

The Professional Institute of the Public Service of Canada Appellant

v.

The Commissioner of the Northwest Territories and the Northwest Territories Public Service Association Respondents

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario Intervenors

INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA v. NORTHWEST TERRITORIES (COMMISSIONER)

File No.: 21230.

1990: February 20; 1990: August 16.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining — Territorial legislation requiring employee association to be incorporated by statute in order to bargain collectively — Whether territorial legislation infringes freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of association justifiable under s. 1 of Charter — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, s. 42(1)(b).

The appellant Institute was the bargaining agent for a number of nurses employed by the federal government in the Northwest Territories until the nurses became employees of the territorial government. As a result of their change of employment the nurses ceased to belong to the bargaining unit on behalf of which the Institute had been certified to bargain collectively and became eligible for membership in the respondent Association, which had been incorporated to bargain collectively on behalf of all non-excluded territorial employees. The Institute sought incorporation as required by s. 42(1)(b) of the *Public Service Act* for the purposes of representing its former members. Under that section an employees' association must be incorporated by an Act if it is to bargain collectively on behalf of its members.

L'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada Appelant

c.

a Le Commissaire des territoires du Nord-Ouest et la Northwest Territories Public Service Association Intimés

et

b Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario Intervenants

RÉPERTORIÉ: INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. TERRITOIRES DU NORD-OUEST (COMMISSAIRE)

N° du greffe: 21230.

1990: 20 février; 1990: 16 août.

d Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Négociation collective — Loi des territoires du Nord-Ouest exigeant qu'une association d'employés soit constituée en personne morale par une loi afin de négocier collectivement — La mesure législative des Territoires viole-t-elle la liberté d'association garantie par l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette restriction à la liberté d'association est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 42(1)b).*

f L'Institut appelant était l'agent négociateur d'un certain nombre d'infirmières et infirmiers employés du gouvernement fédéral dans les territoires du Nord-Ouest jusqu'à ce que ceux-ci deviennent des employés du gouvernement des Territoires. À cause du changement d'employeur, les infirmières et infirmiers ont cessé d'appartenir à l'unité de négociation dont l'Institut était l'agent négociateur accrédité et sont devenus admissibles à devenir membres de l'Association intimée, qui avait été constituée en personne morale en vue de négocier collectivement pour tous les employés des Territoires qui ne sont pas exclus. L'Institut a demandé la constitution en personne morale requise par l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act* afin de représenter ses anciens membres. En vertu de cet alinéa, une association d'employés doit être

* Chief Justice at the time of hearing.

* Juge en chef à la date de l'audition.

The territorial government declined to enact the required legislation. The Institute applied to the territorial Supreme Court for a declaration that s. 42(1) of the Act was inconsistent with freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found that s. 42(1) violated s. 2(d) of the *Charter* and was not a reasonable limit within the meaning of s. 1. The Court of Appeal allowed the respondent Commissioner's appeal.

Held (Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* does not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

Per Sopinka J.: The absence in s. 42(1)(b) of a set of objective conditions for the certification of a union is not a violation of freedom of association. While the statutory monopoly created by the section prevents a rival union from bargaining for its members, such legislative frustration of an association's objects is not a violation of s. 2(d) if the restriction is not aimed at and does not affect the establishment or existence of the association — unless the association's activity is another *Charter*-protected right or an activity that may lawfully be performed by an individual. The statutory monopoly has no effect on the existence of the Institute or the ability of any individual to be a member of it, and the activity of collective bargaining for working conditions is not constitutionally protected. Since the activity of bargaining is not itself constitutionally protected, neither is a legislative choice of the bargainer. Given that a government has no common law obligation to bargain at all and can suspend a statutory obligation to bargain altogether, there can be no constitutional impediment to its choosing to bargain with a particular employees' representative.

Further, the requirement in s. 42(1)(b) that a union be incorporated for it to bargain collectively does not constitute a violation of s. 2(d) of the *Charter*. The section does not prohibit the establishment of or membership in other unions, or prevent any such union from seeking incorporation under the Act. Nor does it require that an employees' association incorporated under the Act be constituted in a particular way or that it submit the scope of its objects, terms of membership or rules of internal governance to legislative control. The requirement of incorporation in s. 42(1)(b) is the means by

constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement au nom de ses membres. Le gouvernement des Territoires a refusé d'adopter la loi nécessaire pour ce faire. L'Institut a présenté à la Cour suprême des Territoires une demande de jugement déclaratoire statuant que le par. 42(1) de la Loi est incompatible avec la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que le par. 42(1) viole l'al. 2d) de la *Charte* et qu'il n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article premier. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le Commissaire intimé.

Arrêt (les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 42(1)b) de la *Public Service Act* ne porte pas atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge Sopinka: L'absence, à l'al. 42(1)b), d'un ensemble de conditions objectives pour obtenir l'accréditation d'un syndicat ne viole pas la liberté d'association. Bien que le monopole créé par la mesure législative empêche un syndicat rival de négocier pour ses membres, cet empêchement pour une association de réaliser ses objectifs créé par une disposition législative ne constitue pas une violation de l'al. 2d) si la restriction ne vise pas la constitution ou l'existence de l'association, ni ne leur porte atteinte, à moins que l'activité de l'association ne soit un autre droit protégé par la *Charte* ou une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement. Le monopole créé par la loi n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer. De plus, la négociation collective des conditions de travail n'est pas protégée par la Constitution. Puisque l'activité de la négociation n'est pas elle-même protégée par la Constitution, le choix du négociateur en vertu de la loi ne l'est pas non plus. Puisqu'un gouvernement n'a aucune obligation de négocier en vertu de la common law et puisqu'il peut aussi suspendre une obligation légale de négocier, il ne peut y avoir d'obstacle constitutionnel à ce qu'il choisisse de négocier avec un représentant particulier des employés.

De plus, l'exigence de constitution en personne morale imposée au syndicat par l'al. 42(1)b) pour qu'il puisse négocier collectivement ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. L'alinéa n'interdit pas la constitution d'autres syndicats, ni l'appartenance à ceux-ci, et il n'empêche aucun de ces syndicats de demander la constitution en personne morale en vertu de la Loi. L'alinéa n'exige pas non plus que l'association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi soit formée d'une manière particulière ou qu'elle soumette l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion ou les règles de fonc-

which the territorial government has chosen to recognize the union or unions with which it will bargain collectively. A grant of collective bargaining rights must account for the associational rights of affected individuals, but this means nothing more than permitting rival associations to exist and vie for recognition.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons and result were agreed with subject to brief comments. The impugned legislative provision in this case does not burden the appellant's freedom of association. The objects, purposes and activities of an association are irrelevant for *Charter* purposes. While one of the primary goals of employee associations is to attain the status of bargaining agent and to bargain collectively, the attaining of this status, its retention and the association's subsequent activity are not protected under s. 2(d). Interpreting s. 2(d) as embracing any object of an association whose fulfillment is fundamental to the existence of the association has serious consequences which militate strongly against adopting such an approach, since the concept of freedom of association must be applied to a wide range of political, religious, social or economic associations with a wide variety of objects. Further, adopting the line of reasoning of the majority in the trilogy, which is determinative of the issue in the present case, does not leave unions powerless to achieve their objectives, since a broad range of union activity is still protected and since unions have access to the political process.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s judgment was generally agreed with, but it is unnecessary to say anything about whether the right of association must include the freedom of persons to join together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals.

Per Dickson C.J.: The constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* does not include a guarantee of the right to bargain collectively, and the s. 2(d) right adheres only to individuals. The determination of how bargaining agents are chosen is the first stage of the right to bargain collectively. Further, in the context of an inter-union struggle for the status of exclusive bargaining agent, the right claimed by the appellant must be characterized as a group right adhering to the trade union. The legislative choice of how bargaining agents are chosen is thus beyond constitutional scrutiny under s. 2(d) of the *Charter* both because it is an element of the collective bargaining

tionnement interne au contrôle du législateur. L'exigence de constitution en personne morale énoncée à l'al. 42(1)b) est le moyen par lequel le gouvernement des Territoires a choisi de reconnaître le ou les syndicats avec lesquels il négociera collectivement. L'attribution de droits de négocier collectivement doit respecter les droits collectifs des personnes touchées, mais ceci se limite à permettre aux associations rivales d'exister et de lutter pour leur reconnaissance.

b Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord avec les motifs et la conclusion du juge Sopinka, sous réserve de brefs commentaires. La disposition législative contestée en l'espèce ne porte pas atteinte à la liberté d'association de l'appelant. Les buts, objectifs et activités d'une association ne sont pas pertinents aux fins de la *Charte*. Bien qu'un des objectifs premiers des associations d'employés soit d'obtenir le statut d'agent négociateur et de négocier collectivement, l'obtention de ce statut, son maintien et l'activité subséquente de l'association ne sont aucunement protégés en vertu de l'al. 2d). Considérer que l'al. 2d) englobe tout objectif d'une association dont la réalisation est fondamentale à son existence a des conséquences sérieuses qui militent fortement contre l'adoption d'une telle interprétation, étant donné que la notion de la liberté d'association doit viser toute une gamme d'associations politiques, religieuses, sociales ou économiques ayant des objectifs très variés. De plus, l'adoption du raisonnement de la majorité dans la trilogie, qui est décisive en l'espèce, n'a pas pour effet d'empêcher les syndicats d'atteindre leurs objectifs, étant donné qu'une vaste gamme d'activités syndicales demeure protégée et que les syndicats ont accès au processus politique.

g Le juge La Forest: Il y a accord général avec les motifs de jugement du juge Sopinka mais il n'est pas nécessaire de dire quoi que ce soit au sujet de la question de savoir si le droit d'association doit comprendre la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu'ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel.

h Le juge en chef Dickson: La garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte* ne comprend pas la garantie du droit de négocier collectivement et le droit reconnu à l'al. 2d) ne s'applique qu'aux individus. La détermination de la manière de choisir les agents négociateurs constitue la première étape du droit de négocier collectivement. En outre, dans le contexte d'une lutte intersyndicale pour obtenir le statut d'agent négociateur exclusif, le droit revendiqué par l'appelant doit être qualifié de droit collectif attaché au syndicat. Le choix législatif de la manière de choisir les agents négociateurs échappe donc à l'examen constitutionnel pour ce qui est de l'al. 2d) de la *Charte* parce

process and because of the individual nature of the s. 2(d) right. Finally, since the Northwest Territories government was under no duty to enact a scheme of collective bargaining, the limitations placed upon a purely statutory entitlement do not attract the protection of s. 2(d) of the *Charter*. If section 2(d) does not guarantee the right to bargain collectively, it cannot guarantee a right to any particular bargaining agent.

Per Wilson, Gonthier and Cory JJ. (dissenting): By restricting the freedom of employees to form and to change their association, s. 42(1)(b) of the *Public Service Act* infringes an individual's right to associate protected by s. 2(d) of the *Charter*. Section 42(1)(b) allows the government to totally monopolize the decision as to which associations are to be incorporated and thereby become "employees' associations". Only those associations which in the government's discretion have been incorporated can then participate in the collective bargaining process. There are neither bars to curb nor guidelines to direct the exercise of this absolute discretion. The section thus provides the means by which the government can, for all collective bargaining purposes, deny the very existence of an association selected by the employees to bargain on their behalf. Such untrammeled government discretion *prima facie* violates an individual's freedom of association. The fact that those who form the association may still meet together without interference from the state has no meaning if this association cannot be recognized under the relevant labour legislation. Once a government has enacted a statutory definition of a group, as a legal entity, then any individual should be able to attempt to get his group recognized as such an entity, or to change the existing group entitled to exercise the rights granted under that legislative scheme. The right of employees to join the association of their choice, and their right to change their collective bargaining association, are of fundamental importance, yet these rights are frustrated by s. 42(1)(b).

Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The objective of the Act is to provide the means of selecting a collective bargaining agent for the employees. While the necessity of having some structure to the process is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right, the legislation is out of proportion to the objective sought and restricts the employees' freedom of association far more than is reasonably necessary.

qu'il s'agit d'un élément du processus de négociation collective et à cause aussi de la nature individuelle du droit reconnu à l'al. 2d). Enfin, puisque le gouvernement des territoires du Nord-Ouest n'était pas tenu d'adopter un régime de négociation collective, les restrictions imposées à un droit d'origine purement législative ne font pas intervenir la protection de l'al. 2d) de la *Charte*. Si l'alinéa 2d) ne garantit pas le droit de négocier collectivement, il ne peut garantir un droit à un agent négociateur en particulier.

Les juges Wilson, Gonthier et Cory (dissidents): En restreignant la liberté des employés de constituer ou de changer leur association, l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act* porte atteinte au droit qu'ont les personnes de s'associer en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. L'alinéa 42(1)b) permet au gouvernement de se réservé de façon absolue le droit de décider quelles associations seront constituées en personnes morales et deviendront ainsi des «associations d'employés». Seules les associations que le gouvernement a constituées en personnes morales dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire peuvent prendre part au processus de négociation collective. Il n'y a ni obstacle qui empêche, ni directive qui détermine, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire absolu. L'alinéa fournit au gouvernement la possibilité de refuser, pour toutes les fins de la négociation collective, l'existence même à l'association choisie par les employés pour négocier en leur nom. Un tel pouvoir discrétionnaire illimité enfreint à première vue la liberté d'association d'une personne. Le fait que les personnes qui forment l'association peuvent quand même se réunir sans empêchement de la part de l'État n'a aucun sens si l'association ne peut pas être reconnue en vertu des dispositions de droit du travail applicables. Dès qu'un gouvernement adopte une définition législative d'un groupe, à titre d'entité juridique, toute personne devrait pouvoir essayer de le faire reconnaître comme tel ou de changer le groupe déjà habilité à exercer les droits accordés par ce régime législatif. Le droit des employés d'adhérer à une association de leur choix et celui de changer l'association qui doit procéder à des négociations collectives ont une importance fondamentale et l'al. 42(1)b) contrecarre ces droits.

L'alinéa 42(1)b) de la *Public Service Act* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Loi a pour objet de donner le moyen de choisir l'agent qui négociera collectivement au nom des employés. Même si la nécessité que le processus soit structuré a assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution, la mesure législative est disproportionnée à l'objectif recherché et restreint la liberté d'association des employés beaucoup plus qu'il

Unlike most of the collective bargaining statutes in the other Canadian jurisdictions, the legislation fails to achieve a reasonable balance between the rights of the individual, the union and the employer. It does not provide for any process by which the employees' choice of bargaining agent may be determined, and incorporation of the employees' association can only be attained by the exercise of an untrammelled government discretion when the government is itself an interested party to the ensuing collective bargaining. In order to create a structured collective bargaining process it is not necessary to give the government complete control over designation of the employees' bargaining agent. This denial of the employees' right to select their own bargaining agent in the manner contemplated in other jurisdictions cannot be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331; *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; **referred to:** *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

By Dickson C.J.

Applied: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

By Cory J. (dissenting)

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *NSNU, Devco Local v. Canada Labour Relations Board* (1989), 58 D.L.R. (4th) 225; *R. v. Big M Drug*

n'est raisonnablement nécessaire de le faire. Contrairement à la plupart des lois relatives aux négociations collectives des autres ressorts du Canada, la mesure législative n'établit pas un équilibre raisonnable entre les droits des personnes à titre individuel, ceux du syndicat et ceux de l'employeur. Elle n'établit pas de processus qui permette de déterminer le choix d'un agent négociateur par les employés et la constitution de l'association d'employés en personne morale ne peut se réaliser que par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement qui est lui-même une partie intéressée dans les négociations collectives qui doivent avoir lieu par la suite. Afin de créer un processus structuré de négociation collective, il n'est pas nécessaire de donner au gouvernement un contrôle absolu sur la désignation de l'agent négociateur des employés. Cette négation du droit des employés de choisir leur propre agent négociateur de la manière prévue dans les autres ressorts ne saurait être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés:** *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; **arrêt mentionné:** *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

Citée par le juge Cory (dissident)

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, Section Devco («SINE») c. Conseil canadien des*

Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 28, 29, 31, 38(1), 39(1).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(d), 15(1).
- Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 43.
- Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 37(2).
- Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 40.
- Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 7.
- Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 37.
- Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. N-2, s. 3.
- Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, ss. 3, 5, 7, 15(1), 26, 32, 40, 42, 43.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.
- Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17.

Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
- Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267.
- Jenks, C. Wilfred. *Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons, 1960.
- Summers, Clyde W. "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, [1988] N.W.T.R. 223, [1988] 5 W.W.R. 684, 53 D.L.R. (4th) 530, 41 C.R.R. 230, setting aside the judgment of Marshall J. (1987), 43 D.L.R. (4th) 472, declaring s. 42(1) of the *Public Service Act* (N.W.T.) unconstitutional. Appeal dismissed, Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

Catherine H. MacLean and *Dougald E. Brown*, i for the appellant.

Robert A. Kasting and *Bernard W. Funston*, for the respondent the Commissioner of the Northwest Territories.

Andrew J. Raven, for the respondent the Northwest Territories Public Service Association.

relations du travail (1989), 58 D.L.R. (4th) 225; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

- a Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 15(1).
- b Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 28, 29, 31, 38(1), 39(1).
- c Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 43.
- d Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 37(2).
- e Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 37.
- f Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 40.
- g Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.
- h Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. N-2, art. 3.
- i Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 3, 5, 7, 15(1), 26, 32, 40, 42, 43.
- j Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17.

Doctrine citée

- e Adams, George W. Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
- f Cavalluzzo, Paul J. J. «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions»* (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267.
- g Jenks, C. Wilfred. Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons, 1960.
- h Summers, Clyde W. «Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States»* (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, [1988] N.W.T.R. 223, [1988] 5 W.W.R. 684, 53 D.L.R. (4th) 530, 41 C.R.R. 230, qui a infirmé une décision du juge Marshall (1987), 43 D.L.R. (4th) 472, qui avait déclaré le par. 42(1) de la *Public Service Act* (T.N.-O.) inconstitutionnel. Pourvoi rejeté, les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents.

Catherine H. MacLean et *Dougald E. Brown*, pour l'appelant.

Robert A. Kasting et *Bernard W. Funston*, pour l'intimé le Commissaire des territoires du Nord-Ouest.

Andrew J. Raven, pour l'intimée la Northwest Territories Public Service Association.

Graham R. Garton, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

The following are the reasons delivered by

DICKSON C.J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleagues Justice Sopinka and Justice Cory in this appeal. While I agree with the disposition reached by Sopinka J., I draw that conclusion solely on the basis of my interpretation of the reasons for judgment of the majority of this Court in what has come to be known as the labour law “trilogy”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The correctness of the majority judgments in this trilogy of cases was not challenged directly by the appellant before this Court.

In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, three members of a six member Court held, at p. 390, *per Le Dain J.*, that:

... the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively....

A fourth member, McIntyre J., explicitly found that the s. 2(d) right adheres only to individuals (at p. 397):

The group or organization is simply a device adopted by individuals to achieve a fuller realization of individual rights and aspirations Freedom of association cannot therefore vest independent rights in the group.

In my view, the reasons for judgment of the majority in the three cases mentioned are dispositive of the issue raised in this appeal. The determination of how bargaining agents are chosen is the first stage of the right to bargain collectively. Furthermore, in the context of an inter-union struggle for the status of exclusive bargaining agent, I find it impossible to characterize the right claimed by the appellant as other than a group

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'ont rédigés mes collègues les juges Sopinka et Cory dans le présent pourvoi. Bien que je sois d'accord avec la façon dont le juge Sopinka statue sur le pourvoi, j'arrive à cette conclusion uniquement en fonction de mon interprétation des motifs de jugement de la majorité de notre Cour dans ce qui est maintenant connu comme la «trilogie» en matière de droit du travail: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. L'appelant n'a pas contesté directement devant notre Cour la justesse des jugements de la majorité dans cette trilogie d'arrêts.

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, le juge Le Dain a conclu au nom de trois des six juges de la Cour, à la p. 390:

... la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement ...

Un quatrième juge, le juge McIntyre, a explicitement conclu que le droit reconnu à l'al. 2d) ne s'applique qu'aux individus (à la p. 397):

Le groupe ou l'organisation n'est qu'un moyen adopté par des individus pour mieux réaliser leurs droits et aspirations individuels. [...] La liberté d'association ne saurait donc conférer des droits indépendants au groupe.

À mon avis, les motifs de jugement de la majorité dans les trois arrêts mentionnés sont concluants quant à la question en litige dans le présent pourvoi. La détermination de la manière de choisir les agents négociateurs constitue la première étape du droit de négocier collectivement. En outre, dans le contexte d'une lutte intersyndicale pour obtenir le statut d'agent négociateur exclusif, j'estime qu'il est impossible de qualifier le droit revendiqué par

right adhering to the trade union. At the stage of incorporation by the legislature, the focus is no longer upon the associational rights of individuals. Rather, it shifts to the group itself, which seeks the support of individuals to establish itself as the exclusive bargaining agent. Thus, according to the decision of the majority in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, the legislative choice of how bargaining agents are chosen is beyond constitutional scrutiny in terms of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* both because it is an element of the collective bargaining process and because of the individual nature of the s. 2(d) right.

l'appelant autrement que de droit collectif attaché au syndicat. À l'étape de la constitution en société par l'Assemblée législative, l'accent n'est plus sur le droit d'association des individus. Il est plutôt mis sur le groupe lui-même qui cherche à obtenir l'appui d'individus pour s'établir comme l'agent négociateur exclusif. Ainsi, suivant les motifs de la majorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, le choix b législatif de la manière de choisir les agents négociateurs échappe à l'examen constitutionnel pour ce qui est de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il s'agit d'un élément du processus de négociation collective et à cause aussi c de la nature individuelle du droit reconnu à l'al. 2d).

Reluctantly, I find that I am unable to agree with Cory J.'s assertion that once a legislature has chosen to establish a public sector collective bargaining scheme it may not place arbitrary restrictions upon the choice of association with which it will engage in collective bargaining. If, as Cory J. concedes, the government of the Northwest Territories was under no duty to enact a scheme of collective bargaining, then in my view it logically follows that limitations placed upon a purely statutory entitlement do not attract the protection of s. 2(d) of the *Charter*. If section 2(d) does not guarantee the right to bargain collectively, I fail to understand how it can guarantee a right to any particular bargaining agent. To find otherwise in effect would constitutionalize collective bargaining rights, a proposition which was rejected by a majority of this Court in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*.

Je conclus à regret que je suis incapable de partager l'avis du juge Cory qu'une fois qu'elle a établi un régime de négociation collective dans le secteur public, une législature ne peut pas imposer de restrictions arbitraires au choix de l'association avec laquelle elle entreprendra des négociations collectives. Si, comme le reconnaît le juge Cory, le e gouvernement des territoires du Nord-Ouest n'était pas tenu d'adopter un régime de négociation collective, alors, à mon avis, il s'ensuit logiquement f que des restrictions imposées à un droit d'origine purement législative ne font pas interver- g nir la protection de l'al. 2d) de la *Charte*. Si l'alinéa 2d) ne garantit pas le droit de négocier collectivement, je suis incapable de comprendre comment il peut garantir un droit à un agent négociateur en particulier. Tirer une autre conclusion aurait pour effet de constitutionnaliser des h droits de négocier collectivement, une proposition que notre Cour a rejetée à la majorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*.

Pour ces motifs, et non sans beaucoup d'hésitation i compte tenu des opinions que j'ai exprimées dans la trilogie d'arrêts en matière de droit du travail sur la portée de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je conclus qu'à moins de renverser les motifs de la majorité de notre Cour dans la trilogie, le présent pourvoi doit être rejeté, avec dépens aux intimés. Je partage

For these reasons, and not without considerable hesitation having regard to the views which I expressed in the labour law trilogy of cases on the scope of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I have concluded that, short of overruling the reasons of the majority of this Court in the trilogy, this appeal must be dismissed with costs to the respondents. I agree with Sopinka J.

that the constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: The question need not be answered.

The reasons of Wilson, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka. While I agree with his position regarding the issue of standing, I must respectfully disagree with his conclusion that s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, does not contravene s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Public Service Act

The *Public Service Act* is a comprehensive statute designed to regulate all aspects of employment in the public service of the Northwest Territories. It is relatively short with only 50 sections. Nonetheless, its provisions are broad in their scope. They encompass the organization of the public service, the classification of jobs, the making of appointments, and the terms and conditions of employment, including pay, suspensions, demotions, dismissals and holidays. The Act, by s. 42(2), also makes provision for the Commissioner (now described in the Act as the Minister) to enter into a collective agreement with an employees' association.

The most cursory review of the Act reveals one very significant feature. The Commissioner is specifically empowered to make a wide range of decisions. The Commissioner manages and directs the public service (s. 3); classifies the service and

l'avis du juge Sopinka que les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Version française des motifs des juges Wilson, Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE CORY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Sopinka. Bien que je sois du même avis que lui sur la question de la qualité pour agir, je dois, en toute déférence, être en désaccord avec sa conclusion que l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, n'enfreint pas l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

f La Public Service Act

La *Public Service Act* est une loi générale qui vise à régir tous les aspects de l'emploi dans la fonction publique des territoires du Nord-Ouest. Elle est assez brève, ne comportant que 50 articles. Néanmoins, ses dispositions ont une large portée. Elles comprennent l'organisation de la fonction publique, la classification des emplois, les nominations et les conditions d'emploi, dont la rémunération, les suspensions, les rétrogradations, les renvois et les vacances. La Loi, à son par. 42(2), dispose aussi que le Commissaire (maintenant désigné dans la Loi par le mot Ministre) peut conclure une convention collective avec une association d'employés.

Même une lecture très rapide de la Loi en révèle un aspect très important. Le Commissaire y est habilité expressément à prendre une grande variété de décisions. Le Commissaire gère et dirige la fonction publique (art. 3), il établit la classifica-

each position within it (s. 5); establishes the rates of pay (s. 7); has the exclusive right and authority to appoint persons to positions in the service (s. 15(1)); can dismiss or lay off employees (ss. 26 and 32); and can make regulations to carry the provisions and purposes of the Act into effect (s. 40). The Government, through the Commissioner, has thus retained the means of controlling the conditions of employment in the public service.

This control is reflected in the collective bargaining provisions of the Act. Section 42(1)(a) defines a collective agreement as being an agreement entered into between the Commissioner and an "employees' association". Section 42(1)(b) defines an employees' association as follows:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

Section 42(2) then states that the Commissioner "may" enter into a collective agreement with such an association.

The result of these provisions is that the government is able to control every aspect of the collective bargaining process. Not only does the Act give the government an unfettered discretion to choose which association will be incorporated as a collective bargaining agent under s. 42(1)(b), but it also makes the negotiation of a collective agreement a discretionary process on the part of the government. This Act is one of the few statutes governing labour relations extant in Canada which makes not only the choice of the employees' association but also a change of that association by the employees subject to the approval of the government, which is the employer. Whether that approval is to be given is within the absolute discretion of the government employer.

The legislative scheme seems to heavily favour the government to the extent of being one-sided, but this case is not concerned with the apparent

tion des services et chacun des postes qu'elle comporte (art. 5), il établit les échelles de salaires (art. 7), il a le droit et le pouvoir exclusifs de nommer des personnes à des postes de la fonction publique (par. 15(1)), il peut congédier des employés ou les mettre en disponibilité (art. 26 et 32), et il peut promulguer des règlements d'application de la Loi (art. 40). Le gouvernement a donc, par l'entremise du Commissaire, conservé le moyen de contrôler les conditions d'emploi dans la fonction publique.

Ce contrôle se reflète dans les dispositions de la Loi relatives à la négociation collective. L'alinéa 42(1)a définit une convention collective comme une entente intervenue entre le Commissaire et une «association d'employés». L'alinéa 42(1)b) définit une association d'employés de la façon suivante:

d [TRADUCTION] 42. (1) Aux articles 42 à 46

b) «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

Le paragraphe 42(2) précise ensuite que le Commissaire [TRADUCTION] «peut» conclure une convention collective avec une telle association.

Ces dispositions ont comme conséquence que le gouvernement est en mesure de contrôler tous les aspects du processus de négociation collective. Non seulement la Loi donne-t-elle au gouvernement le pouvoir discrétionnaire absolu de déterminer quelle association sera constituée en personne morale à titre d'agent négociateur en vertu de l'al. 42(1)b), mais elle fait dépendre la négociation d'une convention collective de la seule volonté du gouvernement. La Loi est l'une des quelques lois qui régissent les relations de travail en vigueur au Canada qui soumet le choix de l'association d'employés de même que le changement d'association par les employés à l'approbation du gouvernement, qui est aussi l'employeur. Cette approbation est laissée à l'entièvre discréction du gouvernement employeur.

Ce régime juridique semble tellement favoriser le gouvernement qu'il en devient inéquitable, mais, en l'espèce, nous n'avons pas à juger de l'iniquité

unfairness of the legislation. Rather, the question is whether the Act infringes the right of freedom of association enshrined in s. 2(d) of the *Charter*.

Section 2(d)

Section 2(d) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The section must be considered in light of three decisions of this Court: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the *Alberta Reference*); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. A helpful summary of the positions taken in these cases was made by MacGuigan J. in *NSNU, Devco Local v. Canada Labour Relations Board* (1989), 58 D.L.R. (4th) 225 (F.C.A.), at p. 232, where he stated:

In those cases three of the six participating judges held that the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* does not include a guarantee either of the right to bargain collectively or of the right to strike, two judges held that it included both guarantees, and the sixth held that it did not include a guarantee of the right to strike (which was all that was necessary for decision in those cases) but left open the possibility that other aspects of collective bargaining may be Charter-protected.

Two of the cases in the trilogy, namely, the *Alberta Reference* and *RWDSU*, considered whether s. 2(d) constitutionally protected the right to strike. McIntyre J. held in those cases that the right to strike was not protected under s. 2(d). In the *Alberta Reference*, he also seemed to suggest that the right to bargain collectively was not included under the guarantee of freedom of association, although that issue was not specifically before the Court. In fact, Le Dain J. stated in his reasons in the *Alberta Reference* at p. 390:

I agree with McIntyre J. that the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the

apparente des dispositions législatives. La question à trancher est plutôt celle de savoir si la Loi porte atteinte à la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

L'alinéa 2d)

L'alinéa 2d) est ainsi rédigé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté d'association.

Il faut analyser cet alinéa en fonction des trois décisions de notre Cour: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le *Renvoi relatif à l'Alberta*), *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. Le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, a résumé utilement les positions exprimées dans ces jugements dans l'arrêt *Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, Section Devco («SINE») c. Conseil canadien des relations du travail C.A.F.*, n° A-973-87, 23 mars 1989*, à la p. 8:

c) Dans ces affaires, trois des six juges ont décidé que la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte* n'inclut aucune garantie du droit de négocier collectivement ou de faire la grève; deux juges ont émis l'opinion qu'elle incluait les deux garanties; le sixième a décidé qu'elle n'incluait pas le droit de faire la grève, (seul point sur lequel il était nécessaire de statuer dans ces affaires) mais il a laissé entendre qu'il était possible que sous d'autres aspects la négociation collective puisse bénéficier de la protection de la *Charte*.

d) Dans deux des arrêts formant la trilogie, soit le *Renvoi relatif à l'Alberta* et *SDGMR*, on a examiné si l'al. 2d) garantit un droit constitutionnel de faire la grève. Dans ces deux décisions, le juge McIntyre a statué que l'al. 2d) ne garantit pas le droit de faire la grève. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, il semble aussi vouloir dire que le droit de négocier collectivement n'est pas compris dans la garantie relative à la liberté d'association, bien que cette question n'ait pas été expressément soumise à la Cour. De fait, le juge Le Dain affirme dans les motifs de jugement qu'il a rédigés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 390:

e) Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits*

* Retenu pour publication dans [1990] 3 C.F.

case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike, and accordingly I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by him.

However, in his reasons in *PSAC*, McIntyre J. indicated that he did not intend to go that far. In *PSAC* the constitutional validity of legislation which imposed a "6 and 5" percentage cap on wage increases for two years and denied the right to strike or to lockout during that time frame was questioned. McIntyre J. referred to his reasons in the *Alberta Reference*, and wrote at p. 453:

... I am of the opinion that s. 2(d) of the *Charter* does not include a constitutional guarantee of a right to strike. My finding in that case does not, however, preclude the possibility that other aspects of collective bargaining may receive *Charter* protection under the guarantee of freedom of association. [Emphasis added.]

