voir article 124(4).

- 1) Une déclaration concernant les droits des travailleurs de se former en associations et de participer aux activités de ces dernières;
- 2) Des dispositions protégeant de façon positive ces droits et libertés prohibant diverses pratiques déloyales susceptibles de leur porter atteinte;
- 3) Une procédure d'accréditation et de détermination des unités de négociation assortie d'un gel des conditions de travail;
- 4) L'imposition d'une obligation de négocier en vue de la conclusion d'une convention collective;
- 5) La suspension de l'exercice du droit de grève et de lock-out pendant le processus obligatoire de la conciliation accompagnée du gel des conditions de travail;
- 6) Le droit d'exercer ces moyens de pression économique une fois le processus de conciliation complété;
- 7) Le maintien du statut d'employé du travailleur congédié injustement et de celui qui a cessé de travailler en raison d'une grève ou d'un lock-out;

- 8) Le recours obligatoire à l'arbitrage pour la solution de différends concernant l'interprétation et l'application de la convention collective à titre de quid pro quo à l'interdiction de grève pendant la durée de la convention.

Il faut noter, cependant, en ce qui a trait à l'exercice du droit de grève, que l'objet des grèves était circonscrit par l'Arrêté-en-Conseil 1003:

Looked at from the point of view of the right to strike, it becomes apparent that this instrument, as well as the lockout, was severely curtailed. In the broad classification of dispute areas, strikes formerly took place over issues involving jurisdiction as between unions, recognition of unions by employers, negotiating new agreements or renegotiating old ones, and the interpretation or application of agreements in force. Strikes had now been rendered unlawful over jurisdictional issues, recognition issues and application or interpretation issues. Only in the negotiation area were they left, and even there they were to be held in suspension during compulsory conciliation (354).

Dans la législation tant fédérale que provinciale d'après-guerre, on retrouve ces mêmes caractéristiques (355).

(354) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 93.

(355) Avec quelques variations cependant. A titre d'exemple, en Saskatchewan la conciliation avant l'exercice du droit de grève n'était pas obligatoire. Voir H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 99.

En effet, une conférence des ministres du travail eut lieu en 1946 au cours de laquelle ces derniers convinrent d'incorporer substantiellement les caractéristiques énoncées ci-dessus dans leur loi (356). Ces caractéristiques furent incorporées dans la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail (357) adoptée par le gouvernement fédéral en 1948. Cette nouvelle loi dont l'application était maintenant limitée aux entreprises fédérales remplaçait l'Arrêté-en-Conseil 1003 et abrogeait la Loi Lemieux de 1907. Peu de temps après, les provinces adoptèrent leurs propres lois applicables aux entreprises provinciales incorporant ces mêmes caractéristiques. D'où ce que George Adams a appelé le "Common Core of Canadian Collective Bargaining Laws" (358).

En conclusion, au cours de la présente période, les gouvernements fédéral et provinciaux sont passés à l'étape de la protection positive du droit d'association et du droit de participer aux activités des syndicats ouvriers. Le droit de grève ne découle cependant pas de ces lois, comme nous l'avons vu, mais il est positivement protégé, sous le Code canadien du travail, par exemple, par l'article 110(1) affirmant la liberté d'association et le droit de participer aux activités licites

(356) Voir Georges Adams, op.cit., n. 37, page 16 pour l'énumération complète de ces caractéristiques.

(357) 1948, S.C. c. 54.

(358) Georges Adams, op.cit., n. 37, page 17.

d'un syndicat, l'article 107(2) protégeant le statut d'employé du gréviste, l'article 180 référant à la procédure de conciliation obligatoire préalablement à l'exercice du droit de grève, l'article 184(3)c) protégeant le droit d'un employé de ne pas accomplir les fonctions d'un autre employé participant à une grève, et, particulièrement par l'article 184(3)a)(vi) prohibant de refuser de continuer à employer, suspendre, transférer, mettre à pied ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi parce que cette personne a participé à une grève légale (359). Tous les codes du travail dans les provinces anglaises contiennent des dispositions semblables ou dont l'effet combiné confèrent une protection substantiellement au même effet.

TITRE 2 - PROTECTION DU STATUT D'EMPLOYÉ DU GRÉVISTE

Nous avons vu que l'alinéa (dd) de l'article 1 de la Loi Lemieux de 1907 protégeant le statut d'employé du gréviste et conférant un recours dans le cas de congédiement est apparu

(359) Eastern Provincial Airways Ltd., (1983) 51 di 209 et (1983) 54 di 172. Bien entendu, un employé n'est pas protégé contre les conséquences des gestes illégaux qu'il pose en cours de grève pour le seul motif que cette grève est légale: Banque Royale du Canada (Jonquière et Kénomagi), 1980, 42 di 125.

en 1918 par voie d'amendement à cette loi. Il appert que cette disposition a été conçue pour la première fois en 1915. A cette époque, le mouvement ouvrier était opposé à la Loi Lemieux comme d'ailleurs il l'avait été depuis l'adoption même de cette loi:

Union criticism centered on the very policies of the Act: it hindered employees in taking economic action against the employer at what they considered the most propitious time; (...) The criticism that the waiting period was being deliberately extended and exploited by employers has greater substance: it was in effect a charge that the "cooling off" period was becoming a "hotting up" time, in derogation from the object behind the policy of postponement (360).

Comme nous l'avons vu, cette loi ne prévoyait aucune protection à l'encontre des agissements de l'employeur visant à décourager la syndicalisation. C'était beaucoup plus ce genre de protection que recherchaient les syndicats que les mécanismes prévus par la Loi Lemieux les privant de l'avantage stratégique de pouvoir déclarer une grève au moment propice. Pour ces raisons, lors de la convention du Congrès des métiers et du travail du Canada tenue au mois de septembre 1915, diverses propositions demandant l'abrogation de la loi de 1907 furent débattues mais il n'y eut pas d'unanimité. Au cours de cette convention, le ministre du Travail de l'époque se présenta devant l'assemblée

(360) A.W.R. Carrothers, op.cit., n. 40, page 37.

des délégués pour leur expliquer la teneur d'un projet de loi qu'il avait l'intention de déposer au Parlement au cours de l'année. Ce projet de loi contenait des dispositions visant à améliorer l'exécution de la Loi Lemieux. L'une de ces dernières prévoyait le maintien du statut d'employé des grévistes mais elle ne créait pas de recours en faveur des employés congédiés. L'objet de cette disposition a été décrit comme suit par Ben H. Selekman:

If the men struck, they were to retain their status of employees. This was to prevent employers from taking the position that the men who had been on strike were no longer employees and thus could not bring their employers before a board (361).

Le projet de loi ne fut pas présenté au Parlement au cours de l'année mais, comme on le sait, uniquement en 1918. Entre 1915 et 1918 cependant, le nombre de grèves augmenta considérablement et il appert qu'au cours de l'année précédant l'adoption des amendements à la Loi Lemieux, d'importants conflits ouvriers se produisirent à Winnipeg au Manitoba. Dans l'un de ces derniers, une grève avait été déclarée par les employés dans trois entreprises en vue d'obtenir la réintégration de certains de leurs compagnons qui avaient été congédiés. Les employeurs obtinrent des injonctions à l'encontre du syndi-

(361) Ben H. Selekman, Postponing Strikes, New York, Russel Sage Foundation, 1927, pages 160 et 161.

cat et de leurs membres mettant ainsi fin au conflit sans que les grévistes aient obtenu la réintégration de leurs compagnons. Dans un autre conflit, une grève ayant pour objet l'augmentation des salaires échoua lorsque, après avoir obtenu une injonction enjoignant les grévistes de cesser le piquetage de l'entreprise, l'employeur embaucha des substituts pour remplacer ses employés en grève (362).

Ces événements ainsi que les demandes des syndicats concernant la protection de la participation à des activités syndicales semblent avoir été à l'origine de l'amendement de 1918 qui ne se limitait plus au maintien du statut d'employé du gréviste mais incluait également un recours en faveur d'un employé congédié devant le conseil de conciliation et d'enquête prévu par la loi de 1907. En d'autres termes, même si l'amendement de 1918 était présenté à l'origine comme ne visant qu'à améliorer l'exécution de la loi, ce dernier reflétait des préoccupations plus larges:

These provisions [l'amendement de 1918 au terme "employé"] reflect the emergence of a public policy designed to curb the relative advantage of employers over employees because of job control. It is

(362) Bryce M. Stewart, Canadian Labour Laws and The Treaty, New York, Columbia University Press, 1926, pages 147 et 148.

this kind of restraint which in later legislation, starting with the passing of the Wagner Act in the United States in 1935, appears in the unfair labour practice classification (363).
(Les soulignés sont de nous)

L'effet de cet amendement était de trois ordres. D'une part, il modifiait la Common Law qui analysait, tout comme en Angleterre (364), la participation à une grève comme étant un bris de contrat. Replacé dans le contexte de la loi, cet amendement signifiait qu'une fois le processus de conciliation épuisé, pour citer encore le professeur Carrothers "(...) the parties were restored to their common law rights and duties" (365) mais l'employeur ne pouvait plus, dorénavant, traiter la participation à une grève comme étant un "repudiatory breach" ou un motif dont il pouvait se prévaloir pour congédier sommairement le gréviste. Il s'ensuit que la nécessité de donner un avis de grève propre à résilier les contrats individuels

(363) H.D. Woods, op.cit., n. 298, page 63.

(364) H.W. Arthurs, Developing Industrial Citizenship, A Challenge For Canada's Second Century, (1967) R. du B. Can., 790, 795. Voir aussi les propos du juge McRuer de la Ontario High Court dans R. v. Zambri, (1961) 31 D.L.R. (2d) 209, page 215: "At common law an employer may terminate an employee's employment either at will or with reasonable notice depending on the nature of the employment and the contract. Failure to report for work without reasonable excuse would be good cause for terminating the employment of an employee. Whether or not failure to report for work on account of a strike is reasonable excuse does not come before me for decision. It was this condition of the common law that gave rise to the whole development of labour legislation in Ontario and throughout Canada."

(365) Id., n. 323.

de travail préalablement à la participation à un arrêt de travail collectif ne s'imposait plus. Il s'en suit également qu'en préservant le lien employeur-employé, cette disposition affectait aussi nécessairement le droit de l'employeur en Common Law de ne pas reprendre à son emploi un employé qui avait cessé de travailler pour participer à une grève.

D'autre part, l'amendement raffermissait le caractère obligatoire de la conciliation en empêchant que l'employeur y fasse échec en adoptant l'attitude que les grévistes n'étaient plus ses employés.

Enfin, le fait que cette disposition soit apparue à une époque où la loi ne prohibait pas ce qu'en 1944 on appellera des pratiques déloyales de travail est significatif. La disposition constituait, en soi, une interdiction à l'employeur de mettre un terme à l'emploi d'un employé pour le seul motif de la participation à une grève et créait un recours en faveur de ce dernier devant le Conseil de conciliation et d'enquête dans les trente jours du congédiement. Vu les modifications qu'elle effectuait à la Common Law et le recours qu'elle instituait, cette disposition apparaît nécessairement conférer aux grévistes un statut particulier par rapport à celui des substituts embauchés par l'employeur en cours de grève comme la chose s'était produite à Winnipeg. Cet énoncé semble d'autant plus vrai que l'alinéa (dd) n'a pas été inspiré par l'article 2(3) du Wagner Act et que l'on ne retrouve pas au Canada de rapports de comités d'étude ayant précisé, contrairement à ce que nous avons vu aux États-Unis, que cet amendement laisse intact le droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents. En fait, le

contexte historique dans lequel cet amendement a été adopté semble indiquer une intention contraire.

C'est dans le contexte législatif décrit ci-dessus que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire Zambri.

TITRE 3 - LE DROIT RELATIF DES GRÉVISTES A LEURS EMPLOIS:
RÉGIME DE DROIT COMMUN DANS LES PROVINCES ANGLAISES

CHAPITRE 1 - L'AFFAIRE ZAMBRI

Comme nous l'avons déjà mentionné, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire C.P.R. v. Zambri (366) est la décision de principe ayant façonné le régime relatif au droit des grévistes à leurs emplois au cours des années 1960 et en réaction duquel l'Ontario et le Manitoba ont adopté des dispositions spécifiques sur le sujet.

Dans cette affaire, une convention collective régissant les employés du Royal York Hotel de Toronto, propriété du C.P.R., expirait le 16 avril 1960. En conformité du Labour Relations Act de l'Ontario en vigueur à cette époque (367) le syndicat donna un avis de négociation à l'employeur 60 jours avant l'expiration de ladite convention. Il y eut par la suite plusieurs rencontres entre les parties mais les négociations

(366) (1962), 34 D.L.R. (2d) 654 (C. suprême du Canada) aff. (1962) 33 D.L.R. (2d) 30 (C.A. Ont.) aff. (1962) 31 D.L.R. (2d) 209 inf. (1961) C.L.L.C. 15,372 (Cour de Magistrat).

(367) The Labour Relations Act, 1960, R.S.C. c. 202.

étant infructueuses, elles eurent recours à la conciliation. Cette dernière s'avéra également infructueuse et, lorsque le processus de conciliation fut épuisé et que le nombre de jours prévus par la loi (7 jours) furent écoulés, une grève fut déclarée le 24 avril 1961. L'employeur embaucha alors des substituts auxquels il accorda la permanence de leurs emplois afin de remplacer les grévistes.

Deux mois après le début de la grève, l'employeur fit parvenir, le 26 juin 1961, une lettre aux grévistes les avisant de leur défaut de se présenter au travail le 24 avril 1961 lors du début de la grève et les enjoignant de lui faire savoir, sur des formules appropriées annexées à la lettre devant être reçues au bureau du personnel au plus tard le 15 juillet, s'ils désiraient revenir au travail (formule B) ou s'ils démissionnaient (formule A). A défaut de réponse, ils seraient congédiés en date du 16 juillet. S'ils avisaient l'employeur de leur désir de revenir au travail, leur réintégration était sujette, tel que mentionné dans la lettre, aux conditions suivantes:

If you do wish to return to work at the Hotel, you should fill in Form B. When it is received by the Hotel, your return to work must depend on jobs being open in your classification and on your qualifications, having regard to the employees now at work.

Aucun des grévistes ne répondit à cette lettre et, en conséquence, l'employeur leur fit parvenir un avis de congédiement le 18 juillet 1961. Deux plaintes furent alors logées par le syndicat devant les tribunaux de droit commun fondées sur les articles 69(1) et 50(a) et (c) du Labour Relations Act de

l'Ontario. Le premier édicte que la contravention à quelque disposition de la loi constitue une infraction punissable par voie de déclaration sommaire de culpabilité. Les articles 50(a) et (c) se lisaient comme suit:

50(a): No employer shall refuse to continue to employ a person because the person was or is a member of a trade union or was or is exercising any other rights under this Act.

50(c): No employer shall seek by threat of dismissal to compel an employee to become or refrain from becoming, or to continue to be or cease to be a member or officer or representative of a trade union, or to exercise any other rights under this Act.

Les autres dispositions pertinentes se lisaient comme suit:

1(2): For the purposes of this Act no person shall be deemed to have ceased to be an employee by reason only of his ceasing to work for his employer as the result of a strike.

3: Every person is free to join a trade union of his own choice and to participate in its lawful activities.

40: Either party to a collective agreement may, within a period of two months before the agreement ceases to operate, give notice in writing to the other party of its desire to bargain with a view to renewal, with or without modification of the agreement then in operation, or to the making of a new agreement.

54(1): Where a collective agreement is in operation no employee bound by the agreement shall strike.

54(2): Where no agreement is in operation, no employee shall strike until a trade union has become entitled to give and has given notice under Section 40, and conciliation services have been granted and seven days have elapsed after the report of the conciliation board or mediator has been released by the Minister to the parties.

Devant la Cour de Magistrat saisie des plaintes, le fait que toutes les étapes prévues par la loi avaient été franchies avant que le syndicat déclare la grève ne fut jamais mis en doute. La seule question dont était saisie la Cour était de déterminer si l'envoi des lettres par l'employeur aux grévistes contrevenaient aux articles 50(a) et (c). Ces articles lus en conjonction avec l'article 1(2) semblaient clairement rendre illégal le fait de forcer la démission d'un employé, selon le stratagème utilisé ici par l'employeur, en raison de sa participation à une grève déclarée en conformité de la loi.

Le juge Elmore décida, en premier lieu, que le Labour Relations Act ne créait ni ne conférait un droit de grève. Il exprima l'opinion qu'en réglementant l'exercice du droit de grève, la loi sous-entendait l'exercice d'un tel droit en Common Law:

The right to strike is a common law right and can be exercised only as it could at common law, subject to any change, made by the statute. Section 54, subsection (2), which provides that no employee shall strike until after conciliation and seven days, presupposes that there would be a right to strike, and in my opinion does not mean that the employee could strike after such lapse of time unless by the common law such right to strike existed (368).

Puisque les plaintes portées contre l'employeur étaient fondées sur les articles 50(a) et (c) lesquels réfèrent aux "droits en vertu de la présente loi" ("rights under this Act") et que l'article 3 confrère expressément le droit de participer aux activités "licites" ("lawful") d'un syndicat, il devait par conséquent être déterminé si la grève était légale en vertu de la Common Law. La convention collective étant expirée au moment où la grève avait été déclarée, le juge Elmore analyse en conséquence la nature du lien entre l'employeur et ses employés à la lueur de la Common Law:

(...) The relationship between the employees and the C.P.R. hotel were such as exist under the Master and Servant law. It is my opinion that no strike could have properly been called nor could the employees in question cease to work unless or until they terminated their individual contracts by proper notice (369).

(368) (1961) C.L.L.C. 15,372, page 327.

(369) Id., page 328.

