

Liberté d'expression et droit au travail: l'arbitrage de la Cour suprême du Canada

Fernand Morin

Volume 44, numéro 4, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/050542ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/050542ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Résumé de l'article

Liberté d'expression et droit au travail : l'arbitrage de la Cour suprême du Canada

Éditeur(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (imprimé)

1703-8138 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, F. (1989). Liberté d'expression et droit au travail: l'arbitrage de la Cour suprême du Canada. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 44(4), 921–932. <https://doi.org/10.7202/050542ar>

Liberté d'expression et droit au travail l'arbitrage de la Cour suprême du Canada

Fernand Morin

Le 4 mai 1989, la Cour suprême du Canada précisait le pouvoir de réparation de l'arbitre de griefs suite à un congédiement imposé par un employeur¹. Cet arrêt comporte un double intérêt: la reconnaissance que la réparation par équivalence ou en espèces ne peut toujours suffire et la nécessité de contenir l'exercice des libertés garanties à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour mieux saisir l'importance des questions traitées, nous présentons d'abord un résumé de cet arrêt *Slaight* à l'aide d'extraits choisis ce qui devrait aussi faciliter la présentation de nos commentaires.

DE LA SENTENCE ARBITRALE À LA DÉCISION TERMINALE

Suite au congédiement de M. Davidson, vendeur de temps d'antenne, un arbitre fut nommé d'autorité par le ministre du Travail (fédéral). Constatant qu'aucun motif valable ne pouvait justifier cette rupture unilatérale du lien d'emploi, l'arbitre ordonna à l'employeur de verser une indemnité compensatoire pour la perte injustifiée de revenus et de remettre à M. Davidson une lettre de recommandation dont le contenu exclusif lui était dicté puis, de s'en tenir strictement à l'envoi de cette même lettre pour toute demande de renseignements de la part de tout éventuel employeur:

- (1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;
- (2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 \$ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;
- (3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 \$ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

* MORIN, F., professeur titulaire, département des relations industrielles, Université Laval.

¹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Les notes du groupe majoritaire furent écrites par le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Lamer produisirent respectivement des notes dissidentes.

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 \$ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à la dite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée (p. 1047).

Cette double ordonnance se fondait, selon l'arbitre, sur l'alinéa c) du paragraphe (9) de l'article 61.5 du *Code canadien du travail*:

(c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier².

La Cour d'appel fédérale refusa l'appel de l'employeur³ et la question soumise à la Cour suprême du Canada était de savoir:

[...] si l'al. c) du par. 61.5 (9) du *Code canadien du travail* autorise l'arbitre à enjoindre à l'employeur de donner à l'employé une lettre de recommandation à contenu spécifié et à ordonner à l'employeur de ne pas tenir d'autres propos au sujet de l'employé (p. 1047).

Cette question en comprenait une autre fort importante à savoir si une telle ordonnance viole la liberté d'expression garantie à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À la majorité du banc, les juges reconnurent que cette double ordonnance constituait un exercice conforme au pouvoir de l'arbitre et que les limites ainsi imposées à l'employeur quant à sa liberté d'expression respectaient néanmoins le cadre et les critères énoncés à l'article premier de la Charte. Au soutien de cette double conclusion, le juge en chef Dickson entreprit une démarche que nous rappelons en six points:

L'applicabilité de la Charte à l'arbitrage

Le juge en chef déclara souscrire entièrement aux propos du juge Lamer relatifs à la soumission de l'arbitre à la Charte:

L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire *tous* ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. [...] un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait (p. 1077-1078, juge Lamer).

² Selon la nouvelle codification (L.R.C. (1985), c. L-2), il s'agit maintenant de l'art. 60(2).

³ [1985] 1 C.F. 253.