He went on to hold that the legislation in question did not infringe s. 2(d) because, while it limited the bargaining power of the union, it still permitted negotiations between the employer and the union with regard to other terms and conditions of employment.

In *PSAC*, as in the other cases of the trilogy, Dickson C.J. and Wilson J. expressed the opinion that s. 2(d) did constitutionally guarantee a right to collectively bargain. On the other hand, Le Dain J., with Beetz and La Forest JJ. concurring, found that s. 2(d) did not include such a right. It can be seen that the Court appears to have been evenly divided on the question of whether s. 2(d) could guarantee at least some aspects of the right to collectively bargain. It thus remains an open question as to whether all aspects of collective bargaining are precluded from s. 2(d) protection.

However, it is not necessary for the disposition of this case to re-open that issue. Here, the legislation in question sets up a collective bargaining regime. It then precludes all employees, groups or

et libertés ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière qu'il propose.

Cependant, dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *AFPC*, le juge McIntyre indique qu'il n'avait pas eu l'intention d'aller aussi loin. Dans l'affaire *AFPC*, on contestait la constitutionnalité des lois qui limitaient à 6 pour 100 et 5 pour 100 les augmentations de salaires pour deux ans et refusaient le droit de grève et de lock-out pendant la même période. Le juge McIntyre, mentionnant ses motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, affirme, à la p. 453:

... je suis d'avis que l'al. 2d) de la *Charte* n'inclut pas une garantie constitutionnelle du droit de faire la grève. Toutefois, ma conclusion dans cet arrêt n'écarte pas la possibilité que d'autres aspects de la négociation collective puissent bénéficier de la protection de la *Charte* en vertu de la garantie de la liberté d'association. [Je souligne.]

Il poursuit en disant que les dispositions législatives en cause ne portaient pas atteinte à l'al. 2d) parce que, même si elles restreignaient le pouvoir de négocier du syndicat, elles permettaient quand même que des négociations entre l'employeur et le syndicat aient lieu relativement aux autres conditions d'emploi.

Dans l'arrêt *AFPC*, comme dans les autres arrêts de la trilogie, le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont exprimé l'avis que l'al. 2d) garantit un droit constitutionnel de négocier collectivement. Par contre, le juge Le Dain, aux motifs duquel les juges Beetz et La Forest ont souscrit, a conclu que l'al. 2d) ne comporte pas ce droit. On peut donc constater que la Cour paraît divisée également sur la question de savoir si l'al. 2d) peut garantir au moins certains aspects du droit de négocier collectivement. La question de savoir si tous les aspects de la négociation collective sont exclus de la protection conférée par l'al. 2d) n'est donc pas encore tranchée.

Cependant, il n'est pas nécessaire, pour résoudre le présent pourvoi, de revenir sur cette question. En l'espèce, les dispositions législatives en cause établissent un régime de négociation collective.

associations except the group or groups incorporated by the exercise of an absolute government discretion from participating in that process. To my mind, this strikes at the very heart of freedom of association.

Nature of the Freedom of Association

Freedom of association is the freedom to join together for the purpose of achieving common goals. It is a right that is fundamental to a free and democratic society. Le Dain J. in the *Alberta Reference* wrote at p. 391:

... the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted.

The right of association is vitally important in our industrialized society. As C. Wilfred Jenks remarked in *Human Rights and International Labour Standards* (1960), at p. 49:

In an age of interdependence and large-scale organisation, in which the individual counts for so little unless he acts in co-operation with his fellows, freedom of association has become the cornerstone of civil liberties and social and economic rights alike.

Freedom of association, like freedom of expression and freedom of religion, is an individual right. It is not a right which adheres to a group, or to the purposes or objectives of that group. As Clyde W. Summers observed in "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, at p. 647:

Although commonly asserted by the organization, freedom of association is not simply a collective right vested in the organization for its benefit. Freedom of association is an individual right vested in the individual to enable him to enlarge his personal freedom. Its function is not merely to grant power to groups, but to enrich the individual's participation in the democratic process by his acting through those groups. [Emphasis added.]

Elles empêchent donc de participer à ce processus tous les employés, groupes ou associations d'employés, sauf le ou les groupes constitués en personnes morales en vertu de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement. À mon avis, ces dispositions visent l'essence même de la liberté d'association.

Nature de la liberté d'association

b La liberté d'association est la liberté de se joindre à d'autres personnes dans le but de réaliser des objectifs communs. C'est un droit fondamental dans une société libre et démocratique. Le juge Le Dain affirme, à la p. 391 du *Renvoi relatif à l'Alberta*:

c ... la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise.

d Le droit d'association a une importance vitale dans notre société industrialisée. Comme C. Wilfred Jenks le fait remarquer dans *Human Rights and International Labour Standards* (1960), à la p. 49:

f [TRADUCTION] Dans une ère d'interdépendance et d'organisation sur grande échelle où l'individu compte pour si peu s'il n'agit pas de concert avec ses semblables, la liberté d'association est devenue la pierre angulaire des libertés civiles et des droits socio-économiques.

g h La liberté d'association, comme la liberté d'expression et la liberté de religion, est un droit individuel. Il ne s'agit pas d'un droit qui se rattache à un groupe ou aux objectifs de ce groupe. Comme Clyde W. Summers le souligne dans «Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States» (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, à la p. 647:

i [TRADUCTION] Bien qu'elle soit ordinairement revendiquée par l'organisation, la liberté d'association n'est pas seulement un droit collectif conféré à l'organisation pour son avantage. La liberté d'association est un droit individuel dont la personne est investie dans le but de lui permettre d'accroître sa liberté personnelle. Son rôle n'est pas seulement de conférer des pouvoirs à des groupes, mais de favoriser la participation de l'individu au processus démocratique en lui permettant d'agir par l'intermédiaire de ceux-ci. [Je souligne.]

Whenever people labour to earn their daily bread, the right to associate will be of tremendous significance. Wages and working conditions will always be of vital importance to an employee. It follows that for an employee the right to choose the group or association that will negotiate on his or her behalf with regard to those wages and working conditions is of fundamental importance. The association will play a very significant role in almost every aspect of the employee's life at work, acting as advisor, as spokesperson in negotiations, and as a shield against wrongful acts of the employer. If collective bargaining is to function properly, employees must have confidence in their representative. That confidence will be lost if the individual employee is unable to choose the association.

Effect of the Northwest Territories Act on the Right of Association

At the outset it must be acknowledged that the Northwest Territories government was under no duty to enact a collective bargaining legislative scheme. Nor could an association of employees claim that it had a constitutional right to the enactment of such a scheme. However, once the Northwest Territories government undertook to enact such a legislative scheme, the legislation became subject to constitutional scrutiny. It follows that I cannot agree with the position taken by my colleague that if a government has no duty to bargain with anyone, then it also may, in the exercise of an absolute discretion, choose with whom it wishes to bargain. While this concept may hold true in a completely open economy, it cannot be applied in Canada where legislation has been enacted which governs and controls the collective bargaining process.

Section 42(1)(b) of the Act allows the government to totally monopolize the decision as to which associations are to be incorporated and thereby become "employees' association[s]". Only the government can incorporate an employees' association. Only those associations which in the discretion of the government have been incorporated can then participate in the collective bar-

Partout où des personnes travaillent pour gagner leur vie, le droit d'association a une importance énorme. Le salaire et les conditions de travail auront toujours une importance vitale pour un employé. Il s'ensuit que pour un employé, le droit de choisir le groupe ou l'association qui négociera pour son compte ce salaire et ces conditions de travail a une importance fondamentale. L'association jouera une rôle très important dans à peu près tous les aspects de la vie de l'employé dans son lieu de travail, en faisant fonction de conseiller, de porte-parole dans les négociations et de rempart contre les actes illicites de l'employeur. Pour que les négociations collectives donnent des résultats, les employés doivent avoir confiance en leurs représentants. Cette confiance n'existera pas si l'employé à titre individuel n'est pas en mesure de choisir l'association.

Consequences de la loi des territoires du Nord-Ouest sur le droit d'association

Il faut reconnaître, au départ, que rien n'obligeait le gouvernement des territoires du Nord-Ouest à adopter un régime législatif de négociation collective. Une association d'employés ne pouvait pas non plus prétendre avoir un droit constitutionnel à l'adoption d'un tel régime. Cependant, dès que le gouvernement des territoires du Nord-Ouest a entrepris d'adopter un tel régime législatif, ces dispositions législatives devinrent sujettes à un examen de leur constitutionnalité. Il s'ensuit que je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue qui affirme que si un gouvernement n'est pas tenu de négocier avec qui que ce soit, il peut alors, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire absolu qu'il possède, choisir avec qui il négociera. Bien que cette idée soit valable dans une économie absolument libre, elle ne peut s'appliquer au Canada où des lois régissent et contrôlent le processus de négociation collective.

L'alinéa 42(1)b) de la Loi permet au gouvernement de se réservé de façon absolue le droit de décider quelles associations seront constituées en personnes morales et deviendront ainsi des «association[s] d'employés». Seul le gouvernement peut constituer une association d'employés en personne morale. Seules les associations que le gouvernement a constituées en personnes morales dans

gaining process. The legislated governmental discretion to create these entities must of necessity also include a governmental discretion to refuse to incorporate an association. There are neither bars to curb nor guidelines to direct the exercise of this absolute discretion. The section provides the means by which the government can, for all collective bargaining purposes, deny the very existence of an association selected by the employees to bargain on their behalf. Such an untrammeled governmental discretion must *prima facie* violate an individual's freedom of association.

The right of the individual employee to join the association of his or her choice seems to me to be of fundamental importance. It not only enables the individual to better participate in the democratic process by acting through a group, but it permits the individuals to act in concert to seek fairness in wage settlements and working conditions. At the very least, the forming or changing of an entity to undertake collective bargaining is entitled to the protection of the *Charter* right of freedom of association.

The right of employees to change their collective bargaining association is just as important as the right to form it. It may be important to a group of employees to be represented by a national or international union. Such an entity may have access to expert advice on a wide variety of subjects ranging from the field of economics to the effects on health and safety of their work. At other times the reverse may be true and for valid reasons the employees may wish to be represented by a small and local entity. The needs of the employees are only known by them, and they should have the right to choose the association which can best represent their needs. Section 42(1)(b) of the Act denies them of that choice.

A simple example may help to illustrate the pernicious nature of the *Public Service Act* and to illustrate the problem faced by employees seeking to form an association. Let us imagine that s.

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire peuvent prendre part au processus de négociation collective. Le pouvoir discrétionnaire que le gouvernement possède en vertu de la Loi de créer ces entités comporte forcément celui de refuser de constituer une association en personne morale. Il n'y a ni obstacle qui empêche, ni directive qui détermine l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire absolu. L'alinéa fournit au gouvernement la possibilité de refuser, pour toutes les fins de la négociation collective, l'existence même à l'association choisie par les employés pour négocier en leur nom. Un tel pouvoir discrétionnaire illimité doit, à première vue, enfreindre la liberté d'association d'une personne.

Le droit d'un employé à titre individuel d'adhérer à une association de son choix me paraît avoir une importance fondamentale. Non seulement permet-il à la personne de mieux participer au processus démocratique en agissant par l'intermédiaire d'un groupe, mais il permet en outre aux personnes d'agir de concert en vue d'obtenir des conditions de travail et des salaires équitables. À tout le moins, la formation ou le changement de l'entité qui doit procéder à des négociations collectives est protégé en vertu de la liberté d'association consacrée par la *Charte*.

Le droit des employés de changer l'association qui doit procéder à des négociations collectives est aussi important que celui de la former. Il peut être important pour un groupe d'employés d'être représenté par un syndicat national ou international. Un tel organisme peut disposer de conseils spécialisés sur une grande variété de sujets depuis le domaine de l'économie jusqu'aux répercussions de leur travail sur la santé et la sécurité. Dans d'autres circonstances, il peut en être autrement; les employés peuvent avoir des motifs valables de vouloir être représentés par un petit organisme local. Seuls les employés savent ce dont ils ont besoin et ils devraient avoir le droit de choisir l'association qui fera le mieux valoir leurs besoins. L'alinéa 42(1)b) de la Loi les prive de ce choix.

Un simple exemple peut aider à faire voir le caractère pernicieux de la *Public Service Act* et à illustrer le problème auquel les employés qui cherchent à former une association sont confrontés.

42(1)(b) applied to all employees' associations, not just those concerned with collective bargaining. Suppose individual employees formed an association, a team, to play hockey or baseball. The Government, through the Commissioner, could say that only those teams approved at the discretion of the Government are allowed to play baseball or hockey, or even to attempt to book ice time or to reserve a baseball field. The Government would still graciously permit the team members to meet whenever or wherever they liked, at which meetings they could discuss the weather or the standard of television programs. However, they could not play baseball or hockey. In those circumstances the right of the employees to associate for the lawful purpose of playing baseball or hockey would have been frustrated. How much more important is the right to form an association for the purpose of collective bargaining? Yet, the employees' right to select, to form, or to change the association which they wish to have bargain collectively on their behalf is frustrated in the case at bar by the provisions of s. 42(1)(b), and, as a result, their guaranteed *Charter* right to associate is infringed.

It follows that I cannot accept the statement of my colleague that "s. 42(1)(b) has no effect on the existence of the Institute" (p. 405) and that the union exists as long as the individuals can meet at a town hall and discuss their grievances. The hypothetical team in the example above did not exist because, while the members could meet, they could not play hockey or baseball. Similarly, a union can only exist if it is allowed to bargain collectively. That is the *raison d'être* of a union. In order to carry out its function of bargaining it must be recognized pursuant to the provisions of the relevant labour legislation. However, such an association or union does not "exist" under the Northwest Territories Act until it is incorporated as an "employees' association". The Act thus effectively prevents 'unincorporated' associations from coming into existence and, by frustrating the employees' choice, thereby infringes the individual

Supposons que l'al. 42(1)b) s'applique à toutes les associations d'employés et non seulement à celles qui s'occupent de négociations collectives. Supposons que des employés forment une association, une équipe, dans le but de jouer au hockey ou au base-ball. Le gouvernement pourrait, par l'intermédiaire du Commissaire, décréter que seules les équipes approuvées selon le bon plaisir du gouvernement ont le droit de jouer au hockey ou au base-ball, ou même de réserver l'utilisation d'une patinoire ou d'un terrain de base-ball. Le gouvernement aurait quand même la générosité de permettre aux membres de cette équipe de se réunir où ils le voudraient, quand ils le voudraient, et de les laisser discuter à ces réunions de la pluie et du beau temps ou de la qualité des émissions de télévision. Par contre, ils ne pourraient jouer ni au hockey ni au base-ball. Dans de telles circonstances, le droit des employés de s'associer dans le but légitime de jouer au hockey ou au base-ball serait nié. Le droit de former une association dans le but de procéder à des négociations collectives n'est-il pas beaucoup plus important? Pourtant, les dispositions de l'al. 42(1)b) refusent en l'espèce aux employés le droit de choisir, de former ou de changer l'association qu'ils souhaitent voir négocier collectivement pour leur compte et, par conséquent, enfreignent leur droit d'association garanti par la *Charte*.