Pour le magistrat, l'article 1(2) de la loi ne modifiait pas la Common Law à cet égard:

I cannot find where the Act, in adopting the common law with the amendments it has made, has in any way altered the common law requirement of the servant to terminate his individual contract before ceasing to work. If this be the correct view of the law, it follows that the persons referred to in the informations had no right to strike and cease work as they did, and by so doing they ceased to be the employees of the accused, or in any event subjected them to being discharged in the manner in which they were (370).

Les plaintes furent en conséquence rejetées sans que le juge Elmore n'ait expliqué l'utilité de l'article 1(2) qui, selon lui, n'avait pas pour effet de maintenir le statut d'employés des grévistes. En outre, il interpréta la loi de façon erronée en tenant que des employés ne peuvent participer à une grève même après que leur syndicat ait franchi toutes les étapes prévues par la loi, sans se conformer à la nécessité, en Common Law, de résilier leur contrat de travail. Il a, évidemment, omis de considérer l'évolution législative depuis 1872 qui, comme nous l'avons vu, était passée de la phase libératrice à la phase positive au cours des années 1940. La décision du juge Elmore fut par la suite désavouée par trois cours, soit les

(370) Ibid.

cours supérieures (Ontario High Court) et d'appel de l'Ontario, et, enfin, la Cour suprême du Canada. Pour comprendre le jugement de la Cour suprême, il faut référer particulièrement à la décision du juge McRuer de la High Court et avoir à l'esprit le droit américain que nous avons étudié à la Partie 2 de la présente étude ainsi que le droit anglais dont nous avons traité à la Partie 1.

Le juge McRuer, sur appel par voie d'énoncé de cause, décida, en premier lieu, qu'en Common Law, les grèves ne sont pas illégales:

Writing the judgment in the appeal to the Ontario High Court, McRuer made a thorough analysis of the Common Law of the legality of strikes. He began with The Queen v. Rowlands (371), in which Earle J. said: "The Law is clear, that workmen have a right to combine for their own protection and to obtain such wages as they choose to agree to demand". The case of Crofter Hand Woven Harris Tweed Company v. Veitch (372) was cited as a definitive affirmation of the right to strike at Common Law. The analysis was rounded out with the words of Rand J. in the 1950 case of Newell and Bruce (373): "It is now

(371) (1851) 17 Q.B. 671, page 685.

(372) (1942) A.C. 435.

(373) (1950) 2 D.L.R. 289, page 299 (C. suprême du Canada).

established beyond controversy that in the competition between workmen and employers and between groups of workmen, concerted abstention from work for the purpose of serving the interests of organized labour is justifiable conduct" (374).

Le juge conclut, sur cette question, de la façon suivante:

Although the Act does not purport to create a statutory right to strike, as I have indicated it recognizes the common law right to strike and so doing, it limits it. (...) I think that the irresistible conclusion is that in Ontario there is a statutory recognition of the right to strike within the limit of the provisions of the statute law. I can find no basis in law for the theory that in order that employees may engage in a lawful strike they must first resign from their employment (375).

Il s'ensuit que la grève, en l'espèce, était une activité licite au sens de l'article 3 et, partant, les grévistes exerçaient un "droit en vertu de la présente loi" ("rights under this Act") au sens de l'article 50. La lettre du

(374) J. Michael Robinson, Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri: How Long Does A Striker Remain An Employee And What Is The Nature Of The Employer - Striking Employee Relationship? (1964), 22 University of Toronto Faculty of Law Review, 171, page 172.

(375) (1961) 31 D.L.R. (2d) 209, page 217 (Ontario High Court).

26 juillet 1961 envoyée par l'employeur aux grévistes contrevenait, par conséquent, à l'article 50.

Le juge McRuer étudie, par la suite, la portée de l'article 1(2) de la loi:

This subsection preserves the relationship of employer and employee for the purposes of the Statute notwithstanding a strike and even though the true relationship of employer and employee may have been terminated at Common Law on account of the strike.

(...) One of the purposes of section 1(2) is to preserve for employees their right as such while they are on strike. The Act creates a statutory class of employees, viz, employees on strike. In the United States of America it has been consistently held before and since the Wagner Act, which contains a provision somewhat similar to section 1(2) of the Ontario Act, that the relationship of employer and employee continues notwithstanding a strike unless that relationship has been abandoned: Jeffrey-Dewitt Insulator Company v. N.L.R.B. (1937), 91 Fed. (2d) 134; N.L.R.B. v. MacKay Radio and Telegraph Company (1937), 304 U.S. 333. If I were to come to any other conclusion on the construction of section 1(2) the result would be that when a collective agreement comes to an end and conciliation proceedings have been exhausted, an employer will be at liberty to lay down terms that employees could not be expected to accept with the consequence that if they went on strike they would lose all their pension rights, their insurance rights and seniority rights. To so interpret the Law would destroy the security built up by old and experienced employees and leave it subject to the will of the employer. This would appear to be

contrary to the whole course of the development of labour legislations for half a century (376).

Selon cet extrait, il est clair que le juge tentait de protéger les bénéfices accumulés par les employés au fil des années et qu'ils risqueraient de perdre en période de grève ne serait-ce de l'article 1(2). Il ne s'en suit pas que les grévistes ont le droit d'être réintégrés dans leurs emplois au terme de la grève comme l'écrira plus tard le juge Locke de la Cour suprême du Canada.

Ayant décidé que l'article 1(2) protège le statut d'employé du gréviste, le juge McRuer s'interroge enfin sur la question de savoir pendant combien de temps le gréviste conserve ce statut:

If the Law is as I have stated it to be, what is the legal position where a strike is never concluded by a settlement? This is a question that it may not be necessary for me to answer. However, I think the answer is quite simple. In such a case the employees have either gone back to work, taken employment with other employers, died or become unemployable. Such employees would not any longer, adapting the language of section 1(2), be deemed to have ceased to be employees by reason only of their ceasing to work for their employer as the result of a strike (377).

(376) Id., pages 216 et 219.

(377) Id., page 220.

En conclusion, le juge McRuer décida que l'employeur avait contrevenu à l'article 50 et il renversa la décision de la Cour de Magistrat. La Cour d'appel d'Ontario confirma la décision de la High Court (378) et appel fut interjeté en Cour suprême du Canada (379).

Cette dernière maintint la décision du juge McRuer. Les neuf juges furent unanimes, bien que pour des motifs différents, pour tenir qu'en l'espèce, la grève déclarée par le syndicat après que toutes les prescriptions de la loi eurent été respectées était légale et que les participants n'avaient pas à se préoccuper de donner un avis de résiliation de leur contrat de travail. Quant à l'article 1(2), le juge Locke rédigeant des notes distinctes dit ce qui suit:

This subsection does not, (...) continue in force such employment contract as existed as of the date of a strike. It does no more than to declare that, for the purposes of the Act, the relationship of employer and employee continues despite the employee ceasing to work as the result of a strike. Accordingly each of these persons was an employee within the meaning of that term in section (c) of section 50 and entitled to the protection afforded by it (380).

Et un peu plus loin, le juge Cartwright, au nom des juges Fauteux, Kerwin et Tachereau écrit ce qui suit:

(378) (1962) 33 D.L.R. (2d) 30 (C.A. Ontario).

(379) (1962) 34 D.L.R. (2d) 654.

(380) Id., page 656, Juge Locke.

(...) The strike was (...) lawful at Common Law and not forbidden by the Act. That being so, it appears (...) that the effect of section 1(2) is (i) to provide that while the strike continues the employees on strike do not cease to be employees of the appellant, and (ii) to prevent the employer from terminating that employer-employee relationship by reason only of the employee ceasing to work as the result of the strike (381).

Il s'agit du premier principe énoncé par la Cour relativement aux droits des grévistes semblable à celui établi par la Cour suprême américaine dans MacKay Radio. Cependant, contrairement à cette dernière, le juge Locke, bien qu'étant le seul à le faire, se prononce sur la durée du maintien du statut d'employé du gréviste et, à cette occasion, limite indûment cette durée en s'inspirant du second principe énoncé dans MacKay Radio:

While unnecessary for the disposition of this appeal, I wish to express my dissent from the opinion that has been stated [par le juge McRuer] that if a strike is never concluded by settlement the relationship declared by sub-section (2) of section 1 continues until the employees have either gone back to work, taken employment with other employers, died or become unemployable. When employers have endeavoured to come to an agreement with the employees and followed the procedure specified by the Labour Relations Act, they are at complete liberty if a strike then takes place to engage others to fill the places

(381) Id., page 664, Juge Cartwright.

of the strikers. At the termination of the strike, employers are not obliged to continue to employ their former employees if they have no work for them to do, due to their positions being filled.

(...) Sub-section (2) of section 1 appeared first in Ontario legislation in c. 34 of the Statutes of 1950. Legislation of this nature appeared at an earlier date in the Strikes and Lockout Prevention Act of Manitoba, 1937 (Man. c. 40 and in the War Time Labour Relations Regulations prescribed by the Governor-General in Council on February 17, 1944, which were adopted in Manitoba by 1944, c. 48. Similar legislation was enacted thereafter in the Industrial and Conciliation Arbitration Act [now the Labour Relations Act] of the British Columbia and the Alberta Labour Act.

The idea of creating this artificial relationship appears to have originated in the National Labor Relations Act of the United States, commonly referred to as the Wagner Act, passed by Congress on July 5, 1935, s. 2(3) of which declared that the term "employee" shall include any individual whose work has ceased as a result of a current labour dispute and who has not obtained any other regular and substantially equivalent employment.

I do not construe the decisions in Jeffrey-Dewitt Insulator Company v. Nat'l Labor Relations Board (1937), 91 Fed. (2d) 134 and Nat'l Labor Relations Board v. MacKay Radio and Telegraph Company (1938), 304 U.S. 333, as deciding that in the United States the relationship continues indefinitely unless that relationship has been abandoned, as has been said.

In the first of these cases, the employer had refused to bargain with the union which represented its employees on the ground that by striking they had ceased to be such and Parker, J., held that this was an unfair labour practice since the strike did not in itself terminate the relation-

ship either at common law or under the Wagner Act.

In the second case decided in the Supreme Court, the employer, following the settlement of the strike, had refused to employ five men on account of union activities during the strike, and the finding that this was an unfair labour practice was upheld, reversing the judgment of the Circuit Court of appeals. Roberts, J., who delivered the judgment of the Court, said, *inter alia*, that it did not follow that an employer guilty of no act forbidden by the statute had lost the right to protect and continue his business by supplying places left vacant by the strikers and was not bound to the discharge those he had thus hired upon the election of the strikers to resume their employment in order to create places for them. That is the law in Canada also, in my opinion (382).

Il découle, par conséquent, de cet extrait des notes du juge Locke qui n'est pas suivi en cela par ses collègues lesquels n'expriment aucune opinion sur ce sujet que, semblablement à ce qui a été décidé dans MacKay Radio, l'employeur a le droit d'engager des substituts pour combler les postes des grévistes et il n'est pas obligé de se départir de ces derniers au terme de l'arrêt de travail ou lors de la présentation de la demande de réintégration des grévistes. Ces derniers n'ont, par conséquent, qu'un droit relatif à leurs emplois tout comme aux États-Unis. C'est le deuxième principe qui découle de la décision de la Cour.

D'autre part, il découle nécessairement de ce principe et des propos du juge Locke relativement à la durée du

(382) Id., pages 657 et 658, Juge Locke.

maintien du statut d'employés des grévistes, que ces derniers, contrairement à ce que nous avons vu aux États-Unis, perdent ce statut si au moment de la présentation de leur demande de réintégration, il n'y a pas de postes disponibles pour eux en raison du fait qu'ils sont occupés par des substituts permanents. C'est le troisième principe énoncé par le juge Locke.

CHAPITRE 2 - CRITIQUE

SECTION 1 - INTERPRÉTATION LIMITATIVE DES DROITS CONFÉRÉS PAR LA LOI

Dans son obiter dictum, le juge Locke a repris, comme nous l'avons vu, le second principe énoncé dans MacKay Radio, lui-même un obiter dictum, et a consacré le droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents en période de grève affectant ainsi le droit des employés de participer à un arrêt de travail concerté. Il est vrai que, contrairement aux articles 7 et 13 du N.L.R.A., le Labour Relations Act de l'Ontario en vertu duquel la décision de la Cour a été rendue ne reconnaissait pas explicitement le droit de grève. Il en est de même aujourd'hui de tous les codes du travail en vigueur au pays. Cependant, comme nous l'avons vu, il découle clairement de l'évolution législative canadienne particulièrement depuis 1944, que toutes les législatures au pays, semblablement au Congrès américain, ont opté pour un régime de libre négociation collective et ont

cherché à établir un certain équilibre entre les parties en protégeant d'une part, le droit des employés de se former en associations et, d'autre part, le droit de ces derniers de participer à une grève afin de contrebalancer la force de l'employeur.

En l'espèce, le droit des employés de participer à une activité licite du syndicat telle une grève était protégé par les articles 50(a) et (c) de la loi. Or, nulle part, dans sa décision, le juge Locke ne s'est interrogé sur l'impact que pouvait avoir l'embauche de substituts permanents sur le droit de grève des employés. On peut, à cet égard, formuler la même critique que celle que faisait le professeur Paul Weiler à l'endroit de la décision de la Cour suprême américaine dans MacKay Radio, à savoir que la Cour a adopté une interprétation limitative de la loi mettant principalement l'accent sur la protection des droits individuels des employés et négligeant celle de leur droit collectif. S'il est admis dans les provinces anglaises qu'un employeur doit pouvoir maintenir ses opérations en période de grève, il n'en suit pas, à titre de corollaire, qu'il doive pouvoir garantir aux substituts qu'il embauche la permanence de leurs emplois. Essentiellement, les mêmes arguments de politique que les auteurs ont avancés à l'encontre du deuxième principe énoncé dans MacKay Radio valent également à l'endroit de l'obiter dictum du juge Locke (383).

(383) Voir, supra, page 158.

SECTION 2 - INTERPRÉTATION LIMITATIVE DE L'ARTICLE 1(2)

Le juge Locke fait remonter les origines de l'article 1(2) à 1950 et suggère qu'il a été inspiré par le Wagner Act de 1935. Pourtant, comme nous l'avons vu, il origine de l'amendement de 1918 à la Loi Lemieux. L'alinéa (dd) de l'article 1 de cette loi a été appliqué en Ontario depuis cette date tant aux entreprises provinciales que fédérales jusqu'en 1932 alors que le gouvernement ontarien, suite à la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire Snyder et la modification du champ d'application de la Loi Lemieux effectuée par le Parlement, adopta une loi rendant ladite loi fédérale applicable aux entreprises provinciales comprises sur son territoire (384). Cette disposition continua par conséquent d'être appliquée en Ontario tant aux entreprises fédérales que provinciales jusqu'en 1943 lorsque le gouvernement adopta le Collective Bargaining Act (385). Cette loi n'incluait pas de disposition protégeant le statut d'employés des grévistes mais la Loi Lemieux s'appliquait concurremment à la Collective Bargaining Act aux entreprises

(384) Voir 1932 S.O., c. 20.

(385) Voir note infrapaginale n. 343.

tant provinciales que fédérales en Ontario (386). Ce régime se poursuivit jusqu'en 1944 lors de l'entrée en vigueur de l'Arrêté-en-Conseil 1003 lequel reprenait dans son article 2(2) les mêmes termes que l'alinéa (dd) de la Loi Lemieux comme nous l'avons vu précédemment. A cette même époque, soit en 1944, le gouvernement ontarien adopta le "Labour Relations Board Act" (387) qui abrogeait le Collective Bargaining Act de 1943 et qui rendait l'Arrêté-en-Conseil 1003 applicable à toute entreprise située sur son territoire (388). Ce dernier continua à s'appliquer dans cette province jusqu'en 1948 lorsque, au terme de l'état de guerre, l'Ontario, comme les autres provinces, reprit sa juridiction dans le domaine des relations de travail et adopta le Labour Relations Act (389).

Ce dernier n'incluait pas de disposition analogue à l'article 1(2) dont il est question dans l'affaire Zambri mais cette loi fut abrogée et remplacée en 1950 par une loi du même

(386) Voir United Steelworkers of America Local 1005 v. Steel Co. of Canada, (1944) 2 D.L.R. 583 (Ont. Labour Court). Voir aussi J.A. Willes, The Ontario Labour Court 1943-44, Queen's University at Kingston, Industrial Relations Centre, Research and Current Issues Series No. 37, 1979, page 41.

(387) 1944 S.O. c. 29.

(388) Voir Jeffrey Sack and Michael Mitchell, Ontario Labour Relations Board Law and Practice, Toronto, Butterworths, 1985, page 3.

(389) 1948 S.O. c. 51.

nom (390) laquelle, comme l'indique le juge Locke, incluait une disposition protégeant le statut d'employé du gréviste et qui a été maintenue dans la loi ontarienne jusqu'à nos jours.

Il résulte de ce qui précède qu'une disposition de la nature de l'article 1(2) existait en Ontario depuis 1918 et, sous réserve de deux années (1948 à 1950), a continuellement été appliquée dans cette province depuis cette date jusqu'à nos jours. Il est donc inexact de prétendre que l'article 1(2) a été inspiré par le Wagner Act de 1935.

Or, comme nous l'avons vu, l'effet de l'ajout de l'alinéa (dd) à l'article 1 de la Loi Lemieux était de modifier, d'une part, la Common Law qui analysait, comme en Angleterre, la participation à une greve comme étant un bris de contrat. D'autre part, en maintenant le lien employeur-employé, cet amendement affectait nécessairement aussi le droit de l'employeur en Common Law de ne pas reprendre à son emploi un employé qui avait cessé de travailler pour participer à une grève.