Justification de cette double ordonnance

Compte tenu du comportement de l'employeur tel que constaté par l'arbitre et tenu pour avéré pour fins judiciaires, la Cour suprême, à la majorité, reconnu que cette mesure protectrice offerte au salarié s'imposait:

[...] L'objectif visé par l'ordonnance positive, [est] la neutralisation des conséquences du congédiement injuste en accroissant les possibilités pour l'employé de chercher un nouvel emploi sans faire l'objet de mensonges de la part de son employeur précédent. C'est également l'objectif de l'ordonnance négative qui, pour reprendre les mots employés par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale, à la p. 260, visait à «empêcher que [...] ne soit sapé [l'effet]» de l'ordonnance positive. Les deux ordonnances tendent au même but, la négative complétant et renforçant la positive (p. 1051).

Certes une telle ordonnance est favorable au salarié au détriment de la liberté d'expression de l'employeur mais, souligne-t-on, il s'agirait non d'un réel déséquilibre, mais d'un rééquilibre auquel devaient s'employer le législateur et les tribunaux:

On ne saurait trop insister sur le fait que le redressement accordé par l'arbitre en l'espèce constituait une tentative, sanctionnée par le législateur, de remédier à l'inégalité des forces qui existe normalement entre l'employeur et l'employé. Ainsi donc, en général, l'espèce relève d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe. [...] Les tribunaux doivent tout autant prendre soin d'éviter de constitutionnaliser les inégalités de pouvoir au lieu de travail et entre les intervenants sociaux en général [...] Du moment que le critère de la proportionnalité est respecté, ce serait, dans les circonstances de la présente affaire, s'écarter de ces principes et de ces valeurs sous-jacents que de permettre à un employeur d'invoquer avec succès la *Charte*. L'inégalité dans les relations de travail se poursuivrait même après la cessation de l'emploi avec cette conséquence que le travailleur qui se chercherait un nouvel emploi serait placé dans une position de négociation, vis-à-vis des employeurs éventuels, encore plus inégale que c'est habituellement le cas. Compte tenu des faits de l'espèce accorder une protection constitutionnelle à la liberté d'expression équivaldrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de relations de travail déjà inégales (p. 1051-1052).

Le caractère raisonnable de la double ordonnance de l'arbitre

Alors que les juges Beetz et Lamer qualifièrent de «manifestement déraisonnable» le deuxième volet de l'ordonnance de l'arbitre, le juge en chef la considérait en tout point raisonnable:

De plus, j'estime non seulement que l'ordonnance négative est raisonnable au sens du droit administratif, mais aussi qu'elle est raisonnable et que sa justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte* (p. 1049).

Tout en rappelant le bien-fondé de la norme de contrôle dite du caractère déraisonnable manifeste et déjà bien souligné dans l'affaire *Control Data*⁴,

4 *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 494.

le juge en chef affirmait que la grille de contrôle imposée à l'article premier de la Charte permettrait cependant une étude plus raffinée et plus approfondie de la question:

Par opposition à l'article premier, le caractère déraisonnable manifeste repose, dans une large mesure, sur des valeurs ambiguës et non établies et n'a pas le même degré de structure et de subtilité d'analyse (p. 1049).

Priorité au droit au travail

En somme, le juge en chef convenait que ni la réintégration, ni le seul paiement d'une indemnité n'aurait pu corriger la situation où se trouvait le salarié et que l'arbitre devait lui assurer son droit au travail:

L'indemnisation monétaire ne peut être qu'une mesure de rechange si le travail est assimilé à un produit et si chaque jour sans travail est considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. Comme je l'ai affirmé dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alb), [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, «l'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel». Considérer le travail comme étant un produit est incompatible avec une telle perspective qui ressort de l'objectif de redressement choisi par l'arbitre. Présenter l'indemnisation monétaire comme une mesure moins envahissante revient enfin à contester la légitimité de l'objectif (p. 1054-1055).

Le contenu imposé de la lettre

Selon le juge en chef, l'arbitre eût raison de choisir une autre mesure de réparation que celle de la réintégration qui n'eût été que formelle. Aussi, lui fallut-il prescrire «[...] dans l'ordonnance une lettre de recommandation pour s'assurer que les représentants de l'employeur ne détruiraient pas l'effet de la lettre en disant, sans justification, du mal de son employé antérieur sous prétexte de donner des références» (p. 1053).