Il s'ensuit que je ne puis accepter l'affirmation de mon collègue que «l'al. 42(1)b) n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut» (p. 405) et que le syndicat existe pour autant que les personnes peuvent, à titre individuel, se réunir dans une salle paroissiale pour discuter de leurs griefs. L'équipe hypothétique de l'exemple qui précède n'existe pas parce que, même si ses membres pouvaient se réunir, ils ne pouvaient pas jouer au hockey ou au base-ball. De même, un syndicat n'existe que s'il lui est permis de négocier collectivement. C'est la raison d'être d'un syndicat. Pour exercer son rôle d'agent négociateur, il doit être accrédité conformément aux dispositions applicables du droit du travail. Cependant, en vertu de la loi des territoires du Nord-Ouest, une telle association ou un tel syndicat n'«existe» qu'à la condition d'être constitué en «association d'employés». La Loi empêche donc effectivement les associations «non consti-

employees' right to associate. To say that the union exists as long as the individuals can meet and discuss their grievances is, with respect, to cast a spell of unreality over the situation. The voiced grievances would have no more effect than casual complaints about the weather.

b That section 42(1)(b) denies the employees their right to associate was also acknowledged by Kerans J.A. in the Court of Appeal below. He stated ([1988] N.W.T.R. 223, at p. 233):

On the other hand, the requirement that the proposed bargaining agent be incorporated by the council might bear on freedom of association. Moreover, the limit is acknowledged to be unnecessary and capricious and the result of legislative oversight, so that it could not be sustained on invocation of s. 1 [of the *Charter*]. Therefore, the prospect of striking down looms unless the interpretive approach discussed at the outset can save it.

c Kerans J.A. thus concluded that s. 42(1)(b) violated the employees' freedom of association. However, he held that the constitutionality of the section could be saved by reading in the words "or recognized" after the word "incorporated". In my view, it was not open to the Court of Appeal to add these words to change the natural meaning of incorporated and thereby alter the sense of s. 42(1)(b). Nor would the addition of those words save the constitutionality of the section. The sole purpose of incorporating an association is to obtain recognition under the Act. The constitutionality of the section thus hinges not upon recognition, but upon the denial of the right to choose the employees' association. Kerans J.A. was originally correct when he held that the Act violated s. 2(d) of the *Charter*.

In summary, it is the very formation or changing of the employees' association which is restricted by s. 42(1)(b). To say that the association exists independently of its being incorporated under the

d tuées» d'exister et, en contrecarrant le choix des employés, elle porte par conséquent atteinte au droit des employés de s'associer. Affirmer que le syndicat existe dans la mesure où les personnes peuvent, à titre individuel, se réunir et discuter de leurs griefs équivaut, en toute déférence, à ignorer la réalité de la situation. Les discussions sur les griefs n'auront pas plus d'effet que de banales récriminations contre le temps qu'il fait.

e En Cour d'appel, le juge Kerans a aussi reconnu que l'al. 42(1)b) porte atteinte au droit d'association des employés. Il dit ceci ([1988] N.W.T.R. 223, à la p. 233):

f [TRADUCTION] D'autre part, l'exigence que le conseil constitue en personne morale l'agent négociateur proposé pourrait influer sur la liberté d'association. De plus, cette restriction est tenue pour inutile et fantaisiste et comme résultant d'un oubli du législateur, de sorte qu'elle ne saurait être sauvegardée par application de l'article premier [de la *Charte*]. En conséquence, elle risque d'être déclarée inopérante à moins que l'interprétation déjà mentionnée au début ne permette de la sauvegarder.

g Le juge Kerans a donc conclu que l'al. 42(1)b) viole la liberté d'association des employés. Cependant, il a statué qu'il était possible de préserver la constitutionnalité de l'alinéa en ajoutant les mots [TRADUCTION] «ou reconnue» après l'expression [TRADUCTION] «constituée en personne morale». Selon moi, il n'était pas loisible à la Cour d'appel d'ajouter ces mots de manière à changer le sens ordinaire de l'expression [TRADUCTION] «constituée en personne morale» et, par conséquent, à modifier le sens de l'al. 42(1)b). L'addition de ces mots n'aurait pas pour effet de préserver la constitutionnalité de l'alinéa. Le seul objet de la constitution d'une association en personne morale est d'obtenir la reconnaissance en vertu de la Loi. La constitutionnalité de l'alinéa dépend non pas de la reconnaissance, mais de l'atteinte portée au droit de choisir l'association d'employés. Le juge Kerans a eu raison, au départ, de statuer que la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte*.

j En résumé, l'al. 42(1)b) limite la formation ou le changement même de l'association d'employés. Dire que l'association existe sans avoir été constituée au sens de la Loi équivaut à dépouiller de tout

legislation would be to denude the right granted by s. 2(d) of the *Charter* of any significance. The fact that the people who form the association (the union) may still meet together without interference from the state has no meaning if this association cannot be recognized under the relevant labour legislation. Section 42(1)(b) so restricts the freedom to form and change an association that it infringes the individual's right to associate protected by s. 2(d) of the *Charter*. Once a government has enacted a statutory definition of a group, as a legal entity, then any individual should be able to attempt to get his or her group recognized as such an entity, or to change the existing group entitled to exercise the rights granted under that legislative scheme. Arbitrary or totally discretionary restrictions placed upon the employees' right to choose their association must *prima facie* violate the freedom of association.

Section 1 of the *Charter*

It remains to be determined whether s. 42(1)(b) can be saved as justifiable legislation under s. 1 of the *Charter*. The general principles which govern a s. 1 analysis have been enunciated in a number of decisions of this Court, particularly in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. These cases dictate a two-step analysis. First, the court must assess the importance of the objective underlying the impugned legislation; and secondly, it must determine whether the means employed to achieve the purpose of the legislation are proportional to that objective.

Legislative Objective

Section 42(1)(b) allows for the recognition of a union as an "employees' association" under the Act. The section does this through the "incorporation" of an association. This is comparable to the certification of a union in other jurisdictions.

The certification procedure is the foundation of any collective bargaining regime. George Adams in *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985) wrote, at p. 309:

b
c
d
e
f
g

son sens le droit reconnu par l'al. 2d) de la *Charte*. Le fait que les personnes qui forment l'association (le syndicat) peuvent quand même se réunir sans empêchement de la part de l'État n'a aucun sens si l'association ne peut pas être reconnue en vertu des dispositions de droit du travail applicables. L'alinéa 42(1)b) restreint tellement la liberté de constituer ou de changer une association qu'il porte atteinte au droit qu'ont les personnes de s'associer en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. Dès qu'un gouvernement adopte une définition législative d'un groupe, à titre d'entité juridique, toute personne devrait pouvoir essayer de le faire reconnaître comme tel ou de changer le groupe déjà habilité à exercer les droits accordés par ce régime législatif. Toute restriction arbitraire ou absolument discrétionnaire apportée au droit des employés de choisir leur association doit, à première vue, enfreindre la liberté d'association.

L'article premier de la *Charte*

Il reste à déterminer si l'al. 42(1)b) peut être sauvagardé à titre de disposition dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les principes généraux qui régissent une analyse fondée sur l'article premier ont été énoncés dans un certain nombre d'arrêts de notre Cour, notamment *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ces arrêts prescrivent une analyse en deux étapes. D'abord, la cour doit déterminer l'importance de l'objectif qui sous-tend la mesure législative contestée, puis elle doit déterminer si le moyen employé pour atteindre cet objectif est proportionné au but poursuivi.

L'objectif de la mesure législative

i
j

L'alinéa 42(1)b) permet de reconnaître un syndicat comme une «association d'employés» au sens de la Loi. L'alinéa le fait par la «constitution en personne morale» d'une association. Cela se compare à l'accréditation d'un syndicat dans d'autres ressorts.

La procédure d'accréditation est le fondement même de tout régime de négociation collective. George Adams affirme, à la p. 309 de la *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985):

The certification process is at the heart of our system of collective bargaining and has a fundamental impact on labour relations . . . [M]odern collective bargaining laws were enacted to eliminate recognition conflicts. While an employer might voluntarily recognize a trade union as the bargaining representative of a coherent group of employees or "bargaining unit", collective bargaining laws create a statutory procedure for the administrative determination of the appropriate bargaining unit and the authorized employee representative.

[TRADUCTION] Le processus d'accréditation est au centre de notre régime de négociation collective et il a des conséquences fondamentales sur les relations de travail. [. . .] [L]es textes législatifs modernes relatifs aux négociations collectives ont été édictés en vue d'éliminer les conflits en matière de reconnaissance. Bien que l'employeur puisse reconnaître de son plein gré un syndicat ouvrier à titre d'agent négociateur d'un groupe homogène d'employés ou d'une «unité de négociation», les lois relatives aux négociations collectives établissent une procédure applicable à la détermination administrative de l'unité de négociation appropriée et des représentants autorisés des employés.

By specifying who the bargaining agent for certain employees shall be, the legislation provides a structure within which collective bargaining may take place. Collective bargaining would be well nigh impossible if a large number of separate associations were all vying to represent the same employees. To avoid such a situation the legislation dictates the method by which an association may win recognition under the statute by being "incorporated" or "certified" as a bargaining agent. After it has been duly recognized, the association can then enter into negotiations with the employer.

It is important to note that the exclusive bargaining agency aspects of the scheme are not the result of recognition under the Act. Rather they are the result of a separate section which grants such a right to the certified union or employees' association. The issue as to whether a right to exclusive bargaining status should have constitutional protection thus does not arise in this case. That is an entirely separate and independent aspect of the legislative scheme. The sole question in the case at bar is whether a certain association should even be allowed an opportunity to participate in collective bargaining under the legislative scheme.

The objective of the Act is thus to provide the means of selecting a collective bargaining agent for the employees. The result of the selection process will inevitably be that not every employee's chosen association will achieve bargaining agent status. However, the necessity of having some structure to the process is of vital importance, and

c En précisant qui sera agent négociateur pour un groupe d'employés, la mesure législative établit un régime dans lequel les négociations collectives peuvent se dérouler. Celles-ci seraient presque impossibles si un grand nombre d'associations distinctes cherchaient toutes à représenter les mêmes employés. Pour éviter cette situation, la mesure législative détermine la manière dont une association peut obtenir la reconnaissance en vertu de la Loi en étant «constituée en personne morale» ou «accréditée» à titre d'agent négociateur. Après avoir été dûment reconnue, une association peut engager des négociations avec l'employeur.

f Il importe de souligner que le caractère exclusif de la représentation collective ne découle pas de la reconnaissance en vertu de la Loi. Il découle plutôt d'un autre article qui confère ce droit au syndicat accrédité ou à l'association d'employés. La question de savoir si le droit à l'exclusivité de négocier doit bénéficier d'une protection constitutionnelle ne se pose donc pas en l'espèce. C'est un aspect tout à fait distinct et indépendant de ce régime législatif. La seule question soulevée par l'espèce g est de savoir si une association donnée devrait même avoir la possibilité de participer aux négociations collectives en vertu du régime établi par la Loi.

i La Loi a donc pour objet de donner le moyen de choisir l'agent qui négociera collectivement au nom des employés. Le processus de sélection fera forcément en sorte que ce ne seront pas toutes les associations choisies par les employés qui obtiendront le statut d'agent négociateur. Cependant, la nécessité que le processus soit structuré est cru-

certainly of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right.

Proportionality

An analysis of the proportionality of the legislation involves a threefold assessment, namely (i) whether there is a rational connection between the approach used in the legislation and the objective it is meant to serve; (ii) whether the measure impairs as little as possible the right or freedom in question; and (iii) whether the deleterious effects of the legislation are justifiable in light of the objective it is meant to serve.

At the outset it may be helpful to compare s. 42(1)(b) with the enactments of other jurisdictions. If section 42(1)(b) accomplishes the same task in a comparable manner to the other statutes, then there would be a strong argument for upholding the constitutional validity of the legislation. Such, however, is not the result.

The *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, outlines a certification procedure in ss. 25 to 31. Section 28 provides:

28. Where the Board

(a) has received from a trade union an application for certification as the bargaining agent for a unit,

(b) has determined the unit that constitutes a unit appropriate for collective bargaining, and

(c) is satisfied that, as of the date of the filing of the application or of such other date as the Board considers appropriate, a majority of the employees in the unit wish to have the trade union represent them as their bargaining agent,

the Board shall, subject to this Part, certify the trade union making the application as the bargaining agent for the bargaining unit.

Section 29 states that the Board may, when only 35 to 50 per cent of the employees in a bargaining unit are members of the union, or at any other time, order a representation vote to be taken; and s. 31 states that the result of the vote will indicate the wishes of the majority of the employees in the unit.

ciale et elle a certainement assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution.

a La proportionnalité

L'analyse de la proportionnalité de la mesure législative porte sur trois aspects, soit: (i) Existe-t-il un lien rationnel entre la méthode utilisée dans la mesure législative et l'objectif recherché? (ii) La mesure porte-t-elle le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question? Et (iii) les effets préjudiciables de la mesure législative sont-ils justifiables compte tenu de l'objectif visé?

Pour commencer, il peut être utile de comparer l'al. 42(1)b) avec les dispositions d'autres ressorts.

d Si l'alinéa 42(1)b) remplissait le même rôle que les autres lois et d'une manière comparable, il y aurait alors un argument solide en faveur de la constitutionnalité de cette disposition législative. Ce n'est cependant pas le cas.

Les articles 25 à 31 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, énoncent la procédure d'accréditation. L'article 28 prévoit:

f 28. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil doit accréditer un syndicat lorsque les conditions suivantes sont remplies:

g a) il a été saisi par le syndicat d'une demande d'accréditation;

b) il a défini l'unité de négociation habile à négocier collectivement;

c) il est convaincu qu'à la date du dépôt de la demande, ou à celle qu'il estime indiquée, la majorité des employés de l'unité désiraient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur.

L'article 29 édicte que le Conseil peut ordonner la tenue d'un scrutin de représentation lorsque seulement 35 à 50 pour cent des employés d'une unité de négociation sont membres d'un syndicat, ou encore à tout autre moment; l'art. 31 édicte que le résultat du scrutin indique la volonté de la majorité des employés de l'unité.

Similar legislation is found in s. 7 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, as amended. That section states:

7.—(1) Upon an application for certification, the Board shall ascertain the number of employees in the bargaining unit at the time the application was made and the number of employees in the unit who were members of the trade union at such time as is determined under clause 103(2)(j).

(2) If the Board is satisfied that not less than 45 per cent and not more than 55 per cent of the employees in the bargaining unit are members of the trade union, the Board shall, and if the Board is satisfied that more than 55 per cent of such employees are members of the trade union, the Board may direct that a representation vote be taken.

(3) If on the taking of a representation vote more than 50 per cent of the ballots cast are cast in favour of the trade union, and in other cases, if the Board is satisfied that more than 55 per cent of the employees in the bargaining unit are members of the trade union, the Board shall certify the trade union as the bargaining agent of the employees in the bargaining unit.

Comparable provisions are also found in *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 40; *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 43; *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 37.

The similarity of these statutes was noted by George Adams in his text *Canadian Labour Law*. At page 309 he stated:

There is a broad similarity across Canada in these procedures, although different emphasis may be placed on the utilization of membership cards and representation votes as methods of determining the wishes of employees. All of the statutes provide for a bargaining representative to be chosen by "the majority of employees in a unit appropriate for collective bargaining". Labour boards, in most instances, have been given the responsibility to determine the appropriate bargaining unit and the wishes of the employees.

That these certification procedures closely resemble each other is, I believe, due to three important concepts which are inscribed in all of the labour relations Acts. First, the certification procedures are conducted by an independent third party, such as the provincial or the Canada Labour

On trouve des dispositions semblables à l'art. 7 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228 et modifications. Cet article est ainsi conçu:

a 7 (1) Sur requête en accréditation, la Commission vérifie le nombre d'employés compris dans l'unité de négociation à la date de la présentation de la requête et le nombre de ceux qui étaient membres du syndicat à la date fixée en vertu de l'alinéa 103(2)j).

b (2) Si la Commission est convaincue qu'au moins 45 pour cent et au plus 55 pour cent des employés compris dans une unité de négociation sont membres du syndicat, elle ordonne la tenue d'un scrutin sur le caractère représentatif du syndicat. Si la Commission est convaincue que plus de 55 pour cent de ces employés sont membres du syndicat, le scrutin est facultatif.

c (3) Si, à la tenue de ce scrutin, plus de 50 pour cent des bulletins de vote sont en faveur du syndicat et si, sans scrutin, la Commission est convaincue que plus de 55 pour cent des employés compris dans l'unité de négociation sont membres du syndicat, elle l'accrédite comme agent négociateur des employés compris dans l'unité de négociation.

d e On trouve des dispositions comparables dans la *Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 40, le *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 43, et le *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 37.

f g George Adams souligne la similitude de ces lois dans son ouvrage *Canadian Labour Law*. Il dit, à la p. 309:

h [TRADUCTION] Il existe une grande similitude dans ces procédures partout au Canada, bien qu'on n'attribue pas partout le même rôle aux cartes de membre et aux votes de représentation comme moyen de déterminer la volonté des employés. Toutes les lois édictent que l'agent négociateur sera choisi «par la majorité des employés d'une unité appropriée pour négocier collectivement». Les commissions des relations de travail se sont vu confier, dans la plupart des cas, la responsabilité de déterminer l'unité de négociation appropriée et la volonté des employés.

i Je crois que ces procédures d'accréditation se ressemblent entre elles en raison des trois notions importantes que reflètent toutes les lois en matière de relations de travail. Premièrement, les procédures d'accréditation sont menées par un tiers indépendant, comme une commission provinciale ou

Relations Board. The certification procedure is thus not controlled by either party to the negotiations. Secondly, the independent third party considers the wishes of the employees in the potential bargaining unit. If a majority, or at least a substantial number, of the employees are members of the union applying for certification, or wish that union to be their bargaining agent, then the union must be certified by the Board acting as the independent agency. Thirdly, except in the *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64, s. 37(2), the process of certification is mandatory upon the fulfillment of the stated requirements. The legal recognition of the union under the legislation is therefore not left to the discretion of either of the potential bargaining parties, or even to the discretion of the independent third party Board.