Si la participation à une greve ne peut constituer, vu l'alinéa (dd), un bris de contrat susceptible de constituer un "repudiatory breach" ou un motif dont l'employeur peut se prévaloir pour congédier sommairement le gréviste, il s'en suit

que l'employeur, en assumant qu'il n'existe pas d'autres motifs de congédiement que la participation à la grève, doit lui-même respecter ses propres obligations. Or, il fait justement défaut de respecter ces dernières en refusant de réintégrer un gréviste au motif que son poste est occupé par un substitut permanent. Ce faisant, l'employeur ne fait ni plus ni moins que de rompre le lien employeur-employé préservé par l'alinéa (dd) en refusant de fournir à l'employé le travail qu'il s'était obligé à lui fournir. Nous verrons plus loin que le juge Rand, dans son rapport sur les conflits de travail en Ontario suggérera une interprétation analogue à la nôtre (390a).

La seule distinction entre l'alinéa (dd) de 1918 et l'article 1(2) du Labour Relations Act était que dans la Loi Lemieux, le recours d'un employé congédié en raison de sa participation à une grève était prévu à l'alinéa (dd) lui-même alors que dans la loi de 1962 en vertu de laquelle la décision dans l'affaire Zambri a été rendue, le recours était prévu par les articles 50(1) et (c).

Il résulte de ce qui précède que lorsque la Cour décide que l'article 1(2) a pour effet de permettre aux grévistes d'invoquer la protection des articles 50(a) et (c) et qu'un employeur n'a pas le droit de congédier un employé pour le seul motif de la participation à une grève, sa décision est bien fondée en droit. L'article 1(2), contrairement à l'article 2(3)

(390a) Voir, infra, page 244.

du Wagner Act, était nécessaire pour permettre aux grévistes d'invoquer la protection de l'article 50 réservée aux "employés" au sens de la loi.

Cependant, lorsque le juge Locke va un pas plus loin et décide qu'un employeur a le droit d'embaucher des substituts permanents en cours de grève et de ne pas reprendre les grévistes à son emploi au terme de l'arrêt de travail au motif que leurs postes sont occupés par lesdits substituts, il effectue une distinction factice entre un congédiement et un refus de réintégrer et il donne une interprétation restrictive à l'article 1(2) en omettant de tenir compte de l'effet de ce dernier sur les droits de l'employeur en Common Law. En outre, en énonçant un tel principe, le juge Locke donne une interprétation restrictive à la loi en négligeant la protection des droits collectifs des employés tel le droit de participer à une grève.

Enfin, le troisième principe énoncé par le juge Locke concernant la durée du maintien du statut d'employé du gréviste, à savoir que ce dernier parvient à terme lorsqu'au moment de la demande de réintégration du gréviste l'employeur rejette cette dernière au motif que tous les postes sont occupés par des substituts permanents est clairement inapproprié. En effet, l'article 1(2), comme toutes les dispositions de ce genre dans les codes du travail en vigueur au pays aujourd'hui, ne contient aucune limite dans le temps contrairement à l'article 2(3) du

Wagner Act américain qui spécifie que ce statut se maintient jusqu'à ce que le gréviste ait acquis un emploi régulier et substantiellement équivalent chez un nouvel employeur. D'autre part, au moment où le juge Locke tient ces propos, le N.L.R.B. dans l'affaire Republic Steel Corporation (391) et la Cour d'appel du deuxième circuit dans Roure-Dupont MFG (392) avaient déjà décidé aux États-Unis que le statut d'employé du gréviste n'était pas annihilé du seul fait du rejet de sa demande de réintégration au motif que tous les postes sont occupés par des substitués permanents. Il s'ensuit que la décision du juge McRuer de la Ontario High Court sur ce sujet était certainement mieux fondée en droit que celle du juge Locke. D'ailleurs, cette partie de l'opinion du juge Locke ne sera pas suivie par la jurisprudence ultérieure comme nous le verrons plus loin.

TITRE 4 - LE DROIT ABSOLU DES GRÉVISTES A LEURS EMPLOIS:
RÉGIMES D'EXCEPTION

CHAPITRE 1 - ONTARIO

SECTION 1 - LES RÉACTIONS A LA DÉCISION DE LA COUR DANS
L'AFFAIRE ZAMBRI

La décision de la Cour dans l'affaire Zambri a suscité le commentaire suivant:

(391) Id., n. 179.

(392) Id., n. 192.

The root problem would seem to arise from the fact that the status is of very little use or significance to the striker. (...) To be an employee does not mean that when the grievances which brought on the strike are settled, the "employee" will automatically return to work.

(...) Inasmuch as the issue of reinstatement at the expense of the positions of the replacements arises within the strike situation and cannot legitimately be one of the grievances provoking the strike, and inasmuch as the strikers must negotiate their rehiring if they choose to strike to enforce their demands, the employer seems to have an extra weapon in his armoury for the legalized war of economic attrition that is a strike. One suggestion for balancing the armaments and inbuing the status of striking employee with more than its present minimal significance would be to insert a section in the Ontario Labour Relations Act in effect writing into strike settlement agreements the condition that, on settlement of a strike, all striking employees who wish to return to their jobs, if such positions are still available within the employer's plant and facilities must be rehired at the expense of the replacements, if necessary.

(...) Such an amendment to the Labour Relations Act, notwithstanding its drawbacks and the uncertainty of its practical effects, would recognize the realities of strike settlement. Such an amendment seems harsh to the replacements, but it recognizes the precariousness of their positions, for the union, by its very nature as employees' agent must work towards ensuring employment for its members as its primary aim. Very few unions or union executives can afford to win a Pyrrhic victory by gaining wage or benefit concessions and leaving behind as casualties those the employer would not reinstate. The instant case affords a good example of a strike protracted long

after its issues were settled because the union would not accept the C.P.R.'s refusal to rehire a small proportion of the strikers.

Doubtless, the balancing of bargaining power would be altered by such an amendment, but, it is suggested, not so much as to be unpalatable. At present, the term "employee" cannot be applied to a striker in its plain and ordinary meaning and employees who do strike are penalized by having to bargain for their reinstatement. This penalty does open up a method for employers to break a weak union by refusing to negotiate a new collective agreement, forcing a strike, and refusing to rehire (393).

(Les soulignés sont de nous)

Ce commentaire était écrit en 1964. Nous verrons plus loin que le gouvernement manitobain a justement adopté en 1976 des dispositions qui mettent en application la suggestion énoncée dans cet extrait, c'est-à-dire suppléant à l'absence de protocole de retour au travail, lorsque les parties parviennent à conclure une convention collective, et conférant un droit absolu aux grévistes à leurs emplois. Par ailleurs, en 1968, le juge Rand, dans son rapport au gouvernement ontarien, traita également du problème soulevé par l'affaire Zambri et énonça sa propre interprétation de l'article 1(2) du Labour Relations Act:

That language [of section 1(2)] clearly indicates a legislative policy underlying it; that the status of employee, with all its incidents, is not to be affected merely by reason of the strike; that some

(393) J. Michael Robinson, loc.cit., n. 374, page 176.

other justification arising from the action or conduct of an employee must appear to effect the termination of that relationship; this means that a return to work is a necessary corollary of the right to strike. What in that sense the subsection contemplates is a working force kept intact even in strike, pending the negotiation of a collective agreement. A contrary interpretation seems a contradiction of the language used, as well as of the implied policy. It would be strange if, on the day following a strike, a new force could enter the employment and so end the strike and all connected with it, including the discharge from the service of all the strikers; that by such an act of the employer the obvious purpose of the subsection could be so defeated would be to nullify a fundamental provision. (...)

Apparently a prevailing view of the interpretation of the subsection has been that the employee status declared not to cease by reason only of a strike could be destroyed by a replacement employee, in other words, by the engagement of a strike breaker. (...)

A study of this provision shows that it is at least reasonably open to another interpretation. The employer cannot dismiss before replacement, assuming no other proper ground for such exists; if he can dismiss after replacement or by the effect of it, on what ground can that be put? Only on the ground that the "job", as distinguished from the "occupant", was not occupied; it was vacant in fact because of a legal cessation of work; the striker's legal relation to the job was not affected by the vacancy; the attempt to fill it permanently involved the destruction of that legal relation, an act in direct contradiction of the statute, and beyond the authority of the employer. In the absence of the subsection the ouster would be justified by the cessation and a new employment, but it could only have been to counteract that result that the legislation was enacted in such specific

language. To bring about dismissal by such means, the striker must give some other sufficient cause. The employer may hire but does he do so regardless of the right of the striker preserved in the statute? To view the accumulation of rights and benefits over years of service in any other manner would place the total interests of the striker at the arbitrary will of the employer, eviscerate the subsection of any effect, and reduce the validity of a strike to mockery. The clause seems to have been introduced to moderate the raw, crude cut and slash of the earlier conflicts. (...) (394).
(Les soulignés sont de nous)

SECTION 2 - L'ARTICLE 73 DU LABOUR RELATIONS ACT

La Commission Rand formula par conséquent diverses recommandations (395) qui donna lieu à l'adoption en 1970 de l'article 64, aujourd'hui l'article 73, du Labour Relations Act (396) lequel se lit comme suit:

73(1) Where an employee engaging in a lawful strike makes an unconditional application in writing to his employer within six months from the commencement of the lawful strike to return to work, the employer shall, subject to subsection 2, reinstate the employee in his former

(394) Report Of The Royal Commission Inquiry Into Labour Disputes, Ontario, Queen's Printer, August 1968, Yvan C. Rand, pages 22 à 28.

(395) Id., page 87, recommandation no 18 et, page 90, recommandation no 25.

(396) 1970, S.O. c. 82, art. 25.

employment, on such terms as the employer and employee may agree upon, and the employer in offering terms of employment shall not discriminate against the employee by reason of his exercising or having exercised any rights under this Act.

(2) An employer is not required to reinstate an employee who has made an application to return to work in accordance with subsection 1,

(a) where the employer no longer has persons engaged in performing work of the same or similar nature to work which the employee performed prior to his cessation or work; or

(b) where there has been a suspension of discontinuance for cause of an employer's operations, or any part thereof, but, if the employer resumes such operations, the employer shall first reinstate those employees who have made an application under subsection 1.

Avant d'aborder l'étude de cette disposition, il convient de souligner qu'avant même l'adoption de cette dernière, le Conseil de cette province rendait en 1969, soit un an après le dépôt du Rapport Rand, une décision dans laquelle il adoptait le raisonnement du juge Rand énoncé plus haut à l'effet que l'engagement de substituts permanents ne met pas un terme au statut d'employés des grévistes lequel est protégé par l'article 1(2) et, partant, que ces derniers ont droit de prendre part à un vote de représentation tenu en cours de grève: il s'agit de l'affaire J.M. McLeod and Sons (397). Dans cette dernière le Conseil dit ce qui suit:

(397) (1969) 1 O.L.R.B. Rep. Dec. 1 100.

Counsel for the applicant and respondent, however, appear to take the position that the hiring of a replacement thereby terminates the employment status of a striking employee. There seems no doubt that a struck employer has a right to attempt to carry on his operation and to hire replacements. To say, however, that the hiring of a replacement means that the replaced striking employee thereby loses the status accorded him by section 1(2) is another matter. If such were the case, then as soon as a majority of the strikers had been replaced, it would be open for the replacements to apply for termination of bargaining rights of the bargaining agent - that is, the striking union. Strikers, not being employees, would have no status in such an application which, if successful, would bring about the termination of the strike. It seems to us wrong in principle and not within the spirit and intent of section 1(2) that the act of replacement could deprive a striking employee not only of participating in a decision as to whether a strike would continue but also of participating in a decision as to whether his bargaining agent should continue to represent him. As counsel (...) pointed out, one of the rights conferred by section 1(2) is a bargaining right - that is, to force an employer to bargain - and it seems reasonable to hold that striking employees should have some say in determining whether that right is to be taken away

(398)
(Les soulignés sont de nous)

Il en résulte que le statut d'employé du gréviste n'est pas affecté par le fait que le poste qu'il a quitté pour participer à la grève a été comblé par un substitut. Par conséquent, l'employeur ne peut engager de tels substituts pour combler un poste laissé vacant que sujet aux droits garantis par la

loi à l'employé gréviste dont le statut est maintenu par l'article 1(2). C'est ici qu'entre en jeu l'article 73 et qu'apparaît la complémentarité de ce dernier avec l'article 1(2). L'engagement de substituts ne peut s'effectuer que sujet aux droits garantis par l'article 70 dont jouit le gréviste, soit un droit absolu à la réintégration durant les six premiers mois d'une grève si, par ailleurs, une demande inconditionnelle à cet effet a été formulée par ce dernier. C'est ainsi que le Conseil ontarien a interprété l'article 73 dans l'affaire Becker Milk Company Limited (399):

But what is the extent of an employee's right under section 1(2)? More particularly, does the employee who returns to work after a strike have a right to "bump" a replacement and assume his old job? In Ontario that will depend on whether he returns under the protection of section 73 of the Act.

(...) Three conditions must be met to bring that section into effect:

- 1) The employee must be returning to work after engaging in a lawful strike.
- 2) He must make an unconditional written application to return to work.
- 3) The application must be made within six months of the beginning of the strike.

Subject to the exceptions described in section (2) of section 73, when these conditions are met "the employer shall reinstate the employee in his former employment". The effect of that section

is to put the striker who returns to work under its protection in a better position than a striker who returns to his employer with only the protection of section 1(2). The Act is clear that the section 73 applicant is not merely to be reinstated as an employee (because by virtue of section 1(2) he has never lost his status as an employee) but that he must be reinstated in his former employment. In other words, "former employment" in this context means his job and unless the exceptions in section 73(2) operate, he is to be put back into his job or into work of a similar nature.

The mandatory language of section 73 assures the striking employee that, subject to the two exceptions, for six months he can be certain of having his job back, albeit on such terms as he can independently negotiate with his employer. The hiring of replacements is not an exception that entitles an employer to refuse reinstatement under section 73. On the contrary, section 73(2) provides that reinstatement can be denied only if no one is engaged in the same work or work similar to the work that was previously done by the striking employee or, secondly, if there has been a discontinuance for cause of the employer's operations. The striker who returns to work under the protection of section 73 of the Act, therefore, has the unequivocal right to bump a replacement if that is what must be done to reinstate him in his job (400).

Il faut comprendre que lorsque l'employé formule, dans les délais prescrits à l'article 73, une demande de réintégration, cette dernière doit être inconditionnelle en ce sens qu'il ne peut subordonner sa demande à l'acceptation par l'employeur de certaines conditions telle que la réintégration de

compagnons qui avaient été congédiés, par exemple (400a). Sa demande doit se borner à requérir l'employeur de lui offrir de l'emploi dans son poste antérieur. Le cas échéant, l'employeur doit obligatoirement accepter cette demande même si pour faire place au gréviste il doit déplacer ou congédier un substitut. Cependant, puisque cette demande s'effectue en période de grève alors que la convention collective est expirée et que son extension juridique est parvenue à terme, les parties doivent négocier les conditions de travail qui seront applicables. L'employeur est alors libre de modifier les conditions prévues dans la convention expirée mais il ne doit pas faire preuve de discrimination.

Évidemment, si un gréviste formule une demande de réintégration dans le délai de six mois prescrit par l'article 73 mais qu'il n'y a pas d'emploi disponible pour lui en raison du fait, soit que le genre de fonctions qu'il assumait avant la grève n'existe plus, soit que la grève a affecté les opérations de l'employeur et que ce dernier a dû éliminer certains postes temporairement, le gréviste devra être rappelé au travail de préférence à tout nouveau candidat lors de la reprise graduelle des opérations de l'entreprise ou lorsqu'un emploi de nature similaire à celui qu'il occupait sera à nouveau mis en disponibilité. Il découle, par ailleurs, clairement de l'alinéa (b) de

(400a) Voir N.L.R.B. v. Pêcheur Hozenge Co. (1953) 33 LRRM 2324 et D.S. McDowell et K.C. Huhn, op.cit., n. 146, pages 131 et 132.

l'article 73(2) que la demande de réintégration originelle des grévistes a un effet continu dans le temps et qu'il incombe à l'employeur, lors de la mise en disponibilité d'emplois, de s'enquérir du désir des grévistes à cet égard.

Qu'en est-il lorsque les grévistes présentent leur demande de réintégration à l'expiration du délai de six mois prévu par l'article 73? Dans l'affaire Becker Milk Company, précitée, le Conseil ontarien a également répondu à cette question de la façon suivante:

Ordinarily when a strike is successful the striking employees return securely to their jobs as a result of the negotiated settlement. But not all strikes are won. When a strike has ended and has ended in failure, what are the legal rights of the unsuccessful with respect to their jobs, particularly when those jobs have been filled by replacements hired during the strike?

(...) It was apparently once thought in both Canada and the U.S. that while a strike itself would not terminate an employee's status (because of the protection of section 1(2) of the Labour Relations Act and the similar provision in section 2(3) of the National Labour Relations Act) the separate act of hiring a replacement by the employer during the strike did have the effect of ending the employment status of the striker who was replaced. (See Royal Commission of Inquiry Into Labour Disputes, the Hon. E.C. Rand, August 1968 at page 24; Bartlett-Collins Company 110 N.L.R.B. 395 (1954); Atlas Storage Division v. N.L.R.B. 112 N.L.R.B. 1175 (1955), enforced sub nom Chauffeurs Teamsters and Helpers Local No.

200 v. N.L.R.B. 233 F. 2d 233 (7th Cir. 1956); Brown and Root Inc. 132 N.L.R.B. 486 (1961), enforced, 311 F. 2d 447 (8th Cir. 1963)).

That limited interpretation of section 1(2) was criticized by the Rand Royal Commission as being in unjustified disregard of the rights and benefits of employees accumulated over years of service. According to the Commission that view ignored the fundamental purpose of the section by placing the economic life of the employee at the arbitrary will of the employer. To maintain that the act of hiring replacements would extinguish all of the vested rights and the very employment status of strikers would, in the words of the Report, "reduce the validity of a strike to mockery".