Le juge en chef apprécia le contenu de la lettre et les conditions imposées par l'arbitre pour conclure qu'elles n'étaient ni abusives, ni déraisonnables:

La lettre a été fermement et soigneusement conçue pour exposer seulement une variété très restreinte de *faits* qui, nous l'avons vu, n'étaient pas véritablement contestés. [...] L'ordonnance négative vise plutôt à empêcher l'employeur de transmettre une opinion, cette interdiction étant intimement liée à l'histoire d'abus de pouvoir dont on avait conclu à l'existence. De plus, cette interdiction est très circonscrite. En premier lieu, elle ne s'applique que dans les cas où on communique avec l'appelant en vue d'obtenir des références et en second lieu, il n'y a aucune obligation d'envoyer la lettre à quelqu'un d'autre que les employeurs éventuels [...] La lettre a un ton très neutre, et n'est pas du tout enjolivée par une opinion qu'on trouve habituellement dans les lettres de recommandation, et elle mentionne le fait qu'on a conclu à un congédiement injuste. Il me semble que l'arbitre s'est contenté de faire le strict nécessaire pour atteindre l'objectif et, même là, on peut dire que les mesures qu'il a prises n'ont rien fait de plus qu'améliorer la possibilité que l'intimé se trouve un emploi, plutôt que d'assurer qu'il s'en trouve un (p. 1055-1056).

La balance des inconvénients

Le plus haut tribunal reconnu que cette double ordonnance pouvait porter atteinte à la liberté d'expression de l'employeur (art. 2b) de la Charte) mais:

[...] les effets des mesures ne sont pas préjudiciables au point de l'emporter sur leur objectif. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'objectif analysé précédemment [...] Normalement, la suppression de son droit d'exprimer une opinion sur un sujet ou une personne constitue une violation grave à l'al. 2b) et n'est compensée que par de très importants objectifs. Dans l'analyse qui précède, j'ai cherché à démontrer que l'ordonnance négative était, relativement parlant, la moins envahissante possible, et que la conception soignée des deux parties de l'ordonnance a fait que celle-ci viole l'al. 2b) dans une mesure bien moins grave que ce qui s'est produit notamment dans l'affaire *Banque Nationale* (p. 1056-1057).

Le juge en chef fut d'avis qu'en l'occurrence des limites à la liberté d'expression de l'employeur s'imposaient pour sauvegarder des droits plus intimement personnel du salarié et nullement monnayable: «Cela est en accord avec l'importance que la Cour attribue à la protection des employés en tant que groupe vulnérable à la société» (p. 1057).

DEUX DISSIDENCES

Les motifs des juges Beetz et Lamer, au soutien de leur dissidence respective, sont forts intéressants en ce qu'ils permettent de constater comment on peut saisir différemment une même situation. Épris ou mépris par l'idée abstraite et quasi-absolue de la liberté d'expression, ces deux juges repoussèrent l'approche relative et concrète retenue par la majorité. Nous rappelons succinctement les éléments les plus caractéristiques de leurs notes.

Dissidence du juge Beetz

En raison de certains éléments de l'ordonnance dite positive, et pour la totalité de son volet négatif, le juge Beetz considéra qu'elle serait clairement déraisonnable parce qu'elle «[...] force l'employeur à rédiger des exposés de faits comme s'il s'agissait d'exposés de son propre cru, auxquels, à tort ou à raison, il ne croit peut-être pas, ou qu'il peut en fin de compte trouver ou estimer inexacts, trompeurs ou faux. Autrement dit, la première ordonnance peut forcer l'employeur à mentir» (p. 1060).