The statutes of other jurisdictions outline a very reasonable compromise between the rights of the individual employee and the necessity of having a structured collective bargaining process. They set out a procedure whereby if individuals form an association which meets the listed criteria, then that association will be recognized as their bargaining agent. The individual employees in each case will have had a reasonable opportunity to select the bargaining agent of their choice pursuant to a fair process by means of which they may attempt to obtain recognition for their chosen bargaining agent.

The fairness of the process and the value of the individual choice is also reflected in the decertification procedures set out in these statutes. Decertification allows the individual employees to oust the present bargaining agent and to replace it with one of their own choosing. For example, ss. 38(1) and 39(1) of the *Canada Labour Code* state:

38. (1) Where a trade union has been certified as the bargaining agent for a bargaining unit, any employee who claims to represent a majority of the employees in the bargaining unit may, subject to subsection (5), apply to the Board for an order revoking the certification of that trade union.

fédérale des relations du travail. Ainsi les procédures d'accréditation ne sont pas contrôlées par l'une ou l'autre des parties aux négociations. Deuxièmement, le tiers indépendant tient compte de la volonté des employés de l'unité de négociation en puissance. Si la majorité ou au moins un nombre important des employés sont membres du syndicat qui demande l'accréditation, ou s'ils souhaitent que le syndicat soit leur agent négociateur, alors la commission doit accréditer le syndicat comme agent négociateur indépendant. Enfin, sauf au par. 37(2) de la *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64, le processus d'accréditation est obligatoire dès la réalisation des conditions prescrites. La reconnaissance légale du syndicat n'est donc pas laissée à la discrétion de l'une ou l'autre des parties potentielles à la négociation, ni même à celle de la commission qui constitue le tiers indépendant.

Les lois des autres ressorts représentent un compromis très raisonnable entre les droits individuels des employés et la nécessité d'avoir un processus structuré de négociation collective. Ces lois énoncent une procédure en vertu de laquelle, si des personnes forment une association qui satisfait aux critères énumérés, cette association sera reconnue comme leur agent négociateur. Dans chaque cas, tous les employés à titre individuel auront eu une occasion raisonnable de choisir l'agent négociateur qu'ils veulent avoir conformément à un processus équitable par lequel ils peuvent essayer d'obtenir la reconnaissance de l'agent négociateur de leur choix.

Les procédures de révocation de l'accréditation énoncées dans ces lois reflètent également l'équité du processus et l'importance du choix de chaque personne. La révocation de l'accréditation permet aux employés, à titre individuel, d'écartier l'agent négociateur actuel et de le remplacer par un de leur choix. Ainsi, les par. 38(1) et 39(1) du *Code canadien du travail* édictent ceci:

38. (1) Tout employé prétendant représenter la majorité des employés d'une unité de négociation peut, sous réserve du paragraphe (5), demander au Conseil de révoquer par ordonnance l'accréditation du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité.

39. (1) Where, on receipt of an application for an order made under subsection 38(1) or (3) in respect of a bargaining agent for a bargaining unit, and after such inquiry by way of a representation vote or otherwise as the Board considers appropriate in the circumstances, the Board is satisfied that a majority of the employees in the bargaining unit no longer wish to have the bargaining agent represent them, the Board shall, subject to subsection (2), by order,

- (a) in the case of an application made under subsection 38(1), revoke the certification of the trade union as the bargaining agent for the bargaining unit; or
- (b) in the case of an application made under subsection 38(3), declare that the bargaining agent is not entitled to represent the employees in the bargaining unit.

Analogous decertification provisions are found in the labour relations statutes of all of the other Canadian jurisdictions.

In sum, it can be seen that most of the collective bargaining statutes of the other Canadian jurisdictions provide a fair and reasonable process whereby individual employees may try to form associations to represent them, and may try to change associations which they deem to be inappropriate or ineffective. The statutes seem to strike a very reasonable balance between the rights of the individual, the union and the employer. It is a balance that should not be disturbed.

This brief review of comparable legislation indicates clearly that the *Public Service Act* fails to achieve such a reasonable balance. It does not provide for any process by which the wishes of the employees may be determined. The incorporation of the employees' association can only be attained by the exercise of an untrammelled governmental discretion. It is significant that this discretion is not to be exercised by an independent third party, but by the government itself, a vitally interested party to the ensuing collective bargaining. The Act is clearly very different from the labour relations statutes in all of the other jurisdictions.

39. (1) Si, à l'issue de l'enquête qu'il estime indiquée — tenue sous forme d'un scrutin de représentation ou sous une autre forme —, il est convaincu que la majorité des employés de l'unité de négociation visée par la demande ne désirent plus être représentés par leur agent négociateur, le Conseil doit rendre une ordonnance par laquelle:

- a*) dans le cas de la demande prévue au paragraphe 38(1), il révoque l'accréditation du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité;
- b*) dans le cas de la demande prévue au paragraphe 38(3), il déclare que l'agent négociateur n'a pas qualité pour représenter les employés de l'unité.

Les lois des relations de travail de tous les autres ressorts du Canada comportent des dispositions analogues sur la révocation de l'accréditation.

En résumé, on peut constater que la plupart des lois relatives aux négociations collectives des autres ressorts du Canada établissent un processus équitable et raisonnable par lequel les employés peuvent, à titre individuel, essayer de former des associations pour les représenter, et essayer de changer les associations qu'ils ne jugent pas appropriées ou efficaces. Les lois semblent établir un équilibre très raisonnable entre les droits des personnes à titre individuel, ceux du syndicat et ceux de l'employeur. C'est un équilibre qu'il faut se garder de rompre.

Ce bref examen des textes législatifs comparables indique clairement que la *Public Service Act* ne réalise pas cet équilibre raisonnable. Elle n'établit pas de processus qui permette de déterminer la volonté des employés. La constitution de l'association d'employés en personne morale ne peut se réaliser que par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement. Il est significatif que ce pouvoir discrétionnaire ne soit pas exercé par un tiers indépendant, mais par le gouvernement lui-même, une partie hautement intéressée dans les négociations collectives qui doivent avoir lieu par la suite. La Loi est manifestement très différente des lois relatives aux relations de travail de tous les autres ressorts.

In order to create a structured collective bargaining process for employees in the Northwest Territories it is not necessary to give the government complete control over the designation of the employees' bargaining agent. This denial of the employees' right to select their own bargaining agent in the manner contemplated in other jurisdictions cannot be justified as a reasonable limit under s. 1. It is out of proportion to the objective sought to be achieved and restricts the employees' freedom of association far more than is reasonably necessary.

Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* therefore cannot be justified under s. 1 of the *Charter* and it must be declared to be unconstitutional.

In the result, I would allow the appeal and strike down s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in so far as s. 42(1)(b) is concerned.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, in so far as s. 42(1)(b) is concerned.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Sopinka and Cory JJ. With respect, I am in general agreement with Sopinka J. and would dispose of the case and answer the constitutional questions in the manner proposed by him. I find it unnecessary, however, to say anything about whether the right of association must include the freedom of persons to join

Afin de créer un processus structuré de négociation collective pour les employés des territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire de donner au gouvernement un contrôle absolu sur la désignation de l'agent négociateur des employés. Cette négation du droit des employés de choisir leur propre agent négociateur de la manière prévue dans les autres ressorts ne saurait être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Elle est disproportionnée à l'objectif recherché et restreint la liberté d'association des employés beaucoup plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire.

c L'alinéa 42(1)b) de la *Public Service Act* ne saurait donc être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et il doit être déclaré inconstitutionnel.

d En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*.

e Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles:

f 1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

g Réponse: Oui, dans la mesure où l'al. 42(1)b) est concerné.

h 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

i Réponse: Non, dans la mesure où l'al. 42(1)b) est concerné.

j Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges Sopinka et Cory. En toute déférence, je suis généralement d'accord avec le juge Sopinka et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière qu'il propose. Toutefois, je considère qu'il n'est pas nécessaire de dire quoi que ce soit au sujet de la

together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have read the opinion of my colleague Sopinka J. and while I agree both with the reasons and result reached by him, I would like to add some brief comments of my own. For ease of reference I will reproduce s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

This section is attacked as infringing the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The measure of protection afforded by s. 2(d) has been the subject of recent debate by this Court. In *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, I concurred with Wilson J. who, dissenting on other grounds, set out the proper scope of the freedom of association. At page 1249 of her reasons she states:

Second, in deciding whether a given activity is protected by s. 2(d) of the *Charter*, the focus must be on whether one person seeks to associate with another, not on the nature of the activities or goals that they wish to pursue in common. The actual activities the individuals wish to pursue in common are not, according to the majority in that case [*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313], protected by s. 2(d). Only the coming together is protected. In this respect McIntyre J.'s observations are consistent with the approach this Court has taken to other freedoms embodied in s. 2 of the *Charter*. [Emphasis added.]

She makes it clear that the objects, purposes or activities which the association may wish to accomplish or pursue are irrelevant for *Charter* purposes.

question de savoir si le droit d'association doit comprendre la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu'ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel.

^a Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance de l'opinion de mon collègue le juge Sopinka et, bien que je sois d'accord tant avec ses motifs qu'avec la conclusion qu'il propose, je désire ajouter quelques brefs commentaires. Pour plus de commodité je reproduis l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications:

[TRADUCTION] **42. (1) Aux articles 42 à 46**

^b *b)* «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qu'il l'habilite à négocier collectivement.

Cet alinéa fait l'objet d'une attaque constitutionnelle pour le motif qu'il viole la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^c La mesure de protection visée par l'al. 2d) a récemment fait l'objet d'un débat devant notre Cour. Dans l'arrêt *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, j'ai souscrit à l'opinion du juge Wilson qui, dissidente mais non sur ce point, a exposé la portée exacte de la liberté d'association. À la page 1249, elle écrit:

^d *g* Deuxièmement, pour décider si une activité donnée est protégée par l'al. 2d) de la *Charte*, nous devons centrer l'analyse sur la question de savoir si une personne cherche à s'associer à une autre, et non sur la nature des activités ou des objectifs qu'elles désirent poursuivre en commun. Selon la majorité dans cet arrêt [*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313], les activités que les individus désirent exercer en commun ne sont pas elles-mêmes protégées par l'al. 2d).

^e Seul le fait de se joindre à d'autres est protégé. A cet égard, les observations du juge McIntyre sont compatibles avec la conception que notre Cour a adoptée à l'égard d'autres libertés prévues à l'art. 2 de la *Charte*. [Je souligne.]

^f Elle affirme clairement que les buts, objectifs ou activités qu'une association peut désirer poursuivre ne sont pas pertinents aux fins de la *Charte*.

These statements, in my opinion, determine the result in the case before us. The impugned legislative provision in this case does not burden the appellant's freedom of association. While one of the primary goals of employee associations is to attain the status of bargaining agent and to bargain collectively, the attaining of this status, its retention and the association's subsequent activity are by no means protected under the rubric of s. 2(d). In my opinion, this conclusion accords with the reasoning of the majority in the trilogy of "right to strike" cases (*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, and *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424). Le Dain J. in the *Alberta Reference* explicitly rejected the broad formulation of the freedom suggested by the minority. At page 390 he states:

I agree with McIntyre J. that the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike, and accordingly I would dismiss the appeal . . .

I feel bound by the majority decisions in the trilogy.

On a more pragmatic level, serious consequences follow on a finding that s. 2(d) applies in the present case. At pages 381-82 my colleague Cory J. provides examples of what are, in his opinion, infringements of the freedom of association. With respect, these examples, and his ultimate conclusions in the present case, do not, in my view, accord with the holdings of the majority in the trilogy and bring into sharp contrast the broad nature of the freedom he envisions. It is always the case, or at least generally so, that the objects of an association are pivotal to its existence. On a narrow reading of his reasons, incorporation and certification requirements would always be suspect. On a broader reading, any object of an association whose fulfillment is fundamental to the existence of the association would be protected. Section 2(d) was never meant, in my opinion, to

À mon avis, ces énoncés sont ici déterminants. La disposition législative contestée en l'espèce ne porte pas atteinte à la liberté d'association de l'appelant. Bien qu'un des objectifs premiers des associations d'employés soit d'obtenir le statut d'agent négociateur et de négocier collectivement, l'obtention de ce statut, son maintien et l'activité subséquente de l'association ne sont aucunement protégés en vertu de l'al. 2d). J'estime que cette conclusion est conforme au raisonnement de la majorité dans la trilogie des arrêts relatifs au «droit de grève» (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, et *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424). Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Le Dain a explicitement rejeté la l'interprétation large de la liberté proposée par la minorité. À la page 390, il dit:

d Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi . . .

f Je m'estime liée par les jugements de la majorité dans la trilogie.

Sur un plan plus pragmatique, une conclusion suivant laquelle l'al. 2d) s'applique en l'espèce comporte des conséquences sérieuses. Aux pages 381 et 382, mon collègue le juge Cory donne des exemples de ce qui constitue, à son avis, une violation de la liberté d'association. En toute déférence, ces exemples ainsi que la conclusion qu'il propose dans la présente affaire ne sont pas, à mon avis, en accord avec les conclusions de la majorité dans la trilogie et l'interprétation large de la liberté qu'il envisage vient en contradiction marquée avec ces conclusions. Les objectifs d'une association sont toujours, ou au moins généralement, au cœur de son existence. Suivant une interprétation stricte de ses motifs, les exigences de constitution en personne morale et d'accréditation seraient toujours suspectes. Suivant une interprétation plus large, tout objectif d'une association dont la réali-

protect this broad range of activity. Though the pursuit of them may be lawful, the objects of some associations may be either sexist or racist or in some other fashion contemptible. To my mind it is difficult to suggest that the freedom envisaged by s. 2(d) was ever meant to embrace these objects. The practical implications of such an approach militate strongly against its adoption. Le Dain J. in the *Alberta Reference* even rejects a labour relations exemption. At pages 390-91 he sets out the proper context within which an interpretation of the freedom should occur:

In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extending a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

Adopting this line of reasoning does not, however, leave unions powerless to achieve their objectives. Even on this analysis a broad range of union activity is protected. In addition, as Paul Cavalluzzo points out in his article "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining And Trade Unions" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267, unions have access to the political process. At page 272 he remarks:

From a trade union perspective, the "collective bargaining trilogy" may be a blessing in disguise for a number of reasons. First, these cases re-affirm that trade unions should be expending their time, energy and resources in the legislative arena in order to advance their interests . . .

The second positive result from a trade union viewpoint is that the trilogy indicates that collective bargain-

sation est fondamentale à son existence serait protégé. À mon sens, l'al. 2d) n'a jamais été conçu pour protéger cette vaste gamme d'activités. Bien que leur poursuite puisse être légitime, les objectifs de certaines associations peuvent être soit sexistes soit racistes ou encore de quelque autre manière méprisables. Je considère qu'il est difficile d'affirmer que la liberté visée à l'al. 2d) a été conçue pour englober ces objectifs. Les conséquences pratiques d'une telle conception militent fortement contre son adoption. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Le Dain rejette même une exception en ce qui concerne les relations de travail. Aux pages 390 et 391, il expose le contexte approprié à l'interprétation de la liberté:

En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

L'adoption de ce raisonnement n'a cependant pas pour effet d'empêcher les syndicats d'atteindre leurs objectifs. Même suivant cette analyse, une vaste gamme d'activités syndicales est protégée. En outre, comme Paul Cavalluzzo le souligne dans son article «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267, les syndicats ont accès au processus politique. À la page 272, il fait remarquer:

[TRADUCTION] Du point de vue syndical, la «trilogie relative à la négociation collective» peut se révéler avantageuse pour un certain nombre de raisons. Premièrement ces arrêts réaffirment que les syndicats devraient consacrer leur temps, leurs énergies et leurs ressources dans l'arène législative pour l'avancement de leurs intérêts . . .