Under the Labour Relations Act strikers continue to be employees and they are not to be discriminated against for having exercised their right to strike. When a strike that lasts beyond six months ends in failure there may be existing job vacancies that subsequently rise by the departure of replacements or the creation of new jobs. The qualifications of the former strikers to fill those jobs may in many cases be inferred from their original hiring and past employment. An employer who refuses to give those jobs to returning employees qualified to fill them commits an unfair labour practice to the extent that the refusal amounts to a calculated penalizing of a group of employees for having exercised their lawful right to strike (C.F. Fleetwood Trailer Company; Laidlaw Corp (supra)). The refusal of an employer to put employees back to work in those circumstances is no less a breach of the Act than any attempt to discharge them outright for engaging in the right to strike (...). But, subject to whatever better rights their union can obtain for them, that appears to be the limit of the protection that strikers in that circumstance can expect. An integral feature of the

balance of power in collective bargaining is that strikers who return to work without the protection of section 73 of the Act cannot, as a legal right, displace replacements who were hired in their stead (401).

Lorsque le Conseil énonce la position d'un gréviste ne jouissant plus du droit garanti par l'article 73, il est on ne peut plus clair. Quoique le statut des derniers soit maintenu, il a perdu le droit absolu à la réintégration. Certes, il ne doit pas être considéré sur le même pied qu'une personne formulant pour la première fois une demande d'emploi. Il a le droit d'être placé sur une liste préférentielle de retour au travail et de ne pas faire l'objet de discrimination dans l'ordre de réintégration. Il ne sera cependant rappelé qu'au fur et à mesure que les postes occupés par les substituts deviendront vacants ou qu'il en sera créé de nouveaux pour lesquels il est qualifié. En bref, l'employé ne jouissant plus du droit garanti par l'article 73 se trouve dans la même situation que le "economic striker" dont nous avons traité à la Partie 2 de la présente étude.

Il existe, cependant, une exception au principe énoncé ci-dessus. En effet, si un délai de plus de six mois s'est écoulé avant que les parties n'abordent la question de la réintégration des grévistes à l'occasion de la négociation du protocole de retour au travail et que l'employeur a commis au

cours de la période prévue par l'article 73 des pratiques déloyales qui ont eu pour effet d'éroder la force de négociation du syndicat, ce dernier pourra ne plus être en mesure, lors de la négociation dudit protocole de retour au travail, d'obtenir la réintégration immédiate des grévistes. Dans un tel cas, la sécurité d'emploi des grévistes, qui est directement fonction de la force de négociation du syndicat, devient une question susceptible de faire l'objet de mesures remédiatrices par le Conseil de relations de travail. C'est ce qui a été décidé dans l'affaire Fotomat Canada Limited (402). Dans cette affaire, le Conseil émit l'ordonnance suivante:

Having regard to all of the above circumstances, we have come to the conclusion and so direct that regardless of the outcome of negotiations on the issuance of this order, striking employees shall be given the opportunity to make an unconditional application to return to work on or before December 1, 1980 and if such application is made by any striking employee the respondent shall reinstate the said employee to his former position whether or not a strike replacement employee must be transferred, laid-off or terminated (403).

Le Conseil ontarien n'a pas, dans cette affaire, importé la distinction connue en droit américain entre les grèves économiques et celles dites de pratiques déloyales ni la

(402) (1981) 1 Can. L.R.B.R. 381.

(403) Id., page 410.

doctrine de la conversion d'une grève mais il s'est inspiré du droit américain pour façonner sa politique remédialrice dans de telles circonstances. C'est ainsi qu'après avoir étudié la doctrine de la conversion de la grève en droit américain et noté qu'en vertu de cette dernière les grévistes dont les postes ont été comblés au cours de la phase dite de pratiques déloyales de la grève jouissent d'un droit absolu à leurs emplois tout comme les grévistes dits de pratiques déloyales de travail, il écrit:

We do not think that the O.L.R.B. needs to adopt all the American trappings of an unfair labour practice strike, but the concept's underlying purpose has considerable relevance to the exercise of this Board's jurisdiction under section 79. (...) In the facts at hand (...), the problem with leaving the employment security of the striking employees to the negotiation process is that the complainant's bargaining power to seek their immediate reinstatement has been eroded with the passage of time and respondent's failure to bargain in good faith has contributed in a substantial way to this delay. To let the respondent now place the issue of the reinstatement of the striking employees on the bargaining table would permit it to reap a benefit from its earlier unlawful conduct (404).

(404) Id., pages 409 et 410.

Le Conseil émit, par conséquent, l'ordonnance rapportée ci-dessus ayant pour effet d'imposer à l'employeur lors de la demande de réintégration des grévistes de se départir des substituts pour leur faire place.

CHAPITRE 2 - MANITOBA

La province du Manitoba adoptait l'article 11 du Labour Relations Act (405) en 1976 lequel se lit comme suit:

11(1) Subject to subsection (2), where

(a) an employee in a unit of employees of an employer ceases to work because the employees in the unit are locked out by the employer or because the employees in the unit are on a legal strike;

(b) a collective agreement is concluded between the employer and the union which was the bargaining agent for the employees in the unit at the time the lockout or strike commenced; and

(c) the work performed by the employees at the time the lockout or strike commenced is continued after the lockout or strike is settled;

if the employer or any person acting on behalf of the employer refuses to reinstate the employee for the employment he had at the time the lockout or strike commenced

(d) in accordance with the provisions of the collective agreement respecting employment of the employees in the unit; or

(e) in accordance with any other agreement between the employer and the bargaining agent respecting the reinstatement of the employees in the unit; or

(f) where no agreement respecting the reinstatement of the employees in the unit is reached between the employer and the bargaining agent, as work becomes available on the basis of the seniority standing of the employee in relation to the seniority of the other employees in the unit employed at the time the lock-out or strike commenced;

he commits an unfair labour practice.

(2) An employer or person acting on behalf of an employer does not commit an unfair labour practice under this section if he satisfies the Board that the refusal to reinstate the employee in employment was for a cause for which the employee might have been discharged from employment and which was not related to the strike or lockout or any act in support of the strike or in opposition to the lockout.

(3) For purposes of this section, work which becomes available after a lockout or strike is settled includes work which

(a) at the time the lockout or strike commenced, was performed by an employee in the unit who ceased to work because of the lockout or strike; and

(b) during the lockout or strike was performed by any other person.

Il faut noter que l'alinéa 3 de l'article 11 n'existait pas en 1976 et a été ajouté lors des amendements de 1984.

(406) Le texte de l'article 11, tel qu'il existait lors de son ajout au Code en 1976 n'a fait l'objet d'une interprétation que dans une seule décision, soit l'affaire Greensteel Industries Limited (407), dans laquelle le Conseil de relations de travail de cette province écrit ce qui suit:

The statutory scheme, hence, provides, in the absence of an agreement between the parties expressed in a collective agreement or otherwise, a "return to work protocol" in 11(1)(f). However, the application of that protocol is qualified by certain pre-conditions including a prior legal lockout or strike, the subsequent conclusion of a collective agreement, and a continuance of the work performed by employees before the strike after it is settled. Unless all three of those conditions are present, the statutory return to work protocol does not apply. Here, by a determination of a prior panel of the Board, no collective agreement was ever concluded. In the result, (f) does not apply. If it did apply, we would have to consider the limiting effect, if any, of the words "as work becomes available" in (f), and secondly, whether the Employer has established an absolute defense to the operation of the Section under 11(2). The legislative assurance of reinstatement is limited only to instances where a collective agreement has been concluded but no agreement is reached, as it commonly is, on a return to work protocol for strike employees. The parties can deflect that determination to the Board, without giving up the collective agreement. In essence (f) is available as a release valve in appropriate circumstances (408).

(406) 1984, S.M., c. 21, art. 15.

(407) International Molders and Allied Workers Union, Local 47 and Ken Boyechko et al., and May Stubbe and Greensteel Industries Ltd. and Shirley Holke, Fred Bobryk, Manitoba Labour Board, Case No. 251/82/LRA; 428/82/LRA; 524/82/LRA; 566/82/LRA; 594/82/LRA.

(408) Id., page 35.

Dans cette affaire, comme on le voit, aucune convention collective n'avait été conclue entre les parties de sorte que l'alinéa (f) de l'article 11 qui supplée à l'absence de protocole de retour au travail négocié entre les parties n'était pas applicable. Il découle, par ailleurs, de cet alinéa de l'article 11 que dans les cas où une convention collective est conclue entre les parties mais qu'elles ne parviennent pas à s'entendre sur les termes d'un protocole de retour au travail, les grévistes doivent être réintégrés en fonction de leur ancienneté en déplaçant les substituts que l'employeur avait engagés au cours de la grève.

En effet, cette réintégration doit s'effectuer en fonction de l'ancienneté des grévistes mise en relation avec celle des autres employés qui faisaient partie de l'unité au début de la grève. Il s'en suit que l'ancienneté accumulée par les substituts durant l'arrêt de travail n'étant pas prise en considération, ils seront inévitablement déplacés par les grévistes, même par ceux de ces derniers qui ont le moins d'ancienneté. Le processus de réintégration doit être entamé, d'autre part, comme le précise l'alinéa (f), "as work becomes available". Cette expression est définie à l'alinéa (3) de façon large incluant le travail accompli durant la grève par toute

autre personne ("by any other person") c'est-à-dire, en d'autres termes, par des substituts, entre autres. Il s'ensuit que si les parties parviennent à conclure une convention collective, l'employeur devra immédiatement se départir des substituts qu'il a embauchés en cours de grève pour faire place aux grévistes. Si, une fois les substituts déplacés, il ne reste pas suffisamment d'emplois pour réintégrer tous les grévistes en raison du fait que l'arrêt de travail a affecté les opérations de l'employeur et que ce dernier a dû éliminer temporairement certains postes, les grévistes restants ne seront réintégrés qu'au fur et à mesure de la reprise graduelle des opérations de l'entreprise. Ils devront, en raison du fait qu'ils n'ont pas perdu leur statut d'employés ainsi que du fait que leur ancienneté n'est mise en relation qu'avec celle des employés qui travaillaient dans l'unité au début de la grève, être rappelés au travail de préférence à tout nouveau candidat.

Il découle, par conséquent, de l'article 11 que, contrairement à l'article 73 du Code de l'Ontario, les grévistes ont un droit absolu à leurs emplois, sans limite dans le temps, si les parties parviennent à conclure une convention collective. Sous le Code de l'Ontario, les grévistes jouissent, comme aux États-Unis, des droits des grévistes dits de pratiques déloyales de travail durant une période de six mois au terme de laquelle ils ne jouissent plus que des droits des grévistes dits économiques. Au contraire, sous la législation manitobaine, les gré-

vistes sont considérés comme étant dans la même position que les grévistes dits de pratiques déloyales sans limite dans le temps.

En 1984, le législateur a corrigé la situation découlant de l'affaire Greensteele en adoptant l'article 11.1 lequel pourvoit aux droits des grévistes lorsque aucune convention collective n'est conclue:

11.1(1) Where

(a) an employee in a unit of employees of an employer ceases to work because the employees in the unit are locked out by the employer or because the employees in the unit are on a legal strike;

(b) the lockout or strike ends without a collective agreement having been concluded between the employer and the union which was the bargaining agent for the employees in the unit at the time the lockout or strike commenced; and

(c) the work performed by the employee at the time the lockout or strike commenced is continued after the lockout or strike ends;

if the employer, or any person acting on behalf of the employer, refuses to reinstate the employee for the employment which the employee had at the time the lockout or strike commenced

(d) in accordance with an agreement between the employer and the bargaining agent respecting the reinstatement of the employees in the unit; or

(e) where no agreement respecting the reinstatement of the employees in the unit is reached between the employer and the bargaining agent, as work becomes available on the basis of the seniority standing of the employee in relation to

the seniority of the other employees in the unit employed at the time the lock-out or strike commenced;

the employer, or the person acting on behalf of the employer, commits an unfair labour practice.

(2) For purposes of this section

(a) a lockout ends on the date on which the employer indicates in writing to the union which was the bargaining agent for the employees in the unit at the time the lockout commenced, that the lockout is over; and

(b) a legal strike ends on the date on which the union which was the bargaining agent for the employees in the unit at the time the strike commenced indicates in writing to the employer that the strike is over.

(3) Subsection 11(2) and (3) apply with necessary modifications to this sections.
(Les soulignés sont de nous)

Cette disposition est applicable aux situations où, au terme d'une longue grève, le syndicat est désaccrédité et une convention collective n'est jamais conclue. L'article 11.1 supplée alors à l'absence de protocole de retour au travail comme si une convention collective avait été conclue. La réintégration des grévistes doit alors s'effectuer conformément aux prescriptions de l'article 11 mais uniquement à partir du moment où le syndicat qui représentait les employés donne un avis écrit à l'effet que la grève est terminée ou, si les employés étaient en lock-out, uniquement à partir du moment où l'employeur donne un avis écrit de la fin du lock-out. L'article 11.1 reconnaît

ainsi la réalité des conflits collectifs de travail et le fait qu'un syndicat peut y laisser sa peau tout en atténuant les conséquences d'une telle défaite pour les membres du syndicat en pourvoyant à leur réintégration.

En 1984, également, le gouvernement manitobain manifestait de façon on ne peut plus claire l'importance qu'il accorde à l'exercice efficace du droit de grève en adoptant l'article 10.1 lequel permet l'embauche de substituts temporaires mais prohibe l'embauche de substituts permanents. Cet article se lit comme suit:

10.1 Every employer, and every person acting on behalf of an employer, who, prior to or during a lockout or legal strike of a unit of employees of the employer,

(a) hires, or purports to hire, or offers to hire; or

(b) indicates to the bargaining agent for the employees in the unit any intention or threat to hire to offer to hire;

any person for the purpose of performing the work normally performed by any employee in the unit for any period of time longer than the duration of the lockout or a legal strike, commits an unfair labour practice.

Il convient de souligner que si cet article prohibe, préalablement à une grève ou au cours de cette dernière, l'embauche d'un substitut pour une durée plus longue que la grève, il ne s'en suit pas que ces substituts ne pourront jamais acquérir la permanence de leurs emplois. Ces derniers, tout comme

sous la juridiction fédérale dont nous traiterons au Chapitre 3, pourront acquérir la permanence de leurs emplois selon les événements et le passage du temps dans au moins deux situations.

Enfin, en 1984, le le gouvernement adoptait également l'article 11.2 prohibant l'embauche de briseurs de grève professionnels.

Les articles 10.1, 11.1 et 11.2 constituent par conséquent un régime complet assurant aux grévistes un droit absolu à leurs emplois sans pour autant donner aux syndicats un avantage affectant l'équilibre recherché par la loi entre les parties. En effet, si les grévistes ont une garantie d'emploi, l'employeur, pour sa part, a le droit d'opérer en période de grève en ayant recours, entre autres, à des substituts temporaires.

Les dispositions du Code manitobain apparaissent, par conséquent, plus avantageuses pour les parties que celles du Code de l'Ontario mais ces dernières, soit celles de l'Ontario, tiennent davantage compte de l'intérêt public. Ross Dunsmore écrit, par exemple, ce qui suit après avoir traité du droit des grévistes, en Ontario, de formuler une demande de réintégration dans les six mois du début de la grève:

To any employee of a union which will be broken by a strike, this section is a guarantee against the loss of his job because the employer is required to reinstate the employee without discrimination. However, this right is exercised (sic) from the employer at great cost to the employee. First, the effect of an application under this section is to help destroy the union local as a bargaining agent for the employees. Second, the employee must apply unconditionally, which places the employee at the mercy of the employer (409).

Le Code manitobain ne contenant aucune limite dans le temps ne favorise ou n'incite pas les défections propres à miner la force de négociation du syndicat et ne place pas le gréviste dans la situation, lors de sa demande de réintégration, d'avoir à négocier seul ses conditions de travail. En revanche, parce qu'il ne contient justement aucune limite dans le temps, le Code manitobain permet que se perpétuent inutilement des conflits en donnant l'assurance aux grévistes qu'ils seront réintégrés indépendamment du sort de la grève. Au contraire, en Ontario, le fait que les grévistes soient, à l'expiration d'un délai de six mois, dans la même situation que les grévistes dits économiques sans garantie de réintégration a un effet salutaire sur la durée d'une grève. En effet, comme l'indique Ross Dunsmore, traitant de la situation du gréviste à l'expiration du délai de six mois prévu par l'article 73:

(409) R. Ross Dunsmore, The Employer, The Employee and The Legal Strike, (1973) 1, Queen's Law Journal, page 23.

(...) This recommends to employees who are concerned about retaining their jobs that they should be prepared to support a union strike for only slightly less than six months. Then, they should give up on the union and apply for reinstatement. For unions, this section creates a bargaining deadline. The strike must be concluded before six months elapse or the union can expect to lose the support of the less militant members of its local. From a public interest point of view, six months may be too long a period of time to permit a strike to carry on. Surely, an effective union which can do something for its members will have concluded an agreement well before the six months limit. If it has not, the union is probably not worth supporting any further (410).

Il est vrai que le délai de six mois apparaît un peu long (411) mais il révèle l'intention de la législature ontarienne de tenir compte de l'intérêt public et de limiter dans le temps des conflits de travail qui, après l'écoulement d'un certain temps, n'ont plus de raison d'être.

(410) Id., page 24.

(411) Certains praticiens tels que Me Roy Heenan reconnus et comptant quelques décennies d'expérience recommandent un délai de trois mois plutôt que de six mois.