Le juge Beetz concluait ainsi en s'appuyant sur une approche subjective de la notion de vérité:

[...] quelle est la vérité? Les faits que l'arbitre a jugés exacts s'imposent aux fins d'établir s'il y a eu congédiement injuste. Mais on ne saurait forcer l'ancien employeur à les reconnaître et à les exposer comme si c'était de la vérité, sans tenir compte de sa croyance à leur exactitude. S'il expose ces faits dans la lettre, comme il lui a été ordonné de le faire, mais qu'il ne croie pas à leur exactitude, il ne dit pas la vérité, il ment (p. 1060-1061).

Ce même juge ajoutait:

C'est une chose que d'interdire la divulgation de certains faits. C'est une toute autre chose que d'ordonner la confirmation de faits sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer [...] ordonner la confirmation de faits, sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer, constitue une violation beaucoup plus grave des libertés d'opinion et d'expression, ainsi qu'il a été statué dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada*, précité. À mon avis, une telle violation revêt un caractère totalitaire et ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Essentiellement, elle équivaut à l'ordre donné à Galilée par l'Inquisition d'abjurer la cosmologie de Copernic (p. 1061).

Tolérer une telle exception ou limite au plein exercice de la liberté d'expression en s'autorisant ainsi de l'article premier de la *Charte* signifierait «la négation complète d'un droit ou d'une liberté que protège la Constitution» (p. 1062). Finalement, le juge Beetz fit cette remarquable observation:

J'estime qu'on devrait se méfier énormément d'une ordonnance administrative ou même d'une ordonnance judiciaire qui a pour effet d'empêcher les justiciables de commenter et même de critiquer les décisions d'une commission ou d'une cour (p. 1063).

Au sujet du deuxième volet de l'ordonnance, la lettre de recommandation demandée par un éventuel employeur, le juge Beetz considéra qu'elle pourrait conduire à des résultats absurdes et suffisants, de ce seul fait, pour justifier son annulation:

[...] si, après avoir reçu la lettre dictée par l'arbitre, un employeur éventuel devait poser des questions précises à l'ancien employeur sur, par exemple, la santé de l'intimé ou sa tempérance, l'appelante devrait continuer de répondre avec des statistiques de ventes. Cela ne pourrait que compromettre les chances d'emploi de l'intimé. Ou encore si l'ancien employeur avait enfin compris et si, à cause du remords, il devenait disposé à écrire une lettre beaucoup plus flatteuse que celle dictée par l'arbitre, il ne pourrait le faire (p. 1063).

Dissidence du juge Lamer

La première clarification du juge Lamer, et nullement contestée par le juge en chef, porta sur l'étendue réelle du pouvoir de remédiation de l'arbitre en vertu de l'al. 61.5(9)c) du *Code canadien du travail*. Ce premier point était important puisque l'employeur prétendait que cette disposition n'autorisait pas l'arbitre à prendre pareille initiative. Le juge Lamer ne retint pas cette prétention et affirma que l'arbitre pouvait émettre l'ordonnance qu'il jugeait «équitable». L'interprétation de cet alinéa ne serait pas tributaire des modalités précédentes de ce même article 61.5 (la règle *ejusdem generis*), mais s'effectuerait en fonction de sa finalité soit de «[...] contrebalancer les effets du congédiement»:

Interpréter l'alinéa c) de la façon dont le suggère l'appelante aurait pour conséquence de limiter considérablement le type d'ordonnance que pourrait rendre l'arbitre. Il serait en effet très difficile de trouver des remèdes semblables aux remèdes

prévus aux al. a) et b). L'étendue de la compensation qui peut être ordonnée a été soigneusement limitée par le législateur tandis que la réintégration n'a pas vraiment de ressemblance avec une quelconque autre mesure. Or, je crois que le législateur, en édictant l'al. 61.5(9)c), a au contraire voulu investir l'arbitre de pouvoirs suffisamment larges et suffisamment souples pour que ce dernier puisse s'acquitter adéquatement des fonctions qui lui sont confiées et ce à l'égard de chacun des cas qui se présentent à lui (p. 1072).