Le second résultat positif du point de vue syndicat est que la trilogie indique que les droits à la négociation

ing rights are statutory and not constitutional rights protected by s. 2(d) of the *Charter*. As such, the content of collective bargaining laws is a matter for the legislature and not the courts.

While s. 42(1)(b) of the Act may affect the ability of an association to gain recognition and therefore to bargain on behalf of employees, it does not fetter the activity recognized and protected by the *Charter*, the associational activity of one person with another. My colleague Cory J. states on p. 381 that “[t]he needs of the employees are only known by them, and they should have the right to choose the association which can best represent their needs.” They have. The legislation perhaps does not represent the best balance of the interests involved, but as it strikes at no activity protected by the *Charter*, the legislative choice in this regard must remain intact.

I would therefore answer the constitutional questions in the manner proposed by Sopinka J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—The issue in this appeal is whether s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, is inconsistent with s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant contends that, in requiring that an employees’ association be incorporated by an Act empowering it to bargain collectively, the impugned section violates the freedom of association. Resolution of this issue involves a determination of the reach of this Court’s decision in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“the Alberta Reference”). That case determined, *inter alia*, that s. 2(d) does not protect the right to strike. The appellant in the present appeal argues, however, that s. 2(d) extends to other aspects of collective bargaining.

The Facts

The appellant, the Professional Institute of the Public Service of Canada (“the Institute”), is a federally incorporated non-profit corporation, and the certified bargaining agent for various groups of

collective sont des droits d’origine législative et non des droits constitutionnels protégés par l’al. 2d) de la *Charte*. Ainsi, le contenu des règles de droit en matière de négociation collective relève de la législature et non des tribunaux.

Bien que l’al. 42(1)b) de la Loi puisse réduire la capacité d’une association d’obtenir la reconnaissance et, par conséquent, de négocier au nom d’employés, il n’entrave pas l’activité reconnue et protégée par la *Charte*, l’activité collective d’une personne avec une autre. Mon collègue le juge Cory affirme, à la p. 381, que «[s]euls les employés savent ce dont ils ont besoin et ils devraient avoir le droit de choisir l’association qui fera le mieux valoir leurs besoins.» Ils ont ce droit. Le texte de loi ne représente peut-être pas le meilleur équilibre des intérêts en jeu, mais, comme il ne touche aucune activité protégée par la *Charte*, le choix du législateur à cet égard doit demeurer intact.

Je suis donc d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Sopinka.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l’al. 42(1)b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, est incompatible avec l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’appelant soutient qu’en exigeant qu’une association d’employés soit constituée en personne morale par une loi qui l’habilite à négocier collectivement, l’alinéa contesté viole la liberté d’association. Pour répondre à cette question, il faut notamment déterminer la portée de la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 («le *Renvoi relatif à l’Alberta*»). Dans ce renvoi, on a statué notamment que l’al. 2d) ne protège pas le droit de faire la grève. L’appelant en l’espèce soutient cependant que l’al. 2d) s’étend à d’autres aspects de la négociation collective.

Les faits

L’appelant, l’Institut professionnel de la Fonction publique du Canada («l’Institut»), est une société sans but lucratif constituée en vertu de la loi fédérale et il est l’agent de négociation accrédité

professionals employed by the federal government. Prior to September 1, 1986, the Institute was the bargaining agent for 32 nurses employed by the federal government in the Baffin Zone of the Northwest Territories. On that date the responsibility for health care programs in the Baffin Zone was transferred from the federal government to the Government of the Northwest Territories. The nurses were notified that their employment with the federal government would be terminated on August 29, 1986, and that they could elect to become employees of the Government of the Northwest Territories on September 1, 1986. A consequence of the nurses' change of employment from the federal to the territorial government was that they ceased to belong to the bargaining unit on behalf of which the Institute had been certified to bargain collectively, and they became eligible for membership in the respondent Northwest Territories Public Service Association ("the NWTPSA"), the employees' association that had been incorporated to bargain collectively on behalf of all non-excluded territorial employees by the *Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. N-2, pursuant to s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*.

The Institute sought incorporation within the meaning of s. 42(1)(b) for the purposes of representing its former members, but the Government of the Northwest Territories declined to enact the required legislation. In a letter to the President of the Institute, the Government Leader of the Northwest Territories indicated that it was his view that the needs of professionals in the territorial public service were "being met through the associations certified through the existing legislation . . ." An earlier attempt by the Institute to persuade the territorial government to grant it bargaining status had failed on the basis that there had not been any evidence of employee support for the Institute. There is on the present record no evidence that a substantial number, or any, of the 32 affected nurses wish to be represented by the Institute for the purposes of collective bargaining with the territorial government. The territorial

dité de différents groupes d'employés professionnels du gouvernement fédéral. Avant le 1^{er} septembre 1986, l'Institut était l'agent négociateur de 32 infirmières et infirmiers employés du gouvernement fédéral dans la zone de Baffin des territoires du Nord-Ouest. Le 1^{er} septembre 1986, les programmes de soins médicaux dans la zone de Baffin, qui relevaient du gouvernement fédéral, sont devenus la responsabilité du gouvernement des territoires du Nord-Ouest. Les infirmières et infirmiers ont été avisés que leur emploi au gouvernement fédéral prendrait fin le 29 août 1986 et qu'ils pourraient choisir de devenir employés du gouvernement des territoires du Nord-Ouest à compter du 1^{er} septembre 1986. Le changement du gouvernement fédéral à celui des Territoires comme employeur des infirmières et infirmiers a eu pour conséquence que ceux-ci ont cessé d'appartenir à l'unité de négociation dont l'Institut était l'agent négociateur accrédité et sont devenus admissibles à devenir membres de l'intimée la Northwest Territories Public Service Association («la NWTPSA»), l'association d'employés constituée en personne morale en vue de négocier collectivement pour tous les employés des Territoires, non exclus par la *Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. N-2, conformément à l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*.

L'Institut a demandé la constitution en personne morale au sens de l'al. 42(1)b) afin de représenter ses anciens membres, mais le gouvernement des territoires du Nord-Ouest a refusé d'adopter la loi nécessaire pour ce faire. Dans une lettre adressée au président de l'Institut, le leader du gouvernement des territoires du Nord-Ouest a mentionné qu'à son avis [TRADUCTION] «des associations accréditées en vertu des dispositions législatives actuelles satisfont aux besoins des employés professionnels de la fonction publique des Territoires. Une tentative antérieure de l'Institut d'amener le gouvernement des Territoires à lui accorder la qualité d'agent négociateur avait échoué pour le motif qu'on n'avait pas fait la preuve que les employés accordaient leur appui à l'Institut. Il n'y a dans le dossier aucune preuve qui établisse qu'un nombre important, ou l'un ou l'autre, des 32 infirmières et infirmiers visés veut être représenté par

government has a current collective agreement with its employees.

The Legislation

Section 2(d) of the *Charter* reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The relevant provisions of ss. 42 and 43 of the *Public Service Act* (hereinafter "the Act") read as follows:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act *d* empowering it to bargain collectively.

(2) The Commissioner may enter into a collective agreement with an employees' association.

(6) A collective agreement between the Commissioner and an employees' association shall be binding on the Commissioner, the employees' association and the members of such association.

43. (1) An employees' association on behalf of its members or the Commissioner may, by written notice, require the other party to commence bargaining collectively with a view to the conclusion, renewal or revision of a collective agreement.

(2) Where notice to bargain collectively has been given, the employees' association and the officers designated to represent the Commissioner shall, without delay but in any case within sixty days after the notice has been given or within such further time as the parties may agree, meet and commence to bargain collectively [*sic*] in good faith.

The Proceedings Below

On June 12, 1986, the Institute launched an application for a declaration that s. 42(1) of the Act and s. 3 of the *Northwest Territories Public Service Association Act* are inconsistent with s. 2(d) of the *Charter*, and therefore of no force or effect. The NWTPSA obtained status as a party respondent and brought a preliminary motion to

l'Institut pour les fins de la négociation collective avec le gouvernement des Territoires. La convention collective qui lie ce dernier à ses employés est en cours.

a Les dispositions législatives

L'alinéa 2d) de la *Charte* est ainsi conçu:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b

d) liberté d'association.

Les dispositions applicables des art. 42 et 43 de la *Public Service Act* (ci-après «la Loi») sont ainsi rédigées:

[TRADUCTION] **42.** (1) Aux articles 42 à 46

b) «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

(2) Le Commissaire peut conclure une convention collective avec une association d'employés.

e

(6) Une convention collective intervenue entre le Commissaire et une association d'employés lie le Commissaire, l'association d'employés et les membres de cette association.

43. (1) Une association d'employés, agissant pour le compte de ses membres, ou le Commissaire peut exiger, par avis écrit, que l'autre partie commence à négocier collectivement dans le but de conclure, renouveler ou réviser une convention collective.

(2) Après l'envoi de l'avis exigeant de négocier collectivement, l'association d'employés et les agents qui représentent le Commissaire doivent sans délai, mais, dans tous les cas, dans les soixante jours suivant la communication de l'avis ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir, se réunir et commencer à négocier collectivement de bonne foi.

Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure

i Le 12 juin 1986, l'Institut a présenté une demande de jugement déclaratoire statuant que le par. 42(1) de la Loi et l'art. 3 de la *Northwest Territories Public Service Association Act* sont incompatibles avec l'al. 2d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérants. La NWTPSA a obtenu qualité pour agir à titre d'intimée et a contesté, par

challenge the Institute's standing, which was dismissed. The dismissal of that motion was not appealed.

Marshall J. of the Supreme Court of the Northwest Territories heard the Institute's motion at first instance (43 D.L.R. (4th) 472), and took the view, at p. 474, that the effect of the impugned legislation ". . . is to require a union, in this case the Institute, to obtain incorporation, or as the applicant calls it, "a statutory charter" as a precondition to seeking the right to bargain collectively". In response to the argument that this Court's judgment in the *Alberta Reference* was controlling, Marshall J. distinguished the case in the following terms, at p. 476:

The Supreme Court dealt with the issue of whether a particular activity of an association, in pursuit of its objectives, was constitutionally protected or left to be regulated by the legislature. Here, in contrast, the issue is not the activity of the Association but its recognized existence, or, to use the words of the impugned statute, "incorporation".

Marshall J. found, therefore, that s. 42(1) of the Act violated s. 2(d) of the *Charter*. He found, further, at p. 478, that the section was not a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*, on the basis that there had been

... no evidence that the government's objective of orderly and representative collective bargaining could not be achieved by a system of independent certification based on objective criteria, as has been established in other jurisdictions.

The Commissioner of the Northwest Territories appealed to the Court of Appeal for the Northwest Territories. Kerans J.A., speaking for the court ([1988] N.W.T.R. 223), held first that the words of s. 42(1)(b) denote the creation of a union, not merely its recognition. He stated, at p. 228: ". . . "recognize" is not a meaning that "incorporate" can reasonably bear. It is not my function to make words dance." Kerans J.A. then considered the question whether it would be necessary to read the statute in accordance with such an interpretation if

voie de requête préliminaire, la qualité pour agir de l'Institut, mais sa requête a été rejetée. Le rejet de cette requête n'a pas été porté en appel.

a Le juge Marshall de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest a entendu la requête de l'Institut en première instance (43 D.L.R. (4th) 472) et il a exprimé l'avis, à la p. 474, que les dispositions contestées ont pour effet [TRADUCTION] ". . . d'exiger du syndicat, l'Institut en l'espèce, qu'il obtienne sa constitution en personne morale, ou, selon l'expression utilisée par le requérant, «une charte légale», à titre de condition préalable à l'obtention du droit de négocier collectivement». Pour répondre à l'argument selon lequel la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* s'appliquait, le juge Marshall a établit la distinction suivante entre ce renvoi et l'espèce, à la p. 476:
b [TRADUCTION] La Cour suprême a examiné si une activité particulière d'une association, dans la poursuite de ses objectifs, est protégée par la Constitution ou si elle est simplement régie par le législateur. Ici, par contre, le litige ne porte pas sur une activité de l'association, mais sur la reconnaissance de son existence ou, pour utiliser l'expression même de la loi contestée, «sa constitution en personne morale».

Le juge Marshall a donc conclu que le par. 42(1) de la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte*. Il a aussi conclu, à la p. 478, que ce paragraphe n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* puisqu'il

g [TRADUCTION] ... n'existe aucune preuve qu'il serait impossible de réaliser l'objectif du gouvernement d'arriver à des négociations collectives méthodiques par représentation au moyen d'un système d'accréditation indépendante fondée sur des critères objectifs, comme les autres ressorts en ont établi.

Le Commissaire des territoires du Nord-Ouest a interjeté appel à la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest. Le juge Kerans, s'exprimant au nom de la cour ([1988] N.W.T.R. 223), a d'abord statué que les mots de l'al. 42(1)b) signifient la création d'un syndicat, et non seulement sa reconnaissance. Il dit, à la p. 228, que [TRADUCTION] ". . . «reconnaître» n'est pas un sens que l'expression «constituer en personne morale» peut raisonnablement avoir. Il ne m'appartient pas de changer le sens des mots.» Le juge Kerans s'est ensuite

that interpretation would lead to invalidity. He set out four conditions which, he said, must be met before a court may fill in a legislative gap: (1) the problem arose only by legislative oversight; (2) the change is that which the legislature would have made had it addressed the issue; (3) no harm would be done by the proposed change to legal rights created by the legislation; and (4) harm would be done to legal rights created by the statute if the change were not made. Kerans J.A. held that these conditions were met in the present case, and that if s. 42(1)(b) were otherwise to be declared invalid, he would read the word "recognized" into the section.

Kerans J.A. proceeded to analyze the impugned section on two separate bases: first, whether the section's failure to provide for a certification and decertification procedure violates s. 2(d) of the *Charter*; and second, whether the requirement of legislative incorporation (as interpreted by Kerans J.A.) violates s. 2(d).

After a review of this Court's judgment in the *Alberta Reference*, Kerans J.A. held, at p. 231, that the right to certification contended for by the Institute was ". . . another example of particular activity in pursuit of the goal of collective bargaining that is a mere creation of statute." Kerans J.A. likened the certification of a union to a licence, and held that the ". . . seeking of a licence is not an organizational activity; rather, it is common pursuit of a goal." In other words, the ability to be certified as of right does not affect the organizational character of the association.