CHAPITRE 3 - FÉDÉRAL

SECTION 1 - CONTEXTE LÉGISLATIF

L'Équipe spécialisée en relations de travail mise sur pied par le premier ministre du Canada en 1966 et qui était présidée par le professeur Woods remit son rapport en 1968. (412) Ce dernier donna lieu à l'adoption en 1972 de la nouvelle Partie V du Code canadien du travail (413) lequel fut amendé par la suite en 1978 (414) et, enfin, en 1984. (415) Le nouveau Code était précédé, conformément aux recommandations de l'Équipe spécialisée, d'un préambule requérant, de la sorte,

(412) Les relations de travail au Canada, Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail, Bureau du Conseil Privé, Centre de publication du gouvernement canadien, Hull, 1969, H.D. Woods.

(413) 1972 S.C. c. 18.

(414) 1977-78 S.C. c. 27. Ces amendements augmentaient considérablement les pouvoirs remédiateurs du Conseil ainsi que sa capacité à gérer les conflits de travail. Voir Luc Martineau, La gestion des conflits de travail par le Conseil canadien des relations du travail, (1981), 36 Relations Industrielles 889.

(415) 1984 S.C. c. 39 et 40.

une application de la loi propre à favoriser de façon positive l'exercice du droit d'association et de la libre négociation collective. Ce préambule se lisait en partie comme suit:

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

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

4. Et Considérant que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends et qu'il estime que l'établissement de bonnes relations industrielles sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès;
(Les soulignés sont de nous)

En vertu de l'article 12 de la Loi d'interprétation fédérale (416) le préambule d'une loi en fait partie et sert

(416) 1970 R.S.C. c. I-23.

à en expliquer la portée et l'objet. L'inclusion de ce préambule dans le Code a fait l'objet de vifs débats en comité d'étude ("Standing Committee on Labour") et le ministre du Travail du temps a dû défendre avec vigueur le projet de loi de son gouvernement. Il convient de rapporter quelques passages des propos du ministre qui démontrent le sérieux de l'engagement du gouvernement et l'importance pour ce dernier de ne pas accoucher d'un code neutre sans orientation précise:

What does a preamble do? The preamble is here because it sets forth the faith of the government in the principles underlying this bill. (...) It stresses freedom of association and free collective bargaining as effective bases for industrial relations in Canada. (...)

What we say in this preamble is that freedom to associate and freedom to collective bargaining are the cornerstones of industrial relations in Canada. Some may argue that there is only 10 per cent of the labour force operating under federal jurisdiction and that only one-third of the total labour force is in fact unionized. It is not a question of numbers; it is a question of the principles involved.

We are not going to bring before this House of Commons an equivocal statement in respect of the central position of free collective bargaining and freedom of association in Canada. We are not going to put forth a fuzzy preamble. We are not going to give with one hand and take back with the other. (...)

May I refer the honourable members to the Woods task force on Canadian industrial relations. Recommendation No. 434 did make a case and concluded by recommending that the legislation contain a preamble

that would replace the neutral tone of the present statute with a positive commitment to the collective bargaining system. That in fact is what we are doing in this specific preamble (417).

En fait, sur les recommandations de l'Équipe spécialisée, le gouvernement ne faisait ni plus ni moins que d'accroître son engagement à protéger de façon positive, tel qu'il l'avait fait en 1944 lors de l'adoption de l'Arrêté-en-Conseil 1003, la liberté d'association, le droit de participer à des activités concertées et la pratique de la libre négociation collective. Or, justement, comme l'Équipe spécialisée le réaffirma, le droit de grève ainsi que le droit de lock-out est une composante nécessaire de la pratique de la libre négociation collective:

605. Accepter un régime de négociation collective, c'est implicitement reconnaître le droit de recours aux sanctions économiques.

L'Équipe spécialisée, après avoir insisté sur l'importance de l'exercice du droit de grève et sur la réglementation de ce dernier, traita aussi de la contrepartie à l'exercice de ce droit:

(417) Voir House of Commons Debates, 4th Session, 28th Parliament, June 27, 1972, p. 3579-80 cité dans James E. Dorsey, op.cit., n. 317, pages 21 et 22.

607. Comme nous l'avons indiqué ailleurs, pour l'employeur la sanction économique équivalent à la grève n'est que rarement le lock-out; c'est plutôt sa capacité de faire face à la grève. (...) Il est important de noter, toutefois, que la capacité d'un employeur d'encaisser une grève dépend pour une large part de sa possibilité de stocker des marchandises en prévision d'une grève et de son droit de faire appel à d'autres employés et à un personnel suppléant pour accomplir le travail normalement dévolu aux grévistes. Ce droit, joint au lock-out, constitue pour l'employeur l'équivalent du droit de grève des travailleurs; il nous semble que les choses sont comme elles doivent être.

Le Code canadien du travail qui en résulte reconnaissait, par conséquent, le droit de grève non pas de façon aussi explicite que le font les articles 7 et 13 du N.L.R.A. américain mais indirectement, comme nous l'avons vu précédemment (418), en réglementant son exercice (articles 155 et 180) et en édictant certaines dispositions tels les articles 107(2) protégeant le statut d'employés des grévistes, et les articles 110, 184(3)c) et 184(3)(a)(vi). Par ailleurs, fidèle aux recommandations de l'Équipe spécialisée, le Code ne prohibait pas l'embauche de substituts en période de grève par un employeur à titre de quid pro quo à l'exercice du droit de grève. Il ne contient pas, non plus, de dispositions anti-briseurs de grève bien que l'absence de telles dispositions ne résulte évidemment pas de quelque recommandation de l'Équipe spécialisée.

(418) Voir, supra, page 201 et suivantes.

C'est dans ce contexte que le Conseil canadien a rendu ses décisions dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited.

SECTION 2 - L'ÉTAT DU DROIT SOUS LE CODE CANADIEN DU TRAVAIL
SUITE AUX AFFAIRES EASTERN PROVINCIAL AIRWAYS
LIMITED

L'état du droit dans la juridiction fédérale suite aux décisions du Conseil et de la Cour d'appel fédérale dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited (419) peut s'énoncer de la façon ci-après exposée.

SOUS-SECTION 1 - PRINCIPES GÉNÉRAUX

Le Code canadien du travail, comme nous l'avons vu, ne contient pas de dispositions anti-scab comme il en existe dans le Code du travail du Québec ni même de dispositions anti-briseurs de grève professionnels comme en Ontario ou en Colombie-Britannique.

(419) Eastern Provincial Airways Ltd. et l'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes (No 1), (1983) 51 di 209 inf. par E.P.A. v. CLRB and CALPA, (1983) 50 N.R. 81 (C.A. Fed.) et Appleton et al v. E.P.A. et al, (1983) 50 N.R. 99 pour bris aux règles de justice naturelle. Renvoyé devant le Conseil pour une nouvelle audition: E.P.A. et l'ACALPA, (No 2), (1984) 54 di 172 inf. en partie par E.P.A. v. CLRB and CALPA, (1984) 65 N.R. 81 (C.A. Fed.)

En conséquence, le Conseil a reconnu que dès le début d'une grève, un employeur peut décider de tenter de maintenir ses opérations:

This is the very essence of that economic warfare which has been elevated in our collective bargaining system to the role of ultimate sanction for the failure to arrive peacefully and amicably at the signing of a collective agreement or its renewal. It might be shocking for the striking pilots but it is not forbidden under the provisions of the federal labour code (420).

A cette fin, l'employeur peut faire appel à son personnel de gérance en vue d'accomplir du travail dans l'unité sans contrevenir au Code. Sous réserve des droits conférés par l'article 184(3)c) aux employés, l'employeur peut avoir recours aux services des employés de l'unité qui ont décidé de traverser les lignes de piquetage et se présenter au travail durant la grève. Sous réserve, encore, des droits conférés par l'article 184(3)c), il peut également faire appel aux employés de ses autres établissements, qu'ils soient syndiqués ou non, pour remplacer les grévistes. L'employeur peut, enfin, embaucher de

(420) Eastern Provincial Airways Ltd. (No. 1), (1983) 51 di 209, page 227. Voir aussi, au même effet, Banque Royale du Canada (Jonquière et Kénoagami), (1980) 42 di 125.

nouveaux employés, des substituts, pour combler les postes laissés vacants par les grévistes (421).

Dans ce dernier cas, cependant, à moins que les opérations de l'employeur ne se soient accrues au cours de la grève, une question particulièrement épineuse concernant le droit tant des substituts que des grévistes à leurs emplois se soulèvera si le nombre total des postes dans l'entreprise au terme de l'arrêt de travail n'est pas suffisamment élevé pour permettre la réintégration des grévistes tout en maintenant en fonction les substituts embauchés en cours de grève.

A cet égard, la jurisprudence dans d'autres juridictions, tel qu'en Ontario, a déterminé que plus la durée d'une grève est longue et la main-d'oeuvre dont a besoin l'employeur difficile à recruter, plus ce dernier devient redevable envers ceux qu'il a embauchés durant l'arrêt de travail pour l'aider à maintenir ses opérations. Normalement, c'est à la table des négociations que l'intérêt croissant des substituts à conserver leurs postes à la fin de la grève doit être concilié avec l'intérêt des employés ayant participé à l'arrêt de travail à réintégrer leurs fonctions dès la fin du conflit en déplaçant les substituts (422). Cependant, si l'employeur a commis au

(421) Ibid.

(422) Voir l'affaire Fotomat Canada Ltd., (1981) 1 Can. LRBR 381, pages 409 et 410.

cours de la grève des pratiques déloyales qui ont eu pour effet d'éroder la force de négociation du syndicat, ce dernier peut ne plus être en mesure, lors de la négociation du protocole de retour au travail, d'obtenir la réintégration immédiate des grévistes. Dans un tel cas, la sécurité d'emploi des grévistes, qui est directement fonction de la force de négociation du syndicat, devient une question susceptible de faire l'objet de mesures remédiatrices par les conseils de relations de travail.

Ces principes sont conformes à la politique du Conseil canadien de ne pas s'immiscer dans le régime de la libre négociation collective privilégiée par le Parlement en autant qu'à l'occasion de ces négociations, les parties ne s'adonnent pas à la commission de pratiques déloyales de travail. Pour ce motif, le Conseil s'est inspiré des principes énoncés ci-dessus dans les deux affaires Eastern Provincial Airways Limited dans lesquelles il a conclu que l'employeur avait accordé aux substitués provenant de l'extérieur de l'unité, dès leur embauche, la permanence de leurs emplois en plus d'avoir commis diverses autres pratiques déloyales ayant eu pour effet d'affaiblir la force de négociation du syndicat.

Le Conseil décida ainsi, dans Eastern Provincial Airways (No. 1) (423) que le fait de conférer un statut per-

(423) Id., n. 419, page 242.

manent aux employés dès leur embauche et avant que certains événements prévus et régis par le Code se soient produits, constitue une pratique déloyale de travail qui fait perdre à l'employeur le droit de conserver ces substituts à son emploi au terme de l'arrêt de travail au détriment des grévistes. Ces événements jusqu'à l'arrivée desquels les substituts ne peuvent acquérir la permanence de leurs emplois ont été décrits comme suit:

Absent the existence of any unfair labour practice by an employer, absent bad faith bargaining on the part of each party, absent the yielding of the bargaining agent to economic pressure, even in the face of realistic concessions by an employer, present the elapsing of at least six months from the inception date of the strike, the temporary status of the replacement employees could very well turn into permanency and the strikers could lose their jobs and the union's bargaining rights could be revoked (424).

Nous élaborerons plus loin sur le sens de cet extrait (424a).

SOUS-SECTION 2 - SÉCURITÉ D'EMPLOI DES GRÉVISTES

Il convient d'examiner, avant d'aller plus loin, les trois éléments dont la combinaison assure la sécurité d'emploi

(424) Ibid.

(424a) Voir, infra, page 291 et suivantes.

des grévistes sous le Code canadien du travail. Le premier est l'article 107(2) qui préserve le statut d'employés des grévistes ou des employés en lock-out. Le second est l'article 184(3)(a)(vi) qui interdit à un employeur de prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi parce que cette personne a participé à une grève légale. Enfin, le troisième élément est la politique remédiate du Conseil lorsque la force de négociation d'un syndicat a été affaiblie par les pratiques déloyales commises par l'employeur de telle sorte qu'il n'est plus en mesure d'obtenir la réintégration immédiate des grévistes à la table des négociations.

PARAGRAPHE 1 - LA PROTECTION DU STATUT D'EMPLOYÉ DU GRÉVISTE:
ART. 107(2)

L'article 107(2), comme on le sait, maintient le statut d'employé du gréviste. L'article 184(3)(d), pour sa part, protège les droits à pension ou le droit à des prestations de pension d'un employé qui participe à une grève de sorte qu'il anticipe que ce dernier reviendra au travail. En outre, il n'existe aucune disposition dans le Code imposant une limite dans le temps à partir de laquelle le gréviste perdrait son droit de revenir au travail (425). Cependant, le Conseil ne s'en remet pas uniquement à l'article 107(2) pour assurer la

(425) Bell Canada, (1981) 42 di 298.

sécurité d'emploi des grévistes. Ainsi, dans Eastern Provincial Airways Limited (No. 2), le Conseil écrit:

If the Code only contained section 107(2) which is a standard provision in most jurisdictions, it would be open to argument that to retain "employee status" does not necessarily mean a guarantee of a job. But Parliament went much further than section 107(2) to protect the continued employment of those who exercised their rights under the Code. The construction of section 184(3)(a)(vi) could leave absolutely no room for doubt that employees cannot be deprived of any term or condition of employment whatsoever because of participation in a lawful strike. If an employee is so deprived, a reason other than the exercise of the right to strike must be present (426).

PARAGRAPHE 2 - LA PROHIBITION CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES RELATIVES A L'EMPLOI OU AUX CONDITIONS D'EMPLOI: ART. 184(3)(a)(vi)

L'embauche d'un substitut en cours de grève, c'est-à-dire d'un nouvel employé originant de l'extérieur de l'unité de négociation, implique la conclusion d'un contrat individuel de travail. S'il s'agit d'un contrat temporaire prenant fin au moment où se termine la grève, ou, en d'autres termes, s'il est assorti d'une condition résolutoire se réalisant lors de la fin du conflit, ce contrat ne contrevient pas au Code. Il en est

(426) Eastern Provincial Airways (No. 2), id., n. 419, pages 210 et 211.

ainsi parce que le Code canadien du travail, comme nous l'avons vu, ne contient pas de dispositions anti-scab ou prohibant l'embauche de briseurs de grève. Ceci ne signifie pas que les seuls substituts que puisse embaucher un employeur sont des briseurs de grève. Il existe, en effet, une distinction entre un substitut temporaire embauché pour la durée du conflit seulement ou un employé de l'unité qui décide de travailler pendant la grève, d'une part, et un briseur de grève professionnel, d'autre part. Ce dernier a été décrit comme suit aux États-Unis:

The use of professional strike breakers figured prominently in the pattern of strike breaking. There is a considerable difference between the professional strike breaker and the worker who merely refuses to strike. If a union calls a strike and some employees refuse to strike, their decision should be respected. Although these workers tend to break a strike, they certainly are not professional strike breakers. Individuals in this latter category, the La Follette Committee reported, had been supplied by the same agencies furnishing industrial spies. In many cases the professional strike breaker possessed a criminal record. Sam "Chowderhead" Cohen, a famous strike breaker, while commenting on his long criminal record, declared: "You see, in this line of work they never asked for no references". The job of the professional strike breaker was to smash picket lines, to give the appearance that the plant was operating, and to incite violence so that the public authorities would take action against the unionists. For example, the strike breaker might merely burn paper in a plant furnace so that the smoke of the chimney would give the appearance of plant production. The driving of empty trucks to and from the plant for the same purpose

might also be performed by the strike breaker. Actually, the professional strike breaker frequently was incapable of carrying out the production duties performed by the ordinary worker. Generally, the strike breaker would merely amuse himself in the plant to while away the time (427).

En outre, les législateurs font eux-mêmes la distinction entre le briseur de grève et un substitut temporaire puisqu'il existe des codes où ces deux notions existent côte-à-côte tel que dans le Code du Manitoba, comme nous l'avons vu, lequel prévoit des dispositions prohibant l'embauche de briseurs de grève et d'autres permettant l'embauche de substituts temporaires.

Par ailleurs, les contrats individuels de travail conclus par les substituts peuvent être à durée indéterminée demeurant en vigueur au-delà de la fin de la grève. Dans un tel cas, cependant, ils ne doivent pas se voir accorder dans leur contrat ou par le biais d'une clause contenue dans un protocole de retour au travail des conditions d'emploi qui équivalent à une garantie d'inamovibilité, c'est-à-dire une garantie de ne pas être déplacés par les grévistes au terme de l'arrêt de travail. Les substituts ne doivent pas non plus, en aucun temps, que les événements prévus et régis par le code énoncé plus haut

(427) Benjamin J. Taylor, Fred Witney, Labor Relations Law, 4e éd., New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1983, page 143.

se soient produits ou non, se voir accorder dans leurs contrats individuels de travail ou par le biais d'une clause contenue dans un protocole de retour au travail, des conditions de travail préférentielles par rapport à celles des grévistes (428).

Ainsi, dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited, les substituts avaient été embauchés en vertu de contrats individuels de travail à durée indéterminée s'étendant au-delà de la fin de la grève. L'employeur souligna le fait que ces contrats étaient identiques à ceux qui avaient été conclus à l'origine avec les employés de l'unité en grève et qu'ils ne contenaient pas de conditions de travail différentes ou plus avantageuses que celles offertes au syndicat à la table des négociations. Le Conseil décida néanmoins que ces contrats, lus en conjonction avec la clause 12 du protocole de retour au travail qu'avait soumis l'employeur contrevenait à l'article 184(3)(a)(vi) en discriminant contre les grévistes. La clause du protocole de retour au travail se lisait comme suit:

12.(i) It is agreed that when the strike ends, all pilots presently involved in the strike will be considered on layoff due to a sudden cessation of work caused by a work stoppage of employees. Pilots will not be entitled to days off as provided

(428) C'est ce qui résulte des commentaires du Conseil dans Eastern Provincial Airways Ltd. (No. 1), id., n. 419, page 240 et de ceux du juge Mahoney dans E.P.A. v. C.L.R.B. and CALPA, (1983) 50 N.R. 81, page 86 (C.A. Fed.).

for in article 9.03 of the collective agreement.