Au sujet du premier volet de l'ordonnance, la lettre de recommandation dictée par l'arbitre, le juge Lamer en reconnût la nécessité et son caractère raisonnable:

[...] cette partie de l'ordonnance vise à empêcher que la décision de l'employeur de congédier l'intimé puisse avoir des effets négatifs sur les chances de ce dernier de se trouver un nouvel emploi. La lettre de références vise à corriger l'impression donnée par le fait du congédiement en indiquant clairement que ce congédiement fut jugé injuste par un arbitre et en indiquant clairement certaines données «objectives» relatives à la prestation de travail fournie par l'intimé (p. 1073).

Il ajouta que cette affaire se distinguait fort bien de celle de la *Banque Nationale du Canada*⁵ car le texte dicté par l'arbitre «[...] n'exprime aucune opinion et se borne à énoncer des faits qui, comme l'a admis le procureur de l'appelante lors de l'audition, et il est important de le noter, ne sont pas contestés. Ordonner à un employeur de remettre à un ancien employé une lettre de références ne contenant que des faits objectifs qui ne sont pas contestés ne me semble pas déraisonnable en soi» (p. 1074).

À l'égard du deuxième volet de l'ordonnance, l'interdiction de fournir à des tiers d'autres renseignements au sujet du salarié, le juge Lamer partagea alors l'opinion du juge Beetz:

[...] je suis d'avis que la remise de cette lettre dans un tel contexte pourrait en effet être interprétée comme signifiant que l'appelante n'a que les commentaires qui sont énoncés à formuler à l'égard du travail exécuté par l'intimé. Dans ces circonstances, elle pourrait donc être interprétée comme exprimant, du moins implicitement, l'opinion de l'appelante à cet égard (p. 1075).

Pour cette dernière raison, le juge Lamer considéra que l'arbitre avait perdu juridiction en rendant une décision comprenant une partie manifestement déraisonnable. Cette partie négative et prohibitive de l'ordonnance imposant un quasi silence à l'employeur porterait, selon le juge Lamer, nécessairement atteinte à l'exercice de la liberté d'expression puisque son silence forcé pourrait avoir un sens:

[...] la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence est en soi une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire (p. 1080).

⁵ *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269.

COMMENTAIRES

Cet arrêt illustre, une autre fois encore, à quel point la Cour suprême du Canada sait reconnaître la mission particulière de contrôle et de réparation confiée à l'arbitre du travail. On y affirme clairement que la situation d'inégalité du salarié justifie pareille intervention de contrôle et de correction et que celle-ci doit être pragmatique, fonctionnelle et efficace. D'ailleurs, les juges du plus haut tribunal admirent, en ce cas particulier, que la réintégration n'était pas la bonne voie rémédiatrice et surtout, que le seul paiement d'une indemnité ne pouvait également suffire. Avec bonheur, le juge en chef rappela à ceux qui auraient tendance à limiter le débat aux seuls aspects matériels, que le travail constitue une dimension essentielle de l'homme et qu'il ne peut être réduit à sa simple «chosalité».

Cet arrêt affirme d'une manière claire, nette et sans réserve l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Rappelons à nouveau l'argument principal de rattachement retenu par le juge Lamer et auquel souscrivit le juge Dickson au nom de la majorité: l'arbitre répond de la loi d'où il tire sa fonction et ses pouvoirs, aussi doit-il oeuvrer en respectant les libertés garanties à la Constitution. Il en est de même au Québec, croyons-nous, de l'arbitre de griefs et de l'arbitre nommé en vertu de la *Loi sur les normes du travail*⁶.