Concerning the Institute's arguments on incorporation, Kerans J.A. held that the impugned section, according to his interpretation of its words as enacted, allowed the government to give or deny legal existence to a union. Kerans J.A. stated, at p. 233:

Notwithstanding, then, that the pursuit of certification is *not* itself a protected activity, if a law requires of

demandé s'il serait nécessaire d'interpréter la Loi dans ce sens, si cette interprétation nous amènerait à conclure à son inconstitutionnalité. Il énumère quatre conditions qui, à son avis, doivent être remplies pour que la cour puisse combler une lacune de la loi: (1) le problème surgit uniquement à cause d'un oubli du législateur, (2) la modification est celle que le législateur aurait apportée s'il avait abordé la question, (3) la modification proposée ne doit pas préjudicier aux droits conférés par la loi, et (4) il y aurait préjudice aux droits créés par la loi si la modification n'était pas apportée. Le juge Kerans a conclu que ces conditions étaient remplies en l'espèce et que si l'al. 42(1)b) devait par ailleurs être déclaré invalide, il l'interpréterait comme s'il contenait le mot «reconnue».

e Le juge Kerans a poursuivi en analysant la disposition contestée de deux façons différentes: d'abord, l'absence de procédure d'accréditation et de révocation de l'accréditation dans l'alinéa enfreint-il l'al. 2d) de la *Charte*? Et puis, l'exigence d'une constitution législative en personne morale (selon l'interprétation du juge Kerans) viole-t-elle l'al. 2d)?

f Après avoir examiné la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Kerans a conclu, à la p. 231, que le droit à l'accréditation revendiqué par l'Institut est [TRADUCTION] « . . . un autre exemple d'une activité particulière destinée à réaliser l'objet des négociations collectives, qui est une simple création de la loi». Le juge g Kerans compare l'accréditation d'un syndicat à la délivrance d'un permis et il conclut que [TRADUCTION] « . . . une demande de permis n'est pas une activité d'organisation, c'est plutôt la poursuite d'un objectif commun.» En d'autres termes, la h capacité d'être accrédité de plein droit ne touche pas le caractère constitutif de l'association.

i À propos des arguments invoqués par l'Institut au sujet de la constitution en personne morale, le juge Kerans a statué que l'alinéa contesté, selon l'interprétation qu'il donnait à son texte, autorisait le gouvernement à accorder ou à refuser l'existence juridique à un syndicat. Le juge Kerans dit, à la p. 233:

j [TRADUCTION] Cependant, bien que la recherche de l'accréditation *ne soit pas* elle-même une activité proté-

the pursuers that they organize themselves in a certain way, then the law is meddling in organization activity, and the Charter is engaged. That is this case. [Emphasis in the original.]

Thus the court below found that s. 42(1)(b), as enacted, "might bear on freedom of association". Kerans J.A. held further that if this were so, the limit on s. 2(d) of the *Charter* could not be saved by resort to s. 1, because "the limit is acknowledged to be unnecessary and capricious and the result of legislative oversight". However, using the interpretative approach he described earlier in his judgment, Kerans J.A. salvaged the validity of s. 42(1)(b), at p. 233, by reading the words "or recognized" into the section after the word "incorporated". The appeal was accordingly allowed.

The Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on August 3, 1989:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorneys General of Canada and Ontario intervened to support the constitutionality of s. 42(1).

In addition, the respondent NWTPSA raised an issue as to the standing of the Institute in these proceedings.

Standing

Counsel for the NWTPSA made submissions both in the court below and in this Court that the Institute ought not to be granted standing to challenge the constitutionality of s. 42(1) of the Act. Kerans J.A. observed, at p. 226 of his judgment, that the decision on the respondent NWTPSA's unsuccessful preliminary motion attacking the

gée, si le texte de loi exige que celui qui la demande s'organise d'une certaine manière, le texte de loi se mêle alors de l'activité d'organisation et la Charte s'applique. C'est le cas en l'espèce. [En italique dans l'original.]

^a Donc, la Cour d'appel a conclu que l'al. 42(1)b), tel qu'il est conçu, [TRADUCTION] «pourrait influer sur la liberté d'association». Le juge Kerans a encore statué que, si tel était le cas, la restriction imposée à l'al. 2d) de la *Charte* ne pourrait pas être sauvegardée en vertu de l'article premier parce que [TRADUCTION] «cette restriction est tenue pour inutile et fantaisiste et comme résultant d'un oubli du législateur». Cependant, en se servant de la méthode d'interprétation qu'il avait déjà mentionnée dans ses motifs de jugement, le juge Kerans a préservé la validité de l'al. 42(1)b), à la p. 233, en l'interprétant comme s'il comportait les mots [TRADUCTION] «ou reconnue» après les mots [TRADUCTION] «constituée en personne morale». En conséquence, il a accueilli l'appel.

Les questions en litige

^e Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 3 août 1989:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^g Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario sont intervenus à l'appui de la constitutionnalité du par. 42(1).

^h De plus, l'intimée la NWTPSA a contesté la qualité pour agir de l'Institut dans ces procédures.

La qualité pour agir

ⁱ L'avocat de la NWTPSA a soutenu en Cour d'appel et devant notre Cour que l'Institut ne devrait pas être déclaré habile à contester la constitutionnalité du par. 42(1) de la Loi. Le juge Kerans fait remarquer, à la p. 226 de ses motifs, que la décision de rejeter la requête préliminaire de l'intimée la NWTPSA, dans laquelle elle con-

Institute's standing was never appealed. In the proceedings before this Court, the NWTPSA did not file a cross-appeal to raise the issue squarely.

Where the standing of a party is attacked, the courts retain a discretion to decide substantive issues that are fully argued. In *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, Duff J. (as he then was) stated for the majority, at p. 338:

... the question [of the appellant's standing] is an arguable one; and, as the merits of the appeal have been fully discussed, we are loath to give a judgment against the appellant solely based upon a fairly disputable point of procedure; and accordingly we think it right to say that in our opinion the appellant's action also fails in substance.

More recently, in *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (B.C.S.C.), Aikins J. summarized the principle in words which I would respectfully adopt, at p. 323:

... where a case has been fully argued on the merits then, notwithstanding that in the general argument it may appear that the plaintiff has no status to maintain the action, if the question involved is one of public importance then the Court has a discretion to decide the case on the merits.

In the circumstances of the present case, which include the NWTPSA's failure to appeal its preliminary motion in the court below and cross-appeal in this Court, it will not be necessary to consider the arguments on standing. Even if I had been inclined to accede to those arguments, this would have been a proper case to exercise the discretion to decide the substantive issues on their merits. The case clearly raises a question of public importance (if it did not, leave to appeal would not have been granted). Moreover, the respondent Commissioner conceded the appellant's standing, and the issues were fully argued by the parties, including the intervening Attorneys General, in response to the constitutional questions stated by the Chief Justice.

testait la qualité pour agir de l'Institut, n'a jamais été portée en appel. Au cours des procédures devant notre Cour, la NWTPSA n'a pas formé de pourvoi incident pour soulever carrément la question.

Quand la qualité pour agir d'une des parties est contestée, les cours de justice conservent le pouvoir discrétionnaire de trancher les questions de fond qui ont fait l'objet de plaidoiries complètes. Dans l'arrêt *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, le juge Duff (plus tard juge en chef) affirme, au nom de la majorité, à la p. 338:

[TRADUCTION] ... la question [de la qualité pour agir de l'appelant] en est une qui peut donner matière à discussion; et, puisque le fond de l'appel a été complètement débattu, nous sommes peu enclins à rendre contre l'appelant un jugement uniquement fondé sur un point de procédure assez discutable; par conséquent, je crois qu'il convient de dire que, à notre avis, l'action de l'appelant doit également être rejetée quant au fond.

Plus récemment, dans l'arrêt *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.), le juge Aikins résument, à la p. 323, le principe en une formule que j'adopterai en toute déférence:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une affaire a été complètement débattue au fond, même s'il semble, d'après l'ensemble des plaidoiries, que le demandeur n'a pas qualité pour agir, si la question en cause est d'importance pour le public, la cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre jugement sur le fond.

Dans les circonstances de l'espèce, vu notamment l'omission de la NWTPSA d'interjeter appel du rejet de sa requête préliminaire en Cour d'appel et d'inscrire un pourvoi incident devant notre Cour, il ne sera pas nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la qualité pour agir. Même si j'avais été enclin à faire droit à ces arguments, il se serait agi d'une affaire où il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de trancher les questions sur le fond. L'affaire soulève manifestement une question d'importance pour le public (sinon l'autorisation de pourvoi aurait été refusée). De plus, le Commissaire intimé a reconnu que l'appelant avait qualité pour agir et les questions en litige ont été l'objet d'un débat complet de la part des parties, y compris les procureurs généraux intervenants, en réponse aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef.

This case is, in an important respect, very different from *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, in which the appellant had been granted standing to challenge the constitutionality of specific legislation. The foundation for Borowski's standing was removed by a decision of this Court, subsequent to the grant of standing but prior to the hearing of his appeal, which struck down the impugned legislation on different grounds: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Although Borowski's appeal was fully argued on the merits, the reason for the ultimate ruling that he lacked standing militated against expressing a view on the merits: the very legislation he sought to attack no longer existed, and a judicial decision in the circumstances would have amounted to a private reference. Such considerations do not arise in the present case, and for the above reasons I would prefer not to express a view on the Institute's standing to challenge the constitutionality of s. 42(1) of the Act.

The Alberta Reference

Before dealing with the specifics of this case, it is necessary to undertake a review of this Court's judgment in the *Alberta Reference*, the first of the trilogy of cases on the s. 2(d) *Charter* guarantee of freedom of association decided in April 1987: see also *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The question arising from the judgments in the *Alberta Reference* is whether and to what extent any aspects of collective bargaining attract the protection of s. 2(d). To answer this question, crucial to the disposition of the case at bar, a close reading of the judgments in the *Alberta Reference* (i.e., Dickson C.J., dissenting, speaking for himself and Wilson J.; Le Dain J. speaking for himself and Beetz and La Forest JJ.; and McIntyre J. speaking for himself) is called for.

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that

L'espèce diffère beaucoup, sous un aspect important, de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, dans lequel l'appelant a été déclaré habile à contester la constitutionnalité d'une disposition législative précise. La justification de la qualité pour agir de M. Borowski a été écartée après qu'il eut été déclaré habile à agir, mais avant l'audition de son pourvoi, en raison d'un arrêt de notre Cour qui avait annulé pour d'autres motifs la disposition législative en cause: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Bien que le pourvoi de M. Borowski ait été complètement débattu au fond, le motif pour lequel il a finalement été statué qu'il n'avait pas qualité pour agir rendait inopportun de nous prononcer sur le fond: la disposition législative même qu'il voulait contester n'existe plus et une décision judiciaire dans ces circonstances aurait été l'équivalent d'un renvoi privé. Ces considérations ne s'appliquent pas en l'espèce et, pour les raisons susmentionnées, je préfère ne pas exprimer d'avis sur la qualité pour agir de l'Institut pour ce qui est de contester la constitutionnalité du par. 42(1) de la Loi.

Le Renvoi relatif à l'Alberta

Avant d'examiner les détails de la présente affaire, il est nécessaire d'analyser la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le premier de trois arrêts rendus en avril 1987 au sujet de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*: voir également *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. La question soulevée par les motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* est de savoir si, et dans quelle mesure, la négociation collective est, sous certains aspects, protégée en vertu de l'al. 2d). Pour répondre à cette question, qui est d'importance cruciale pour trancher le présent pourvoi, il faut lire avec soin les motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, (c'est-à-dire ceux du juge en chef Dickson, dissident, qui s'exprime en son propre nom et en celui du juge Wilson, ceux du juge Le Dain qui s'exprime en son propre nom et en celui des juges Beetz et La Forest, et ceux du juge McIntyre qui s'exprime en son nom personnel).

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, j'ar-

four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

The first proposition, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association, received unanimous support in the *Alberta Reference*: see Dickson C.J. at p. 363, Le Dain J. at p. 391, and McIntyre J. at p. 407. Any governmental restriction on the formation of or membership in associations would fall afoul of this aspect of s. 2(d), which may safely be regarded as the narrowest conception of the freedom of association.

Concerning the second proposition, Le Dain J. described as "sweeping" the view that s. 2(d) was meant to protect an activity on the ground that the activity is essential to the existence of the association. Le Dain J., at p. 391, rejected the underlying premise of that view: "... that without such additional constitutional protection the guarantee of freedom of association would be a meaningless and empty one." Similarly, McIntyre J. refused to adopt this view of s. 2(d), on the ground that it is contrary to the individual nature of freedom of association. He stated, at p. 404:

To accept it would be to accord an independent constitutional status to the aims, purposes, and activities of the association, and thereby confer greater constitutional rights upon members of the association than upon non-members.

The third proposition, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals, finds its support in the following passage in Le Dain J.'s judgment, at p. 391: "Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental

rights à la conclusion qu'il se dégagent quatre propositions différentes quant à l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2d): premièrement, l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

La première proposition, c'est-à-dire celle selon laquelle l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir, a été acceptée à l'unanimité dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*: voir les motifs du juge en chef Dickson, à la p. 363, ceux du juge Le Dain, à la p. 391, et ceux du juge McIntyre à la p. 407. Toute restriction apportée par le gouvernement au droit de constituer des associations ou à celui d'y appartenir se heurterait à cet aspect de l'al. 2d), qu'on peut considérer comme la conception la plus restrictive de la liberté d'association.

Au sujet de la deuxième proposition, le juge Le Dain qualifie de «générale» l'idée que l'al. 2d) ait été conçu pour protéger une activité parce que cette activité est essentielle à l'existence de l'association. Le juge Le Dain rejette, à la p. 391, la prémissse qui sous-tend cette idée, «... selon laquelle, sans cette protection constitutionnelle supplémentaire, la liberté d'association garantie serait vide de sens.» Le juge McIntyre refuse pareillement d'adopter cette conception de l'al. 2d) parce qu'elle est contraire à la nature individuelle de la liberté d'association. Il dit, à la p. 404:

L'accepter reviendrait à attribuer un statut constitutionnel indépendant aux fins, objectifs et activités de l'association et, par conséquent, conférer des droits constitutionnels plus grands aux membres de l'association qu'à ceux qui n'en sont pas membres.

La troisième proposition, selon laquelle l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution, s'appuie sur le passage suivant des motifs du juge Le Dain, à la p. 391: «La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés

freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion." It is significant that the freedoms enumerated by Le Dain J. in the quoted passage are the *Charter*-protected freedoms (ss. 2(b) and (a), respectively) that are most likely to be exercised in association with others. The portion of McIntyre J.'s judgment that bears upon this second proposition is found at p. 407:

It is, I believe, equally clear that . . . freedom of association should guarantee the collective exercise of constitutional rights. Individual rights protected by the Constitution do not lose that protection when exercised in common with others.

The fourth proposition, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals, is perhaps the most controversial of the four, since it was not mentioned explicitly by half of the Court, speaking through Le Dain J. However, Dickson C.J. (dissenting, Wilson J. concurring) held, at pp. 366-67, that s. 2(d) must protect an activity done in association with others if the activity is permitted when done by an individual. McIntyre J. also adopted this approach, at pp. 408-9, and emphasized that the legislature retains control over the range of *Charter*-protected activity by determining what activities are legally permitted for individuals. In my view, this fourth proposition follows from the first. If the freedom to establish, belong to and maintain an association is to have any meaning, it must include the freedom of individuals to join together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals. A restriction on the collective exercise of an activity legally permitted to individuals is essentially an attack on the ability of individuals to establish an association for that purpose. As Dickson C.J. pointed out in the *Alberta Reference*, at p. 367, such an attack is aimed at the "collective or associational aspect" of the activity, and not the activity itself.

fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion.» Il est révélateur que les libertés énumérées par le juge Le Dain dans le passage cité soient les libertés protégées par la *Charte* (aux al. 2b) et 2a) respectivement) qui sont le plus susceptibles d'être exercées collectivement. Le passage des motifs du juge McIntyre qui porte sur cette deuxième proposition se trouve à la p. 407:

À mon avis, il est également clair que [. . .] la liberté d'association doit garantir l'exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu'ils sont exercés collectivement.

La quatrième proposition, selon laquelle l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits légitimes des personnes, prises individuellement, est probablement la plus controversée des quatre, puisqu'elle n'a pas été mentionnée expressément par la moitié des juges de la Cour qui se sont exprimés par l'entremise du juge Le Dain. Cependant, le juge en chef Dickson (qui est dissident et aux motifs duquel souscrit le juge Wilson) conclut, aux pp. 366 et 367, que l'al. 2d) doit protéger une activité exercée collectivement si cette activité est permise lorsqu'elle est exercée par un seul individu. Le juge McIntyre a aussi adopté ce point de vue, aux pp. 408 et 409 en soulignant que le législateur garde le contrôle sur la gamme des activités protégées par la *Charte* en déterminant quelles activités les personnes, prises individuellement, peuvent légalement exercer. À mon avis, la quatrième proposition découle de la première. Pour que la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir ait un sens, il faut qu'elle englobe la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu'ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel. Une restriction apportée à l'exercice collectif d'une activité que la loi permet aux personnes, prises individuellement, d'exercer constitue essentiellement une attaque contre la capacité des personnes à titre individuel de constituer une association à cette fin. Comme le juge en chef Dickson le souligne dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 367, cette attaque vise l'«aspect collectif» de l'activité et non l'activité elle-même.