(ii) Pilots will be recalled to openings in accordance with their seniority. For these purposes, an opening is an available vacant position in a status according to operational requirements. However, it is understood that the problems of returning to normal operations and the requirements of retraining make it impractical to recall pilots in accordance with the provisions of the collective agreement for a temporary period. It is agreed, therefore, that pilots may be recalled out of seniority in accordance with operational requirements for a period of 60 days following the date of signing of this return to work agreement. Following that, and unless the parties mutually agree to extend the period, the provisions of article 7 of the collective agreement will apply for all further recalls.

(iii) It is agreed that no grievance shall be filed by CALPA or any pilot, as a result of the non-application of the collective agreement regarding recalls during the above-mentioned period. Furthermore, it is agreed and understood that the reactivation of the provisions of the collective agreement regarding seniority shall not affect the status and base location of any pilot, who was already on active flying duty, or who had commenced, or been scheduled to commence training on the date of the signing of this return to work agreement.

L'alinéa (i) de cette clause prévoyait, par conséquent, que les grévistes seraient considérés être en mise à pied; l'alinéa (ii) prévoyait que les grévistes en mise à pied ne seraient rappelés au travail qu'au fur et à mesure que leurs postes occupés par des substituts seraient libérés par ces der-

niers, et, enfin, l'alinéa (iii) prévoyait que les dispositions de la convention collective relatives à l'ancienneté n'affecteraient pas les droits des substituts.

Il résultait de l'alinéa (iii), selon le Conseil, que lors de la réintégration des grévistes, si par hasard ils étaient rappelés au travail, ces derniers verraient leurs droits d'ancienneté subordonnés aux droits des substituts de sorte qu'advenant des mises à pied subséquentes ils seraient les premiers affectés ainsi que les derniers rappelés au travail. Ceci contrevenait à l'article 184(3)(a)(vi) pour les motifs suivants:

The granting of a super-seniority status to these replacements discriminates against and penalizes those employees who participated in a legal strike and attempts to, and may succeed in, dissuading them from so participating in a right conferred upon them by the Code (429).

D'autre part, l'effet des alinéas (i) et (ii) du protocole de retour au travail était, selon le Conseil, de conférer aux substituts la permanence de leurs emplois ou, plus précisément, la garantie de ne pas être déplacés par les grévistes au terme de l'arrêt de travail. Le Conseil jugea que ceci discriminait contre les grévistes à l'encontre des prescriptions de

(429) Eastern Provincial Airways Ltd. (No. 1), id., n. 419, pages 240, 241.

l'article 184(3)(a)(vi). Le Conseil énonce comme suit le raisonnement au soutien de sa conclusion:

The right to participate in a legal strike is guaranteed by section 110(1) and 180(2) of the Code. These sections grant a statutory right to an employee to suspend his service in order to participate in an activity acknowledged and sanctioned by the Code. Once the strike is over, the employee having declared himself ready to perform work according to terms and conditions contained in the new collective agreement, it follows that if the employer refused to reinstate him for the reason that his position has been permanently filled, the withdrawal or suspension of his work or services does not depend any more upon the will of the employee, but upon that of the employer. Yet, that employer cannot refuse to accept the resuming of the services of this employee except for a reason which is not prohibited by the Code. Since the reason in the circumstances is that the services of the striking employee are not required any more because of the presence of a replacement employee filling his position, it therefore means that the reason of the refusal of the services of the striking employee is illegal, since it is caused by the granting of a permanent status to the replacement employee. The employer is penalizing the striker because he has exercised a right acknowledged and sanctioned by the Code as belonging to him: to participate in a legal strike.

If, at the end of the strike, the employer refuses to reinstate the striking pilots by reason of their positions having been filled permanently by replacements who were not in the bargaining unit represented by C.A.L.P.A., it is contravening section 184(3)(a)(vi) because it penalizes the strikers who have refused to cross the picket lines by discriminating against them as opposed to those employees who, in addition to the replacements from outside, decided to cross the picket lines, for the

sole reason that they exercised a right conferred upon them by the Code, under the provisions of section 184(3)(c) (430).

Il résulte par ailleurs de Eastern Provincial Airways Limited No. 2 qu'il ne suffit pas de placer tous les substituts au pied de la liste d'ancienneté si un nombre équivalent de grévistes dont l'ancienneté est plus grande que celle des substituts ne sont pas rappelés au travail à la fin du conflit. Dans un tel cas, les substituts ne jouiront pas d'une superancienneté par rapport aux employés de l'unité qui sont revenus au travail pendant la grève ou par rapport aux grévistes qui ont été réintégrés à la fin de la grève mais ils jouiraient d'une telle superancienneté par rapport aux grévistes qui ne sont pas rappelés au travail et qui sont considérés être en mise à pied (431).

PARAGRAHE 3 - LA POLITIQUE REMÉDIATRICE DU CONSEIL

Comme l'avait fait le Conseil de l'Ontario dans Fotomat Canada Ltd., le Conseil canadien a référé à la doctrine américaine de la conversion d'une grève économique en une grève dite de pratique déloyale en vue de façonner sa politique remédiate dans le genre de situation dont il était saisi. Comme nous l'avons vu à la Partie 2, selon cette doctrine une grève dite économique qui est prolongée ou aggravée par les pratiques

(430) Id., page 241.

(431) Eastern Provincial Airways Ltd. (No. 2), id., n. 419, pages 199 et 201.

déloyales commises par l'employeur durant la grève peut être convertie en une grève dite de pratique déloyale. Le cas échéant, les grévistes dont les postes ont été comblés par des substituts après la date de la conversion de la grève ont un droit absolu à la réintégration. L'employeur ne peut refuser de déplacer les substituts ou de s'en départir pour leur faire place.

S'inspirant de ces principes, le Conseil décida, semblablement au Conseil ontarien dans Fotomat Canada Ltd., qu'il ne lui était pas nécessaire d'adopter cette doctrine avec toutes les faiblesses qu'elle comporte mais que l'objet de cette dernière était pertinent quant à la manière dont il devait exercer ses pouvoirs remédiateurs en l'instance. Le Conseil s'inspira également de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Zambri au soutien d'un exercice de ses pouvoirs remédiateurs de façon semblable à celle suggérée par la doctrine américaine de la conversion de grève. Dans cette dernière, comme nous l'avons vu, après avoir traité des décisions dans Jeffrey-Dewitt Insulator et MacKay Radio, le juge Locke avait écrit:

When employers have endeavoured to come to an agreement with their employees and followed the procedures specified by the Labour Relations Act, they are at complete liberty if a strike then takes place to engage others to fill the places of the strikers. At the termination of the strike, employers are not obliged to continue to employ their former employees if they have no work for them to do, due to their positions being filled (432).
(Les soulignés sont de nous)

(432) Id., n. 381.

Le Conseil a interprété ce passage dans Eastern Provincial Airways Limited (No. 1) de la façon suivante:

If an employer has failed to negotiate in good faith, as provided in section 148(a) of the Canada Labour Code, or committed other unfair labour practices by which he failed to observe the prohibitions under that or other sections of the Code, he has not "... endeavoured to come to an agreement" or he has not "... followed the procedure specified by the Act." (...)

Therefore, what Locke J. was planting as seeds was that an employer guilty of such ill conduct before and during a strike could not claim any more and exercise that "complete liberty" referred to, to hire replacements without being obliged at the termination of the strike to displace them, lay them off or even fire them, in order to reinstate the strikers whose jobs had been filled (433).

(Les soulignés sont de nous)

Par conséquent, puisque l'employeur, dans l'affaire Eastern Provincial Airways, avait commis diverses pratiques déloyales qui avaient érodé la force de négociation du syndicat et qu'il avait accordé, dès leur embauche, des conditions de travail préférentielles aux substituts par rapport à celles des grévistes de la nature d'une garantie d'inamovibilité, le Conseil ordonna aux parties, dans la première décision, de "négocier de bonne foi un protocole de retour au travail qui ne devra pas inclure des conditions, quant à la réintégration des pilotes en grève dans leurs anciens postes ou dans un poste essentielle-

(433) Eastern Provincial Airways Ltd. (No. 1), id., n. 419, page 255.

ment équivalent, qui auraient pour conséquence de prévoir pour lesdits pilotes des conditions ou des occasions d'emploi ou de continuation d'emploi qui soient moins favorables que celles dont ils auraient bénéficié s'ils n'avaient pas participé à la grève". Le Conseil ordonna également à l'employeur de réintégrer les pilotes conformément audit protocole dans leurs postes ou des postes essentiellement équivalents s'ils en faisaient la demande, même si pour cela les substitutus devaient être mutés, mis à pied, rétrogradés ou congédiés.

Cette décision fut cassée par la Cour d'appel fédérale, comme nous l'avons déjà mentionné (434) pour bris aux règles de justice naturelle et le dossier renvoyé au Conseil. Dans la seconde décision rendue par ce dernier, il ordonna, semblablement aux ordonnances mentionnées ci-dessus, qu'aux fins du protocole de retour au travail que les parties devaient négocier, tous les postes des pilotes compris dans l'unité devaient être considérés comme étant vacants et le rappel au travail devait s'effectuer dans l'ordre d'ancienneté des grévistes.

Cette seconde décision fit, à nouveau, l'objet d'une demande de révision judiciaire. Cette fois-ci, la Cour décida que la clause 12 du protocole de retour au travail avait effectivement pour effet de discriminer entre les grévistes mais que le Conseil avait néanmoins erré en droit en omettant de détermi-

(434) Voir note 419.

ner les motifs pour lesquels l'employeur avait proposé une telle clause:

A prerequisite to a finding that section 184(3)(a)(vi) had been violated by E.P.A.'s insistence on clause 12 was a finding that E.P.A. insisted on it because the striking pilots had participated in the strike. The Board made no such finding. In my opinion, the Board erred in law in concluding, on the basis of the facts as it found them, that E.P.A.'s insistence on clause 12 violated section 148(a) and section 184(3)(a)(vi) of the Code (435).

La décision du Conseil fut néanmoins maintenue au motif que la supposée erreur du Conseil était une erreur commise à l'intérieur de la juridiction et, par conséquent, non révisable vu la clause privative de l'article 122 du Code.

L'opinion de l'Honorable juge Mahoney rapportée dans l'extrait ci-dessus est pour le moins énigmatique. Si ce dernier voulait dire que le Conseil devait décider que l'employeur était animé d'un sentiment anti-syndical avant de pouvoir conclure qu'en insistant sur la clause 12 il contrevenait à l'article 184(3)(a)(vi), son opinion serait mal fondée en droit. En effet, l'article 184(3)(a)(vi) est au même effet que l'article 8(a)(3) du N.L.R.A. et il a été décidé par la Cour suprême des

(435) E.P.A. v. CLRB and CALPA, (1984) 60 N.R. 81, page 86 (C.A. Fed.)

États-Unis dans l'affaire Great Dane Trailers (436), comme nous l'avons vu, que la preuve d'un animus anti-syndical ne constitue pas un élément essentiel d'une infraction à ce dernier si la conduite de l'employeur est intrinsèquement destructive des droits des employés. Or, comme nous l'avons vu lors de la critique du droit américain, l'embauche de substituts permanents est intrinsèquement destructive du droit de grève des employés. Le Conseil canadien, comme plusieurs autres conseils au pays, a adopté le test énoncé dans l'affaire Great Dane Trailers (437). Si l'Honorable juge voulait dire autre chose, on cherche en vain pour quel autre motif un employeur soumettrait une telle clause sinon qu'en raison du fait de la grève à laquelle ont participé les employés. Quoi qu'il en soit, la décision du Conseil ne fut pas cassée.

SOUS-SECTION 3 - LA SITUATION DES SUBSTITUTS

Comme nous l'avons vu plus haut, le Conseil a exprimé l'opinion "qu'en l'absence de quelque pratique déloyale par un employeur, en l'absence de négociations de mauvaise foi par les parties, en l'absence de concessions par le syndicat sous la pression économique, avec l'écoulement d'un délai de six mois

(436) Voir note 211.

(437) Voir note 215.

depuis le début de la grève, le statut temporaire des substituts pourrait fort bien se muter en statut permanent et les grévistes pourraient perdre leurs emplois et les droits de représentation du syndicat être révoqués". Bien que le Conseil n'ait pas, à ce jour, élaboré sur ce sujet on peut tirer de ses commentaires dans la première décision Eastern Provincial Airways Limited et du droit américain que nous avons étudié à la Partie 2 les conclusions suivantes.

Puisque le fait de conférer aux substituts, dès leur embauche, la permanence de leurs emplois contrevient, en soi, à l'article 184(3)(a)(vii), il s'ensuit que l'employeur ne peut embaucher que des substituts temporaires. En fait, l'employeur sous la juridiction fédérale est dans la même situation que celui régi par le Code manitobain. Il n'en résulte pas pour autant, tant sous la juridiction manitobaine que sous la juridiction fédérale, que les substituts ne pourront jamais acquérir la permanence de leurs emplois. En effet, comme nous l'avons vu lors de la critique du droit américain lorsque nous traitons des diverses situations susceptibles de se produire en cours ou au terme d'une grève, il existerait au moins deux situations où les substituts pourraient acquérir la permanence de leurs emplois.

La première est celle où en cours de grève ou au terme de celle-ci, l'employeur a non seulement réussi, à l'aide de substituts, à maintenir ses opérations mais, en outre, ces dernières se sont accrues. Par hypothèse, il y aurait, ici, au terme de la grève, vu l'accroissement des opérations de l'employeur, suffisamment de postes disponibles pour tous les gré-

vistes ainsi que pour un certain nombre de substituts sinon pour tous ces derniers. Les substituts acquerraient de la sorte la permanence de leurs emplois.

La deuxième situation est celle où suite à une longue grève au cours de laquelle l'employeur a maintenu le niveau normal de ses opérations en embauchant des substituts, un vote de représentation est éventuellement ordonné et le syndicat en place est désaccrédité. Sous le Code canadien, une telle demande en désaccréditation ne peut être présentée que par des employés et, si une grève est en cours, uniquement à l'expiration d'un délai de six mois depuis le début de la grève (438). Une telle demande soulèverait la question de savoir si les substituts peuvent participer au vote. A cet égard, le Conseil a déjà exprimé l'opinion qu'uniquement ceux qui faisaient partie de l'unité au début de la grève et qui ont conservé un intérêt dans leurs emplois pourraient participer à ce vote. Il reste, néanmoins, qu'il existe des situations où une telle demande pourrait être accueillie tel que la chose s'est produite dans l'affaire Arthur T. Ecclestone (439) où une majorité des employés de l'unité étaient retournés au travail pendant la grève.

(438) Art. 137(5) du Code canadien du travail.

(439) (1978) 26 di 615.

Même si le syndicat était désaccrédité et que la grève n'était jamais réglée par une convention collective et un protocole de retour au travail, l'employeur ne pourrait faire preuve de discrimination à l'endroit des grévistes restants et il serait tenu d'accéder à leur demande de réintégration. Sous la juridiction fédérale, ce résultat découle des articles 107(2), 184(3)(a)(vi) et le régime développé par le Conseil dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited. Sous le code manitobain, l'article 11.1 impose expressément cette obligation à l'employeur. Les grévistes restants étant, cependant, moins nombreux qu'au début de la grève - vu la durée de cette dernière, ils auraient trouvé un emploi chez un nouvel employeur ou seraient retournés au travail durant la grève - un certain nombre de substituts acquerraient de la sorte la permanence de leurs emplois.

Dans aucune situation, tant sous la juridiction fédérale que manitobaine, l'employeur ne peut, dès l'embauche des substituts, leur accorder la permanence de leurs emplois vu l'impact qu'une telle mesure a sur le droit des grévistes de participer à un arrêt de travail concerté. Seuls les événements ou le passage du temps parviendrait à confirmer les substituts dans leurs emplois.

SOUS-SECTION 4 - LA SITUATION DES EMPLOYÉS DE L'UNITÉ QUI ONT TRAVAILLÉ DURANT LA GRÈVE

Le Conseil a écrit dans Eastern Provincial Airways Limited (No. 1), qu'en période de grève, une fois la convention collective expirée et son extension juridique, par le biais de l'article 148(b) parvenue à terme, les employés de l'unité de

négociation peuvent décider, comme c'est leur droit, de traverser les lignes de piquetage et de se présenter au travail durant la grève. Le cas échéant, il s'établit entre le membre de l'unité se présentant à l'ouvrage et l'employeur une relation contractuelle de facto (440). L'employeur est alors libre de modifier les conditions de travail énoncées dans la convention collective expirée et l'employé qui décide de travailler est libre d'accepter ces conditions. Un employeur peut même, en vue d'inciter les membres de l'unité en grève à revenir au travail, offrir des conditions et avantages supérieurs à ceux prévus dans la convention collective expirée. Toutefois, à la fin de la grève, si l'employeur refuse d'uniformiser les termes et conditions de travail de ses employés avec celles prévues dans la nouvelle convention collective ou s'il tente d'imposer à l'occasion de la négociation du protocole de retour au travail une disposition garantissant ou protégeant les avantages acquis par les employés qui l'ont aidé à poursuivre ses activités durant la grève, il contrevient, entre autres, à l'article 184(3)(a)(vi). Une telle conduite discriminerait contre les autres membres de l'unité qui n'ont pas travaillé durant la grève et, ce, pour le seul motif qu'ils ont exercé leur droit garanti par le Code de participer à un arrêt de travail concerté (441).