Une autre question importante traitée en cette affaire consistait à savoir si un arbitre pouvait émettre pareille ordonnance de faire et de ne point faire? Aucun des juges qui s'est exprimé ne contesta le principe même de l'usage d'une telle mesure. Le débat, nous l'avons déjà souligné, porta sur le degré d'une telle intervention de l'arbitre⁷. Jusqu'où et comment pouvait-on limiter l'exercice de la liberté d'expression de l'employeur pour assurer réellement le droit au travail du salarié puisqu'il s'agit là d'une valeur fondamentale que le plus haut tribunal entendait sauvegarder? Pour la majorité des juges, cette double limite imposée à l'employeur (s'en tenir à la seule lettre de recommandation rédigée par l'arbitre et la prohibition de fournir tout autre donnée ou commentaire aux employeurs éventuels) était, en ce cas, opportune, réaliste, et nullement abusive pour obtenir le résultat recherché qui est lui-même déclaré juste et équitable: assurer au salarié la simple possibilité de trouver un emploi. Il est intéressant de comparer l'appréciation contradictoire que l'on y retrouve notamment au sujet de l'ordonnance négative. Alors que le juge Dickson la qualifie de bien adaptée, appropriée et équilibrée, les juges Beetz et Lamer y voient une atteinte abusive à la liberté d'expression et qui serait même de facture totalitaire au point qu'elle «[...] ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*» (p. 1063, juge Beetz). Deux arguments principaux du juge Beetz sont invoqués pour aboutir à cette conclusion:

6 Comme le *Code du travail* le précise à maintes reprises et notamment à son article 100, les dispositions conventionnelles ne sont que modalités d'application autorisées et contenues.

7 Ainsi, le juge Beetz proposa même une autre forme d'ordonnance ce qui indique qu'il en reconnut néanmoins la nécessité. Il suggéra que l'ordonnance impose à l'employeur d'inciter les employeurs éventuels à consulter la sentence arbitrale c'est-à-dire, de faire autant de confessions publiques.

- cette ordonnance pourrait forcer l'employeur à mentir, soit dire autre chose que ce qu'il croit;
- si l'employeur se repentait (il y aurait donc matière...!), il lui serait défendu de s'amender en disant tout le bien qu'il découvrirait tardivement du salarié.

Au sujet de ce mensonge imposé par ordonnance, pourrions-nous ignorer qu'il s'agit d'une intervention judiciaire et que l'on ne saurait, en ce cadre de l'administration de la justice, protéger l'expression de la simple vérité subjective et évolutive de toutes personnes. Les contraintes pratiques du système imposent à tenir pour avéré certains faits, vérifiés préalablement par l'arbitre par voie d'enquête, ce qui est d'ailleurs nécessaire et de pratique courante pour la sécurité de tous. Si l'employeur peut toujours personnellement croire ce qu'il veut et dire ce qu'il croit à ses proches, on a voulu, en l'occurrence, que cet employeur s'en tienne à un autre discours à l'égard de tout employeur éventuel compte tenu de ses obligations, à ce même titre, vis-à-vis de cet ex-salarié⁸. Telle est la portée de la consigne tout comme nous pourrions exiger semblable retenue du salarié: le devoir de loyauté et de discrétion à l'égard de son ex-employeur. On constate que le juge Beetz traite strictement de la liberté d'expression de l'employeur en oubliant que l'arbitre intervient ainsi pour corriger une situation résultant justement d'un abus de droit particulièrement qualifié par l'arbitre, les juges de la Cour d'appel fédérale et la majorité des juges de ce banc de la Cour suprême du Canada.

Le deuxième argument (le repentir hypothétique) nous paraît assez faible et peu convaincant puisqu'il ne repose sur aucun élément particulier, aucun indice précis et qu'il résulte d'un simple développement discursif. Au lendemain même de l'enquête, l'employeur fit, par l'entremise de son avocat, quelques interventions qui auraient pu déstabiliser l'arbitre ce qui ne donne guère prise à la double hypothèse charitable avancée par le juge Beetz: «[...] notre cliente nous a informés qu'elle détient certains documents indiquant que M. Davidson a peut-être fait un faux témoignage concernant un ou plusieurs points» (p. 1045)⁹.

Pareille ordonnance pourrait-elle être rendue par un arbitre intervenant en vertu du *Code du travail* du Québec ou de la *Loi sur les normes du travail*? En ce dernier cas, il ne fait pas de doute que l'arbitre dispose d'un tel moyen par respect du droit au travail du salarié implicitement garanti à cette même Charte alors que l'article 128 par. 3 L.N.T. l'autorise à «[...] rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire»¹⁰. Cependant, nous ne croyons pas que

8 L'ordonnance ne contraint nullement l'employeur à une quelconque déclaration de foi, mais à rappeler des faits mis en preuve, appréciés et qu'il ne conteste plus, et à se tenir coi. La vérité sans sincérité est peu de chose et l'inverse l'est aussi.

9 Le juge Dickson souligna que l'arbitre donna en vain à l'employeur l'occasion d'étayer cette libre assertion.

10 L'art. 84 L.N.T. limite d'ailleurs l'énoncé que peut émettre l'employeur au certificat de travail.

l'arbitre de griefs au sens du *Code du travail* soit aussi investi d'un tel pouvoir discrétionnaire. Les modalités du *Code du travail* relatives à l'arbitrage et notamment l'article 100.12 nous semblent d'une rédaction trop précise et furent très souvent l'objet d'interprétations judiciaires trop parcimonieuses pour que nous puissions prétendre que cet arbitre détient implicitement ou par voie téléologique pareil pouvoir d'ordonnance. D'ailleurs, l'article 100.12 par. f du *Code du travail* lui confère le pouvoir, au besoin, de modifier la sanction imposée et, il est vrai, les tribunaux reconnurent que s'y rattachait celui de remédiation du préjudice subi. De là à pouvoir parer les coups pour l'avenir par voie d'ordonnance de faire ou de ne point faire, il y a un degré de plus qui nous paraît difficile à gravir au moyen d'une interprétation aussi libérale soit-elle, mais qui doit demeurer cohérente et solidement fondée.

Cette affaire permit à la Cour suprême du Canada de faire jaillir de l'article premier de la Charte une des valeurs de fond sous-jacentes sur lesquelles repose cette déclaration de libertés particulières, le droit au travail. Dans une société industrielle, dans une société où le salariat devient le mode principal de relations économique-sociales entre les agents productifs, le droit au travail comprenant le libre accès à l'emploi constitue le «ce sans quoi» un réel exercice des libertés garanties serait impossible. Cette décision enseigne bien qu'il ne s'agit pas d'écarter une liberté pour sauvegarder l'autre, mais de savoir imposer parfois un exercice contenu d'une liberté de manière à ne pas perdre pied. Autrement, on risquerait de mépriser la base de notre régime de société au mérite d'une idée généreuse certes, mais abstraite. Il suffit de comparer l'approche, les arguments et les exemples de la décision du juge en chef et celle du juge Beetz pour bien saisir la difficulté d'une aussi délicate entreprise. Ainsi, sous prétexte d'éviter une approche totalitaire en ne laissant pas une totale liberté d'expression à l'employeur qui pourrait éventuellement se repentir, on exigerait un prix réel et peut-être fatal au salarié. C'est ce que, à la majorité, les juges de la Cour suprême surent saisir et contrer¹¹.

Depuis cet arrêt *Davidson* reconnaissant le droit au travail aux nombres des valeurs primordiales «[...] d'une société libre et démocratique», on ne saurait être surpris si on se réclamait maintenant de ce nouveau postulat pour contester la valeur juridique des quelques obligations imposées aux salariés. Il pourrait s'agir du paiement obligatoire de l'équivalent d'une cotisation syndicale (art. 47 Ct); de l'adhésion obligatoire au syndicat accrédité (art. 63 Ct); de la cessation de toute prestation de travail à l'employeur qui subit la grève ou impose un lock-out (art. 109.1 Ct), etc. Ces prochains débats sont fort probables et pourraient permettre de mieux préciser ou de circonscrire la portée réelle de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces précisions étant ainsi apportées, nous pourrions peut-être moins confondre ou assimiler les droits individuels et les droits collectifs. À l'occasion de ces éventuels arrêts, la Cour suprême du Canada pourrait reconnaître que l'on ne saurait exiger du syndicat ni d'une collectivité de salariés une