(440) Voir Bell Canada Ltd. and Communications Union Canada, (1978) 17 L.A.C. 92d) 119, pages 129 et 130.

(441) Eastern Provincial Airways (No. 1), id., n. 419, page 240.

SECTION 3 - CRITIQUE

Le raisonnement du Conseil dans les affaires Eastern Provincial Airways Ltd. peut s'analyser en deux temps. D'une part, le Conseil n'a fait ni plus ni moins que de reprendre, sous l'égide de l'article 184(3)(a)(vi) l'interprétation de l'article 8(a)(3) du N.L.R.A. qu'avait suggérée le N.L.R.B. et que les critiques lui ont fait grief d'avoir abandonné devant la Cour suprême américaine dans MacKay Radio, à savoir:

It might be argued by these (...) operators that the granting of such a preference to the strike breakers was a discrimination in regard to tenure of employment of the type forbidden by Section 8, subdivision (3) of the Act and that therefore their claim under the Act to the jobs is greater than that of the strike breakers (442).

Ce raisonnement, à savoir qu'un employeur ne peut exiger à la fin d'une grève que ceux qui ont travaillé durant le conflit conservent des conditions de travail préférentielles par rapport à celles des grévistes est particulièrement évident dans la première décision du Conseil dans Eastern Provincial Airways Limited (No. 1) lorsqu'il traite de la situation des employés de l'unité qui ont traversé les lignes de piquetage et qui sont

(442) Id., n. 164.

revenus au travail durant la grève (443). Ce raisonnement vaut également, a fortiori, à l'égard des substituts embauchés en cours de grève et qui ne proviennent pas des rangs de l'unité en grève.

D'autre part, le Conseil n'a pas limité l'interprétation du Code en se préoccupant uniquement de la protection des droits individuels des employés comme le faisait encore le N.L.R.B. dans l'extrait ci-dessus. Au raisonnement énoncé dans cet extrait, le Conseil ajoute ses préoccupations concernant la protection des droits collectifs des employés. Ce fait découle clairement de l'analyse qu'il fait des trois alinéas de la clause 12 du protocole de retour au travail, où apparaît son intention d'assurer et de protéger l'intégrité du droit de participer à un arrêt de travail concerté.

En décidant que l'octroi aux substituts, dès l'embauche, de la permanence de leurs emplois constitue, en soi, une pratique déloyale de travail, le Conseil a tenu compte de l'impact négatif qu'une telle action a sur les droits individuels et collectifs conférés par la loi aux employés, de l'évolution de la législation du travail qui, depuis 1944, avait endossé positivement la pratique de la libre négociation collective et son corollaire le droit de grève, toutes deux réaffirmées par le Rapport Woods et le préambule du Code et, de la sorte, a fait

(443) Voir la sous-section 4 du présent chapitre.

écho aux critiques de la décision de la Cour suprême des États-Unis dans MacKay Radio. Ainsi mises en contexte, on s'étonne du remous que les décisions du Conseil ont provoqués.

La seule critique que l'on puisse faire de ces décisions concerne la portée que le Conseil a donné dans sa deuxième décision à l'article 107(2) qui, comme nous l'avons vu, était susceptible d'une interprétation plus large. Cependant, par l'interprétation qu'il a donnée à l'article 184(3)(a)(vi), il a donné effet au statut particulier des grévistes découlant de l'article 107(2) en leur donnant préséance sur les substituts.

En définitive, il résulte des décisions du Conseil un régime semblable à celui qui existe au Manitoba. Les grévistes ont un droit absolu à leurs emplois sans pour autant que les syndicats jouissent d'un avantage affectant l'équilibre recherché par le Code entre les parties. En effet, comme nous l'avons souligné lorsque nous traitons du régime manitobain, si les grévistes jouissent d'une garantie d'emploi, l'employeur, pour sa part, a le droit d'opérer en période de grève en ayant recours, entre autres, à des substituts temporaires qui pourront, selon les événements et le passage du temps, acquérir la permanence de leurs emplois.

CHAPITRE 4 - AUTRES JURIDICTIONS ANGLAISES

Comme nous l'avons mentionné en introduction à la présente étude, le Conseil canadien s'est fondé dans les deux décisions Eastern Provincial Airways Limited sur des dispositions que l'on retrouve dans tous les codes du travail des provinces anglaises. Il s'ensuit que dans les provinces où les codes du travail ne contiennent pas de dispositions spécifiques traitant du droit des grévistes à leurs emplois, les conseils de relations de travail chargés de l'application de ces derniers pourraient interpréter les dispositions pertinentes de ces codes d'une façon semblable à l'interprétation adoptée par le Conseil canadien des relations du travail dans les affaires précitées. Cependant, vu l'endossement judiciaire limité qu'ont reçu ces décisions, les probabilités sont à l'effet qu'ils préféreront accorder plus de poids à la protection des droits individuels des employés plutôt qu'à ceux de leurs droits collectifs. On serait alors en droit de se demander, comme l'ont fait tous les auteurs qui ont analysé et critiqué la décision de la Cour suprême des États-Unis dans MacKay Radio, si ces conseils ne négligeraient pas un aspect pourtant fondamental de leur mandat.

CONCLUSION

La Common Law anglaise tient depuis la fin du 18^e siècle que les coalitions ouvrières constituent des "illegal combinations in restraint of trade" et que leurs activités, telle la grève, sont issues de complots criminels et, partant, illégales. L'inadaptation de la Common Law aux phénomènes collectifs a, par conséquent, nécessité l'adoption de diverses lois par le Parlement anglais en vue de "légaliser" les syndicats ouvriers et les moyens de pressions économiques auxquels ils ont traditionnellement eu recours. A cette fin, la législation anglaise a procédé par voie d'immunités de nature à désengager la responsabilité civile et criminelle des syndicats, de leurs officiers et leurs membres et ainsi lever les obstacles dressés par les tribunaux à la pratique de la négociation collective et son corollaire, la grève.

La politique gouvernementale anglaise, cependant, n'eut jamais à passer à l'étape de la protection positive du droit d'association et du droit de grève en vue de favoriser la pratique de la négociation collective. Cette dernière émergea, en effet, des milieux patronaux et syndicaux dès 1860 sans qu'aucune loi ne vienne l'imposer:

By some sociological mutation, collective bargaining as a positive phenomenon came to life in England in the 1860s in the

hosiery mills of Nottingham. Mill owners and organized labour sought to minimize work stoppages through voluntary joint consultation and external assistance. The development was of considerable significance to the future of collective bargaining, not only in the United Kingdom but also in the United States and Canada, for it provided a preview of a number of different facets of modern collective bargaining.

First, the parties recognized that they had a community of interest, that the welfare of one party could be tied to the welfare of the other. This does not mean that labour committed itself to a system of private enterprise; nor did it surrender its claim to political activity to seek its destiny in legislative reform. (...) But the event in Nottingham demonstrated that the interests of the parties in conflict could be accommodated through collective bargaining.

Second, bargaining was voluntary; it was not dependent on the interposition of the state. This fact deeply affects other characteristics of the event. More particularly, it distinguishes British from American and Canadian developments. Over the next 75 years parliamentary action followed, not to impose a novel procedure on unwilling participants, but to encourage the use of the techniques of consultation, negotiation, conciliation and arbitration already in operation by the will of the parties. It was to assist the growth and extension of joint consultation in an industrial environment which already knew, at local and regional levels, of voluntary collective bargaining, voluntary conciliation, voluntary arbitration, and voluntary postponement of the use of the economic sanctions of the strike and the lockout. It meant, in sum, that legalism was subordinated to the de facto process of collective bargaining (444).

Aux États-Unis, comme nous l'avons vu, bien que les "Combination Act" de 1799 et 1800 ne faisaient pas partie de l'héritage juridique américain, les tribunaux ont néanmoins adopté la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières développée par les tribunaux anglais, nécessitant ainsi de la part du Congrès américain, semblablement à ce qui s'est produit en Angleterre, diverses lois à caractère libératrice ou ayant pour effet d'immuniser les syndicats ouvriers et leurs activités. Cette phase débuta, principalement, chez nos voisins du sud, en 1914 avec l'adoption du Sherman Act. La pratique volontaire de la négociation collective ne se développa jamais, cependant, au cours de cette période comme elle l'avait fait en Angleterre de sorte qu'en vue d'implanter cette dernière, le Congrès dut passer à la seconde étape, soit celle de la protection positive du droit d'association et du droit de grève, le premier étant essentiel en vue de contrebalancer la force de l'employeur et le second étant un moyen susceptible de favoriser la solution d'impasses à la table des négociations. Cette phase débuta, comme on le sait, en 1935 avec l'adoption du Wagner Act lequel incluait un préambule dans lequel le Congrès exprimait on ne peut plus clairement son engagement en faveur d'un régime de libre négociation collective dont on espérait, avec diverses autres mesures de l'époque du "New Deal", qu'il favorise la reprise de l'économie américaine.

Le Canada, pour sa part, hérita dès 1760 de la Common Law anglaise y inclus la doctrine du complot criminel en matière de relations ouvrières qui, comme nous l'avons vu, commença à faire surface dans la jurisprudence des tribunaux anglais avant même 1791. Pour cette raison, semblablement au Parlement anglais et au Congrès américain, la politique gouvernementale canadienne dut emprunter, en premier lieu, la voie de la législation à caractère libératrice en vue de "légaliser" les coalitions ouvrières et leurs activités. Cette période s'entend, au pays, de 1872 à 1944. La pratique de la négociation collective ne se développa plus, cependant, volontairement chez nous qu'elle l'avait fait aux États-Unis de sorte qu'en vue de l'implanter, le Parlement canadien, semblablement au Congrès américain, dut passer à la seconde étape par l'adoption de l'Arrêté-en-Conseil 1003 en 1944 dont les caractéristiques essentielles ont été reprises et maintenues par la suite dans la loi fédérale de 1948 et dans les lois provinciales d'après-guerre jusqu'à nos jours. Récemment, encore, le Parlement fédéral réaffirmait son soutien en faveur d'un régime de libre négociation collective en incluant un préambule dans le Code canadien du travail imprimant ainsi une orientation certaine au mandat confié au Conseil canadien des relations du travail.

C'est à cette évolution législative et à cette politique gouvernementale pourtant bien définies que la Cour suprême des États-Unis dans MacKay Radio et la Cour suprême du Canada

dans Zambri ont été insensibles. En consacrant le droit de l'employeur d'embaucher des substituts permanents en période de grève et celui de ne pas reprendre à son emploi les grévistes dont les postes ont été ainsi comblés, ces Cours, pour reprendre l'expression du juge Rand, "reduced the validity of a strike to mockery" et ont de la sorte nécessairement porté atteinte à l'institution de la libre négociation collective que cherchaient à favoriser les lois en vertu desquelles elles ont rendu lesdites décisions. La doctrine énoncée dans MacKay Radio et reprise dans Zambri est susceptible, comme nous l'avons vu, de dissuader les employés d'exercer leur droit de grève ainsi que leur syndicat d'exercer le seul moyen de pression dont il dispose. Cette doctrine peut également avoir pour effet de miner le statut de l'agent négociateur mettant ainsi en péril l'avenir même de la relation entre ce dernier et l'employeur.

La situation inverse, soit celle prévue par les dispositions du Code du travail du Québec, prohibant l'embauche de tout substitut, permanent ou temporaire, et restreignant sévèrement la capacité de l'employeur de maintenir ses opérations en période de grève apparaît aller à l'autre extrême et être aussi incompatible, comme l'a expliqué le professeur Weiler, avec un régime de libre négociation collective que les principes énoncés dans les décisions ci-dessus. Le régime québécois a pour effet d'imposer à l'employeur seul le fardeau des pertes économiques résultant de toute grève et de soustraire le syndicat et ses

membres à l'influence et aux pressions des lois du marché et de la concurrence altérant ainsi leur capacité à jauger le réalisme de leurs demandes.

Le juste milieu entre ces deux régimes apparaît être celui qui existe à l'heure actuelle au Manitoba et auquel est parvenu le Conseil canadien des relations du travail dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited en interprétant les dispositions du Code canadien de façon à assurer non seulement la protection des droits individuels des employés mais également celle de leurs droits collectifs. Ces régimes, comme nous l'avons vu, permettent à l'employeur d'opérer en période de grève répondant ainsi à une préoccupation d'intérêt public selon laquelle les législateurs ont voulu que le droit de grève soit utilisé en vue d'imposer un préjudice économique à l'employeur mais non en vue de lui causer un préjudice à ce point sérieux qu'il entraîne la fermeture de l'entreprise. Or c'est ce qui serait susceptible de se produire si l'employeur ne pouvait opérer en période de grève et si cette dernière devait s'éterniser.

Cependant, si l'employeur est autorisé à continuer ses opérations et, à cette fin, embaucher des substituts, il ne peut, au Manitoba, vu les termes de l'article 10.1, embaucher des substituts permanents alors que sous la juridiction fédérale, il ne peut leur accorder la permanence de leurs emplois

dès l'embauche. Ces deux régimes visent par conséquent à éviter qu'une telle pratique ne jette un froid sur l'exercice par les employés de leur droit de grève ou les dissuade de participer à une telle activité. Sous les deux régimes, par ailleurs, les substituts embauchés en cours de grève pourront, selon les événements et avec le passage du temps acquérir la permanence de leurs emplois. Sous les deux régimes, également, si une grève s'éternise inutilement, le syndicat pourra payer le prix de ses erreurs par la perte de ses droits de représentation mais les conséquences d'une telle défaite ne se répercuteront pas sur les grévistes qui conservent un droit absolu à la réintégration.

Les deux régimes, par conséquent, visent à permettre à l'employeur de minimiser ses pertes et de protéger sa part du marché en contrebalançant ce droit par l'assurance aux grévistes qu'ils réintégreront leurs emplois au terme du conflit. Durant toute la durée de ce dernier, d'autre part, les parties demeurent sujettes à l'influence et aux lois du marché et de la concurrence favorisant ainsi la conclusion d'une convention collective dont le coût, eu égard à l'état du marché, sera réaliste.

Dans ces conditions, cependant, les parties étant, par analogie, dans la situation du vendeur qui n'est pas pressé de vendre et de l'acheteur qui n'est pas pressé d'acheter, elles sont susceptibles d'effectuer des concessions et de régler leur contentieux moins rapidement que si l'employeur ne pouvait main-

tenir ses opérations et que si les employés ne pouvaient travailler ailleurs avec l'assurance de réintégrer leurs fonctions antérieures. Ces régimes sont susceptibles, par conséquent, de favoriser la prolongation des grèves ou des lock-out et, pour ce motif, la période de six mois prévue par la loi ontarienne à l'expiration de laquelle les grévistes perdent leur droit absolu à la réintégration apparaît bien avisée.

A cet égard, il suffirait, dans la loi manitobaine, d'un amendement à cet effet aux articles 11 ou 11.1. Dans la juridiction fédérale, en vue d'éviter que le régime développé dans les arrêts Eastern Provincial Airways Limited ne soit remis en question à l'occasion de la révision judiciaire des décisions du Conseil et, en vue de limiter dans le temps la période au cours de laquelle les grévistes conservent un droit absolu à la réintégration, il faudrait:

soit

simplement amender l'article 107(2) de façon à ce que ce dernier stipule que le remplacement d'un gréviste par un substitut permanent au cours des six premiers mois d'une grève est censé équivaloir à son congédiement en violation de la Partie V du Code ce qui donnerait ouverture à un recours en vertu de l'article 184(3)(a)(vi) dudit Code;

soit

amender le Code en y ajoutant des dispositions analogues aux articles 10.1, 11 et 11.1 de la loi manitobaine en précisant que ces derniers sont applicables au cours des six premiers mois d'une grève.

soit

amender le Code en y ajoutant une disposition analogue à celle que l'on retrouve à l'article 73 de la loi ontarienne.

En conclusion, même en l'absence d'une limite de six mois ou autre dans le temps à l'expiration de laquelle les grévistes perdent leur droit absolu à la réintégration, le régime prévu par les articles 10.1, 11 et 11.1 du Code du Manitoba et celui découlant des décisions du Conseil canadien des relations du travail dans les affaires Eastern Provincial Airways Limited apparaissent beaucoup plus compatibles avec un régime de libre négociation collective que ne l'est celui prévu par les articles 109.1 et 110.1 du Code du travail du Québec. Il en est également de même, a fortiori, du régime prévu par l'article 73 du Code de l'Ontario.

ANNEXE

SHERMAN ANTI-TRUST ACT

[Section 1.] *Be it enacted, etc.*, That every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. [26 Stat. 209, as amended by 88 Stat. 1708 and P. L. 94-145, 15 U. S. Code, Section 1.]

CLAYTON ANTI-TRUST ACT

Sec. 6. That the labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations, from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the anti-trust laws. [38 Stat. 731, 15 U. S. Code, Sec. 17.]

Sec. 20. That no restraining order or injunction shall be granted by any court of the United States, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property, or to a property right, of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney.

And no such restraining order or injunction shall prohibit any person or persons, whether singly or in concert, from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor, or from recommending, advising or persuading others by peaceful means so to do; or from attending at any place where any such person or persons may lawfully be, for the purpose of peacefully obtaining or communicating information, or from peacefully persuading any person to work or to abstain from working; or from ceasing to patronize or to employ any party to such dispute, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful and lawful means so to do; or from paying or giving to, or withholding from, any person engaged in such dispute, any strike benefits or other moneys or things of value; or from peaceably assembling in a lawful manner, and for lawful purposes; or from doing any act or thing which might lawfully be done in the absence of such dispute by any party thereto; nor shall any of the acts specified in this paragraph be considered or held to be violations of any law of the United States. [38 Stat. 738, 29 U. S. Code, Sec. 52.]

N.L.R.A. (WAGNER ACT)

Section 1. The denial by some employers of the right of employees to organize and the refusal by some employers to accept the procedure of collective bargaining lead to strikes and other forms of industrial strife or unrest, which have the intent or the necessary effect of burdening or obstructing commerce by (a) impairing the efficiency, safety, or operation of the instrumentalities of commerce; (b) occurring in the current of commerce; (c) materially affecting, restraining, or controlling the flow of raw materials or manufactured or processed goods from or into the channels of commerce, or the prices of such materials or goods in commerce; or (d) causing diminution of employment and wages in such volume as substantially to impair or disrupt the market for goods flowing from or into the channels of commerce.

The inequality of bargaining power between employees who do not possess full freedom of association or actual liberty of contract, and employers who are organized in the corporate or other forms of ownership association substantially burdens and affects the flow of commerce, and tends to aggravate recurrent business depressions by depressing wage rates and the purchasing power of wage earners in industry and by preventing the stabilization of competitive wage rates and working conditions within and between industries.

Experience has proved that protection by law of the right of employees to organize and bargain collectively safeguards commerce from injury, impairment, or interruption, and promotes the flow of commerce by removing certain recognized sources of industrial strife and unrest, by encouraging practices fundamental to the friendly adjustment of industrial disputes arising out of differences as to wages, hours, or other working conditions, and by restoring equality of bargaining power between employers and employees.

Experience has further demonstrated that certain practices by some labor organizations, their officers, and members have the intent or the necessary effect of burdening or obstructing commerce by preventing the free flow of goods in such commerce through strikes and other forms of industrial unrest or through concerted activities which impair the interest of the public in the free flow of such commerce. The elimination of such practices is a necessary condition to the assurance of the rights herein guaranteed.

It is hereby declared to be the policy of the United States to eliminate the causes of certain substantial obstructions to the free flow of commerce and to mitigate and eliminate these obstructions when they have occurred by encouraging the practice and procedure of collective bargaining and by protecting the exercise by workers of full freedom of association, self-organization, and designation of representatives of their own choosing, for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment or other mutual aid or protection.

Sec. 2. When used in this Act—

(3) The term "employee" shall include any employee, and shall not be limited to the employees of a particular employer, unless the Act explicitly states otherwise, and shall include any individual whose work has ceased as a consequence of, or in connection with, any current labor dispute or because of any unfair labor practice, and who has not obtained any other regular and substantially equivalent employment, but shall not include any individual employed as an agricultural laborer, or in the domestic service of any family or person at his home, or any individual employed by his parent or spouse, or any individual having the status of an independent contractor, or any individual employed as a supervisor, or any individual employed by an employer subject to the Railway Labor Act, as amended from time to time, or by any other person who is not an employer as herein defined.

Sec. 7. Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3).

Sec. 8. (a) It shall be an unfair labor practice for an employer—

(1) to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7;

(3) by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: *Provided*, That nothing in this Act, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in section 8(a) of this Act as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, whichever is the later, (i) if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 9(a), in the appropriate collective-bargaining unit covered by such agreement when made, and (ii) unless following an election held as provided in section 9(e) within one year preceding the effective date of such agreement, the Board shall have certified that at least a majority of the employees eligible to vote in such election have voted to rescind the authority of such labor organization to make such an agreement: *Provided further*, That no employer shall justify any discrimination against an employee for non-membership in a labor organization (A) if he has reasonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (B) if he has reasonable grounds for believing that membership was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership;

(5) to refuse to bargain collectively with the representatives of his employees, subject to the provisions of section 9(a).

10. (c) The testimony taken by such member, agent, or agency or the Board shall be reduced to writing and filed with the Board. Thereafter, in its discretion, the Board upon notice may take further testimony or hear argument. If upon the preponderance of the testimony taken the Board shall be of the opinion that any person named in the complaint has engaged in or is engaging in any such unfair labor practice, then the Board shall state its findings of fact and shall issue and cause to be served on such person an order requiring such person to cease and desist from such unfair labor practice, and to take such affirmative action including reinstatement of employees with or without back pay, as will effectuate the policies of this Act: *Provided*, That where an order directs reinstatement of an employee, back pay may be required of the employer or labor organization, as the case may be, responsible for the discrimination suffered by him: *And provided further*, That in determining whether a complaint shall issue alleging a violation of section 8(a)(1) or section 8(a)(2), and in deciding such cases, the same regulations and rules of decision shall apply irrespective of whether or not the labor organization affected is affiliated with a labor organization national or international in scope. Such order may further require such person to make reports from time to time showing the extent to which it has complied with the order. If upon the preponderance of the testimony taken the Board shall not be of the opinion that the person named in the complaint has engaged in or is engaging in any such unfair labor practice, then the Board shall state its findings of fact and shall issue an order dismissing the said complaint. No order of the Board shall require the reinstatement of any individual as an employee who has been suspended or discharged, or the payment to him of any back pay, if such individual was suspended or discharged for cause. In case the evidence is presented before a member of the Board, or before an examiner or examiners thereof, such member, or such examiner or examiners, as the case may be, shall issue and cause to be served on the parties to the proceeding a proposed report, together with a recommended order, which shall be filed with the Board, and if no exceptions are filed within twenty days after service thereof upon such parties, or within such further period as the Board may authorize, such recommended order shall become the order of the Board and become effective as therein prescribed.

Sec. 13. Nothing in this Act, except as specifically provided for herein, shall be construed so as either to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike, or to affect the limitations or qualifications on that right.

B I B L I O G R A P H I E

LES OUVRAGES

- ADAMS, George W., Canadian Labour Law, Ontario, Canada Law Book Inc., 1985, 983 p.
- ANDERMAN, Steven D., The Law Of Unfair Dismissal, 2e ed., Londres, Butterworths, 1985, 500 p.
- ARTHURS, H.W., CARTER, D.D., GLASBEEK, H.J., Labour Law And Industrial Relations In Canada, 2e ed., Toronto, Butterworths, 1984, 316 p.
- ATYIAH, P.S., The Rise And Fall Of Freedom Of Contract, Oxford, Clarendon Press, 1979, 417 p.
- BEAULIEU, Marie-Louis, Les conflits de droit dans les rapports collectifs de travail, Québec, Les Presses Universitaires Laval, 1955, page 540 p.
- CARROTHERS, A.W.R., Collective Bargaining Law In Canada, 2e ed., Toronto, Butterworths, 1986, 785 p.
- CHRISTIE, Innes, The Liability Of Strikers In The Law Of Tort, A Comparative Study Of The Law In England and Canada, Queen's University, Industrial Relations Center, Research Series No. 5, 1967, 197 p.
- DAVIES, Paul et FRIEDLAND, Mark, Labour Law, Text And Materials, 2nd ed., Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984, 964 p.
- DORSEY, James, E., Canada Labour Relations Board Federal Law and Practice, Toronto, Carswell Company Limited, 1983, 454 p.
- FOISY, C., LAVERY, D., MARTINEAU, L., Canada Labour Relations Board Policies And Procedures, Toronto, Butterworths, 1986, 553 p.
- GORMAN, Robert, A., Basic Text On Labor Law, Unionization And Collective Bargaining, St.-Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1976, 552 p.
- KHEEL, Theodore, Labor Law, t. 1 et 7, New York, Matthew-Bender and Company Inc., 1972.
- McDOWELL, D.J., HUHN, K.C., N.L.R.B. Remedies For Unfair Labor Practices, Philadelphia, Pennsylvania, Labor Relations and Public Policy Series, Report No. 12, The Wharton School, 1975, 216 p.

- MORRIS, Charles J., The Developing Labor Law, 2e ed., Washington, D.C., The Bureau of National Affairs, B.N.A. Books, 1983, 2033 p.
- PERRY, C., KRAMER, A., SCHNEIDER, T., Operating During Strikes, N.L.R.B. Policies and Governmental Regulation 63-66, Industrial Relations Unit, The Wharton School, Philadelphia, University of Pennsylvania, Labor Relations and Public Policy Series No. 23, 1982.
- PIETRI, Luce, VINARD, Marc, Le monde et son histoire, La fin du Moyen Age et les débuts du monde moderne, du XIIIe siècle au XVIIe siècle, Paris, Ed. Robert Lafont, 1976, 1006 p.
- SACK, Jeffrey, et MITCHELL, Michael, Ontario Labour Relations Board Law and Practice, Toronto, Butterworths, 1985, 700 p.
- SELEKMAN, Ben, H., Postponing Strikes, New York, Russel Sage Foundation, 1927, 310 p.
- STEWART, Bryce M., Canadian Labour Laws And The Treaty, New York, Columbia University Press, 1926.
- SYKES, Edward, Strike Law In Australia, Australie, The Law Book Co. of Australia PTY Ltd., 1960.
- TAYLOR, Benjamin J. et WITNEY, Fred, Labor Relations Law, 4e ed., New Jersey, Prentice-Hall, 1983, 914 p.
- WOODS, H.D., Labour Policy In Canada, 2e ed., Toronto, MacMillan of Canada, 1973, 377 p.
- WILLES, J.A., The Ontario Labour Court 1943-44, Queen's University at Kingston, Industrial Relations Centre, Research and Current Issues Series No. 37, 1979, 255 p.

LES ARTICLES

- ALTERMAN, John, Unfair Labor Practices In A Strike Context: From Balancing Competing Interests To Justifying Business Conduct, (1969), 23 University of Miami Law Review, 747.
- ARTHURS, H.W., Developing Industrial Citizenship, A Challenge For Canada's Second Century, (1967) Revue du Barreau canadien 790.
- BOUDIN, Léonard, The Right Of Strikers, (1940-41) 35 Illinois Law Review of Northwestern University, 817.
- BOWERS, John, Industrial Action And The Individual Contract Of Employment, (1986) New Law Journal, 65.
- COX, Archibald, The Duty To Bargain In Good Faith, (1958) 71 Harvard Law Review, 1401.
- D'AOUST, Claude, et DELORME, François, The Origins Of The Freedom Of Association And Of The Right To Strike In Canada, (1981), 36 Relations industrielles, 894.
- DUNSMORE, Ross, R., The Employer, The Employee And The Legal Strike, (1973) 1 Queen's Law Journal 3.
- ESTREICHER, Samuel, Strikers And Replacements, (1987) C.C.H. Labor Law Journal, 287.
- FINKIN, M., The Truncation Of Laidlaw Rights By Collective Agreement, (1979) 3 Industrial Relations Law Journal, 591.
- FOSTER, Ken, Strikes And Employment Contracts, (1971) Modern Law Review, 275.
- GETMAN, Julius G., The Protection Of Economic Pressure By Section 7 Of The National Labor Relations Act, (1967) 115 University of Pennsylvania Law Review, 1195.
- HEPPLE, B.A., Great Britain, dans Blanpain, R., International Encyclopedia For Labour Law And Industrial Relations, Kluwer, The Netherlands, Vol. 5, 1980.
- HIRSCH, Peter W., Laidlaw - The MacKay Legacy, (1970) 4 University of Georgia Law Review, 808.
- MARTIN, Boe W., The Rights of Economic Strikers To Reinstatements: A Search For Certainty, (1970) Wisconsin Law Review, 1062.

- MARTINEAU, Luc, La gestion des conflits de travail par le Conseil canadien des relations du travail, (1981) 36 Relations industrielles 889.
- NOTE, Replaced Economic Strikers Who Apply For Reinstatement Remain Employees And Are Entitled To Reinstatement Where Positions Become Available, (1968-69) 67 University of Michigan Law Review, 1629.
- NOTE, Replacement Of Workers During Strikes, (1965-66) 75 Yale Law Journal, 630.
- NOTE, The Status Of Workmen Out On Strike, (1938) 24 University of Virginia Law Review, 661.
- ROBINSON, Michael J., Canadian Pacific Railway Company v. Zambri: How Long Does A Striker Remain An Employee And What Is The Nature Of The Employer - Striking Employee Relationship?, (1964) 22 University of Toronto Faculty of Law Review, 171.
- SCHATZKI, George, Some Observations And Suggestions Concerning A Misnomer - Protected Concerted Activities, (1969) 47 University of Texas Law Review, 378.
- STEWART, Frank H., Conversion Of Strikes: Economic To Unfair Labor Practice I, (1959) 45 University of Virginia Law Review, 1322.
- STEWART, Frank H., Conversion Of Strikes: Economic To Unfair Labor Practice II, (1963) 49 University of Virginia Law Review, 1297.
- WEILER, Paul, Promises To Keep: Securing Workers' Rights To Self-Organization Under The N.L.R.A.

LES RAPPORTS

RAND, Yvan C. Hon., Report Of The Royal Commission Inquiry Into Labour Disputes, Ontario, Queen's Printer, August 1968, 263 p.

WOODS, H.D., Les relations de travail au Canada, Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail, Bureau du Conseil Privé, Centre de publication du gouvernement canadien, Hull, 1969, 250 p.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 - LE DROIT ANGLAIS	15
Titre 1 - Protection statutaire du droit de participer à des activités concertés	16
Chapitre 1 - Du quatorzième siècle aux "Combination Act" de 1799, 1800 et 1825	16
Chapitre 2 - La doctrine du complot criminel	25
Chapitre 3 - De 1825 à 1872	31
Chapitre 4 - De 1872 à 1906	39
Titre 2 - Protection du statut d'employé du gréviste	43
PARTIE 2 - LE DROIT AMÉRICAIN	48
Titre 1 - Protection statutaire du droit de participer à des activités concertées	49
Chapitre 1 - Du dix-huitième siècle à 1935: phase libératrice	49
Chapitre 2 - Le Wagner Act de 1935: phase positive	55
Titre 2 - Protection du statut d'employé du gréviste	57
Titre 3 - Distinction entre les types de grèves protégées par la loi	63
Chapitre 1 - La grève dite de pratique déloyale ..	63
Chapitre 2 - La grève à caractère économique	67
Chapitre 3 - Conversion de la grève	68

	<u>Page</u>
Titre 4 - Le droit absolu des grévistes dits de pratique déloyale à leurs emplois	70
Titre 5 - Le droit relatif des grévistes économi- ques à leurs emplois	75
Chapitre 1 - L'affaire MacKay Radio	76
Chapitre 2 - Interprétation limitative de la loi .	86
Chapitre 3 - Grille d'analyse dégagée de l'af- faire MacKay Radio	90
Titre 6 - Le droit absolu de rappel au travail des grévistes économiques	94
Chapitre 1 - Période de 1938 à 1952: interpré- tation libérale de l'art. 2(3)	94
Section 1 - Effet continu de la demande de réintégration originelle	94
Section 2 - Sommaire de cette période	106
Chapitre 2 - Période de 1952 à 1961: interpré- tation restrictive de l'art. 2(3) ...	109
Section 1 - Effet statique de la demande de réintégration originelle	109
Section 2 - Sommaire de cette période	116
Chapitre 3 - Période de 1961 à nos jours: inter- prétation libérale de l'art. 2(3) ...	118
Section 1 - Le mobile de l'employeur sous l'art. 8(a)3	119
Section 2 - Effet continu de la demande de réintégration originelle	128
Section 3 - Aménagement des obligations de l'employeur	139
Section 4 - Sommaire de cette période	144
Titre 7 - Critique droit droit américain	146
Chapitre 1 - Généralités	147

	<u>Page</u>
Chapitre 2 - Interprétation limitative des droits conférés par l'article 7 et conception curative des pouvoirs remédiateurs du N.L.R.B.	149
Section 1 - Le droit de l'employeur de continuer ses opérations en période de grève	154
Section 2 - Le droit d'embaucher des substituts permanents	158
Chapitre 3 - Interprétation limitative de l'article 2(3)	169
 PARTIE 3 - LE DROIT CANADIEN	 178
Titre 1 - Protection statutaire du droit de participer à des activités concertées	178
Chapitre 1 - De 1872 à 1937: phase libératrice ..	178
Chapitre 2 - De 1937 à nos jours: phase positive	201
Titre 2 - Protection du statut d'employé du gréviste	215
Titre 3 - Le droit relatif des grévistes à leurs emplois: régime de droit commun dans les provinces anglaises	221
Chapitre 1 - L'affaire Zambri	221
Chapitre 2 - Critique	235
Section 1 - Interprétation limitative des droits conférés par la loi	235
Section 2 - Interprétation limitative de l'art. 1(2)	237
Titre 4 - Le droit absolu des grévistes à leurs emplois: régimes d'exception	242
Chapitre 1 - Ontario	242
Section 1 - Les réactions à la décision de la Cour dans l'affaire Zambri	242

	<u>Page</u>
Section 2 - L'article 73 du Labour Relations Act	246
Chapitre 2 - Manitoba	257
Chapitre 3 - Fédéral	268
Section 1 - Contexte législatif	268
Section 2 - L'état du droit sous le Code canadien du travail suite aux affaires Eastern Provincial Airways Limited .	273
Sous-section 1 - Principes généraux	273
Sous-section 2 - Sécurité d'emploi des grévistes	277
Paragraphe 1 - La protection du statut d'employé du gréviste: art. 107(2)	278
Paragraphe 2 - La prohibition contre les mesures discriminatoires relatives à l'emploi: art. 184(3)(a)(vi)	279
Paragraphe 3 - La politique remédiateurice du Conseil	286
Sous-section 3 - La situation des substitués .	291
Sous-section 4 - La situation des employés de l'unité qui ont travaillé durant la grève	294
Section 3 - Critique	296
Chapitre 4 - Autres juridictions anglaises	299
CONCLUSION	300
ANNEXE	309
BIBLIOGRAPHIE	316
TABLE DES MATIÈRES	322