¹¹ Dans *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, on reconut que l'art. 6, al. 2b) de la Charte n'affirmait que la libre circulation territoriale et non le droit au travail, d'où le grand intérêt de cette récente décision *Davidson*.

participation directe de tous ses membres et un vote unanime à la prise de toutes décisions. Ces deux dernières conditions ne sont nullement requises de nos gouvernements démocratiques où on fait grand usage de la procuration, du mandat, de la délégation de pouvoir, de la règle de la majorité simple et relative, etc. En ces organes politiques et économiques, il fallut composer entre la voie idéale et les contraintes pratiques et il devrait en être ainsi à l'endroit des organismes syndicaux. Ces contraintes sont autant plus nécessaires à leur égard que le régime juridique le sous-tend en imposant la présence exclusive d'un seul syndicat pour représenter tous les salariés d'un même groupe (art. 21 Ct).

Nous terminons en soulignant l'appréciation du juge en chef relative à la méthode de contrôle du caractère «déraisonnable manifeste». Après avoir souligné sa portée assez subjective, discrétionnaire et dont les résultats peuvent être aléatoires, le juge en chef précise qu'il lui préfère la technique développée dans l'affaire *Oakes*¹² lorsqu'il s'agit de questions relatives à la Charte. Ce sont deux méthodes fort différentes et applicables à des fins autres. Le juge en chef reconnu d'ailleurs que la méthode du «déraisonnable manifeste» conservait toute sa valeur dans le cas d'un contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal inférieur¹³. Depuis que la Cour suprême du Canada préféra une autre méthode pour effectuer ce même contrôle soit l'approche dite «pragmatique et fonctionnelle dans l'affaire *U.E.S.*¹⁴, nous croyons cependant que l'étude du caractère «déraisonnable manifeste» pourrait être moins retenue par les juges de contrôle.

Cette décision est très riche d'enseignement tant par son contenu que par la variété des trois approches retenues par les juges. Que deux juges soient réticents à suivre la majorité de leurs collègues par crainte d'imposer quelques limites indues à la liberté d'expression ne peut surprendre et peut même servir d'utile bémol pour contrer les éventuels effets extrapolatifs de la décision majoritaire. Il nous surprend quelque peu cependant que les juges dissidents aient omis de replacer la question du plein exercice de la liberté d'expression dans ce contexte fort particulier des relations de travail. Pourrions-nous oublier que cette même Cour reconnut que le piquet pouvait constituer un moyen d'exercice de cette liberté d'expression garantie à la Charte¹⁵ et qu'elle n'hésita point à bannir ce même moyen d'expression pour assurer, disait-elle, la sauvegarde de l'administration de la justice¹⁶. Ces deux approches de 1986 puis de 1988 illustrent bien pourtant que la liberté d'expression, comme toutes les autres libertés d'ailleurs, ne peut connaître un exercice absolu et que l'on doit apprendre à la contenir, selon les circonstances ou les contingences.

12 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103: le juge en chef mit au point un ensemble de critères retenus pour les fins du contrôle judiciaire arrêté à l'art. 1 de la Charte.

13 *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476 commenté par Fernand Morin «Le raisonnable déraisonnable ou la rationalité du raisonnable», (1985) 40 *Relat. ind.* 646 et «Le rationnel et le raisonnable», (1985) 41 *Relat. ind.* 578.

14 *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, commenté par Fernand Morin, «D'un entrepreneur à un autre, l'accréditation ne suit pas», (1989) 44 *Relat. ind.* 315.

15 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573, notamment à p. 588.

16 *Newfoundland Association of Public Employees c. P.G. de Terre-Neuve*, [1988] 2 R.C.S. 204 et *B.C.G.E.U. c. P.G. de la Colombie-Britannique*, [1988] 2 R.C.S. 214.