The above propositions concerning s. 2(d) of the *Charter* lead to the conclusion, in my opinion, that collective bargaining is not an activity that is, without more, protected by the guarantee of freedom of association. Restrictions on the activity of collective bargaining do not normally affect the ability of individuals to form or join unions. Although collective bargaining may be the essential purpose of the formation of trade unions, the argument is no longer open that this alone is a sufficient condition to engage s. 2(d). Finally, bargaining for working conditions is not, of itself, a constitutional freedom of individuals, and it is not an individual legal right in circumstances in which a collective bargaining regime has been implemented: see McIntyre J. in the *Alberta Reference*, at pp. 411-12. Apart from the reasons given in the *Alberta Reference*, the conclusion that collective bargaining does not fall within s. 2(d) accords with the results in the s. 2(d) trilogy of cases. In those cases, this Court upheld not merely restrictions on the right to strike, but also the imposition of binding arbitration without negotiation, and the imposition of terms of employment without negotiation. It is difficult, therefore, to conceive of a principle that could bring other aspects of the collective bargaining relationship within the purview of s. 2(d), and yet not overrule the trilogy.

Turning to the merits, I find it convenient to consider the appellant's arguments along the two lines suggested in Kerans J.A.'s judgment: first, the absence in s. 42(1)(b) of a process for union certification; and second, the requirement in s. 42(1)(b) that a union be "incorporated" for the purposes of collective bargaining.

Pursuit of Certification

By virtue of ss. 42 and 43 of the Act, the only unions that are entitled to compel the Commissioner to bargain collectively are those "employees' associations" sanctioned by an Act of the territorial legislature. This differs from other Canadian labour relations legislation, in which specific conditions are set out for the certification of a union

À mon avis, il découle des propositions susmentionnées au sujet de l'al. 2d) de la *Charte* que la négociation collective n'est pas une activité qui est, sans plus, protégée par la garantie de la liberté d'association. Les restrictions apportées à l'activité de négocier collectivement ne touchent pas normalement la capacité des personnes à titre individuel de constituer des syndicats ou d'y adhérer. Bien que la négociation collective puisse être l'objet essentiel de la constitution des syndicats, il n'est plus possible de soutenir que cela constitue une condition suffisante pour que l'al. 2d) s'applique. Enfin, la négociation des conditions de travail n'est pas en soi une liberté individuelle garantie par la Constitution pas plus qu'une garantie juridique individuelle dans des circonstances où un régime de négociation collective a été institué: voir le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, aux pp. 411 et 412. Sauf pour les motifs énoncés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, la conclusion que la négociation collective ne relève pas de l'al. 2d) concorde avec les conclusions de la trilogie d'arrêts relatifs à l'al. 2d). Dans ces arrêts, notre Cour a confirmé la validité non seulement de restrictions au droit de grève, mais aussi de l'imposition de l'arbitrage obligatoire sans négociation et de l'imposition de conditions de travail sans négociation. En conséquence, il est difficile de concevoir un principe qui assujettirait d'autres aspects des rapports de négociation collective à l'al. 2d) sans renverser la trilogie.

Pour ce qui est du fond de l'espèce, je trouve utile d'analyser les arguments de l'appelant en fonction des deux aspects évoqués par le juge Kerans en Cour d'appel: d'abord, l'absence à l'al. 42(1)b) d'un processus d'accréditation des syndicats et puis la condition posée par l'al. 42(1)b) qu'un syndicat soit «constitué en personne morale» pour les fins de la négociation collective.

La recherche de l'accréditation

En vertu des art. 42 et 43 de la Loi, les seuls syndicats qui ont le droit d'obliger le Commissaire à négocier collectivement sont les «associations d'employés» approuvées par une loi de la législature des Territoires. Cela diffère des autres lois des relations de travail au Canada, qui établissent des conditions précises pour l'accréditation d'un syndicat.

as the exclusive bargaining agent for its members, and for the potential decertification of a union previously certified: see e.g. *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35; *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17.

The appellant argues that the absence in the legislation of a set of objective conditions for the certification of a union is a violation of s. 2(d) of the *Charter*. The argument is that, apart altogether from the incidents of incorporation under the Act, the statutory monopoly granted to the NWTPSA interferes with the associational rights of those individuals in the bargaining unit who may wish to be represented by a different union. Since the legislation prevents a rival union that has not received legislative approval from bargaining for its members, such a union's objects and purposes are frustrated. The appellant submitted in its factum that: "The very definition of a trade union includes the purpose with which . . . the impugned legislation has interfered."

As is clear from my earlier review of the *Alberta Reference*, however, it is precisely this sort of claim that has been rejected by the majority of this Court. It is simply no longer open to an association (union or otherwise) to argue that the legislative frustration of its objects is a violation of s. 2(d) if the restriction is not aimed at and does not affect the establishment or existence of the association — unless the association's activity is another *Charter*-protected right, or an activity that may lawfully be performed by an individual. Putting the incorporation point aside for the moment, it is plain that the statutory monopoly created by s. 42(1)(b) has no effect on the existence of the Institute or the ability of any individual to be a member of the Institute; and it is equally plain that, as a result of the *Alberta Reference*, the activity for which constitutional protection is sought (collective bargaining for working conditions) satisfies neither of the tests for protected activity.

cat à titre d'agent négociateur exclusif de ses membres et pour la révocation possible de l'accréditation déjà accordée à un syndicat: voir, par exemple, la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17.

L'appelant soutient que l'absence, dans les dispositions législatives, d'un ensemble de conditions objectives pour obtenir l'accréditation d'un syndicat viole l'al. 2d) de la *Charte*. Il soutient que, sauf pour ce qui est des conséquences de la constitution en personne morale en vertu de la Loi, le monopole accordé en vertu de la Loi à la NWTPSA porte atteinte aux droits collectifs des membres de l'unité de négociation qui veulent être représentés par un autre syndicat. Puisque la loi empêche un syndicat rival qui n'a pas été approuvé par la loi de négocier pour ses membres, les objectifs et les fins de ce syndicat sont contrecarrés. L'appelant soutient dans son mémoire que [TRADUCTION] «La définition même d'un syndicat comporte l'objet auquel [...] la loi contestée porte atteinte».

Comme le démontre clairement l'examen que j'ai déjà fait du *Renvoi relatif à l'Alberta*, c'est précisément ce genre de prétention qui a été rejeté par la majorité des juges de notre Cour. Il n'est tout simplement plus possible pour une association (que ce soit un syndicat ou une autre type d'association) de soutenir que l'empêchement de réaliser ses objectifs créé par une disposition législative constitue une violation de l'al. 2d), si la restriction ne vise pas la constitution ou l'existence de l'association, ni ne leur porte atteinte, à moins que l'activité de l'association ne soit un autre droit protégé par la *Charte* ou une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement. Si on fait abstraction pour l'instant de la question de la constitution en personne morale, il est clair que le monopole créé par l'al. 42(1)b) n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer, et il est aussi manifeste que, par suite du *Renvoi relatif à l'Alberta*, l'activité pour laquelle on demande la protection constitutionnelle (la négociation collective des conditions de travail) ne satisfait à aucun des critères établis pour qu'une activité soit protégée.

Ultimately, the appellant's arguments on the failure of this legislation to provide for certification as of right founder on the fact that since the activity of bargaining is not itself constitutionally protected, neither is a legislative choice of the bargainer. The impugned provisions amount to nothing more than a legislated form of a labour relations regime based upon voluntary recognition. It is conceded that this is a well-recognized form of labour relations. The relevant difference is that by virtue of the Act the recognized union or unions are empowered to compel the Commissioner to bargain collectively in good faith toward a binding agreement, a power that no group of employees possesses at common law. Given that a government has no common law obligation to bargain at all and can suspend a statutory obligation to bargain altogether, as the federal government did in *PSAC*, it would be inconsistent now to hold that associational rights are created when a government grants employees the right to bargain but reserves to itself the power to choose the form of the employees' representative; that is to say, if a government does not have to bargain with anyone, there can be no constitutional impediment to its choosing to bargain with someone.

Enfin, les arguments de l'appelant au sujet de l'omission du texte législatif de prévoir l'accréditation de plein droit se heurte au fait que, puisque l'activité de la négociation n'est pas elle-même protégée par la Constitution, le choix du négociateur en vertu de la loi ne l'est pas non plus. Les dispositions contestées équivalent à rien de plus qu'une forme de régime de relations de travail prescrite par la loi et fondée sur la reconnaissance volontaire. Il est admis que c'est une forme bien reconnue de relations ouvrières. La différence pertinente tient à ce que, en vertu de la Loi, le ou les syndicats reconnus peuvent forcer le Commissaire à négocier collectivement de bonne foi en vue de conclure une convention exécutoire, ce qu'aucun groupe d'employés ne peut faire en common law. Puisqu'un gouvernement n'a aucune obligation de négocier en vertu de la common law et puisqu'il peut aussi suspendre une obligation légale de négocier, comme le gouvernement fédéral l'a fait dans l'affaire *AFPC*, il serait illogique de statuer ici qu'un gouvernement crée des droits collectifs quand il accorde à des employés le droit de négocier, mais se réserve le pouvoir de choisir le mode de représentation des employés; c'est-à-dire si un gouvernement n'est pas tenu de négocier avec qui que ce soit, il ne peut y avoir d'obstacle constitutionnel à ce qu'il choisisse de négocier avec quelqu'un en particulier.

Tout ce qui précède repose sur l'hypothèse que l'al. 42(1)b de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de constituer une association, de la maintenir ou d'y appartenir. Il faut maintenant examiner cette hypothèse en fonction des prétentions de l'appelant que l'exigence de constitution en personne morale posée à l'al. 42(1)b constitue précisément une telle violation de l'al. 2d).

L'exigence de constitution en personne morale posée à l'al. 42(1)b)

Pour en faciliter la consultation, je reproduis le texte de l'al. 42(1)b:

... «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

L'appelant soutient que l'al. 42(1)b a pour effet de soumettre un syndicat de la fonction publique à

Incorporation Requirement in Section 42(1)(b)

For ease of reference, I reproduce the text of s. 42(1)(b) of the Act, as follows:

... “employees’ association” means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

The appellant submits that the effect of s. 42(1)(b) is to subject a public service union to a

requirement of legislative creation, without which such a union has no existence. If this is so, the impugned section clearly interferes with an individual's freedom to form and belong to an association, something that this Court unanimously held in the *Alberta Reference* to be a s. 2(d) violation; see *supra*. This argument found favour with Kerans J.A. in the court below. Kerans J.A., at p. 232, adopted the Institute's submission that s. 42(1)(b):

... requires that the territorial council, and not the employees themselves, be the final arbiter of the *constitution* of [an employees' association incorporated under the Act], and decide sensitive questions like what shall be the scope of its objects, what the membership terms will be, what the rules for internal governance shall be, and, perhaps most importantly, whether it shall be a legal entity. [Emphasis in the original.]

As a consequence of this interpretation of s. 42(1)(b), Kerans J.A. considered it necessary to read the words "or recognized" into the section, in order to preserve its constitutionality. The appellant argues that this use of the technique of "reading in" is not a permissible exercise of a court's powers in constitutional adjudication. The respondent Commissioner places no reliance on this aspect of Kerans J.A.'s judgment, and submits that the section, as written, has no effect on the existence or constitution of an employees' association incorporated pursuant to it. In my opinion, this appeal can be decided without resolving the difficult question whether we should read words into a statute to bring it into conformity with the *Charter*.

The central question in this part of the appeal is whether the word "incorporated" in s. 42(1)(b) denotes the creation of a public service union. The appellant argues forcefully that the very existence of a public service union in the Northwest Territories depends upon the legislative fiat of incorporation pursuant to s. 42(1)(b). The respondent Commissioner denies this contention, and argues that nothing in the impugned section affects the existence, membership or maintenance of any association.

a une exigence de constitution législative sans laquelle un tel syndicat n'existe pas. S'il en est ainsi, l'alinéa contesté empiète manifestement sur la liberté des individus de constituer une association et d'y appartenir, ce que notre Cour a unanimement déclaré contraire à l'al. 2d) dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*: voir plus haut. En Cour d'appel, cet argument a gagné la faveur du juge Kerans. À la page 232, le juge Kerans a accepté l'argument de l'Institut que l'al. 42(1)b):

[TRADUCTION] ... exige que le conseil des territoires, plutôt que les employés eux-mêmes, soit l'arbitre suprême de la *création* d'une [association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi] et tranche des questions délicates comme l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion, les règles de fonctionnement interne et, ce qui est peut-être le plus important, celle de savoir si l'association devra être une entité juridique. [En italique dans l'original.]

b Comme conséquence de cette interprétation de l'al. 42(1)b), le juge Kerans a estimé nécessaire d'interpréter l'alinéa comme s'il comportait les mots «ou reconnue» pour en préserver la constitutionnalité. L'appelant soutient que le recours à cette technique d'interprétation large ne constitue pas un exercice acceptable de la compétence judiciaire en matière constitutionnelle. Le Commissaire intimé n'invoque nullement cet aspect de la décision du juge Kerans et soutient que l'alinéa, dans sa formulation, n'a pas d'effet sur l'existence ou la création d'une association d'employés constituée en personne morale conformément à ses termes. À mon avis, il est possible de statuer sur le présent pourvoi sans résoudre la difficile question de savoir s'il faut interpréter une loi en y ajoutant des mots pour la rendre conforme à la *Charte*.

c La question centrale dans cette partie du pourvoi est de savoir si les mots «constituée en personne morale» à l'al. 42(1)b) signifient la création d'un syndicat de la fonction publique. L'appelant soutient avec force que l'existence même d'un syndicat de fonctionnaires dans les territoires du Nord-Ouest dépend de l'autorisation législative que représente la constitution en personne morale prévue à l'al. 42(1)b). Le Commissaire intimé repousse cette prétention et soutient que rien dans la disposition contestée ne touche l'existence de l'association, son maintien ou l'appartenance à celle-ci.

Upon considering the words of the impugned section, I find myself in agreement with the respondent. I observe that s. 42(1)(b) does not prohibit the establishment of or membership in other unions, and it does not prevent any such union from seeking incorporation under the Act. Moreover, the impugned section does not prescribe the prerequisites or the incidents of incorporation. Contrary to the view expressed by Kerans J.A., the section does not require that an employees' association incorporated under the Act be constituted in a particular way or that it submit the scope of its objects, terms of membership or rules of internal governance to legislative control. The territorial government could, it seems to me, enact legislation deeming the Institute or any other pre-existing union to be an employees' association for the purposes of the Act without altering the organizational structure of the union in any way. Seen in its context, the requirement of incorporation in s. 42(1)(b) is the means by which the territorial government has chosen to recognize the union or unions with which it will bargain collectively, and upon which it will grant the power to compel the government to bargain in good faith toward a binding agreement. As I have said, if a government can abridge collective bargaining entirely without constitutional impediment it would seem anomalous to place constitutional obstacles in the way of a government seeking to make collective bargaining available to its employees.

I do not wish, however, to be taken as sanctioning the view that where a government confers a benefit it is entitled to attach whatever conditions it pleases to the receipt of the benefit. Any such conditions must themselves pass constitutional muster. It seems obvious, for example, that a government could not grant collective bargaining rights on a basis that would contravene the equality rights guarantees contained in s. 15(1) of the *Charter*. Similarly, a grant of collective bargaining rights must account for the associational rights of affected individuals; but, in view of the trilogy, this means nothing more than permitting rival associations to exist and vie for recognition. The legisla-

À l'analyse du texte de la disposition contestée, je partage l'avis de l'intimé. Je remarque que l'al. 42(1)b) n'interdit pas la constitution d'autres syndicats, ni l'appartenance à ceux-ci, et il n'empêche aucun de ces syndicats de demander la constitution en personne morale en vertu de la Loi. De plus, l'alinéa contesté ne détermine pas les conditions préalables ni les conséquences de la constitution en personne morale. Contrairement à l'avis exprimé par le juge Kerans, l'alinéa n'exige pas que l'association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi soit formée d'une manière particulière ou qu'elle soumette l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion ou les règles de fonctionnement interne au contrôle du législateur. Il me semble que le gouvernement des Territoires peut adopter une loi faisant de l'Institut ou de tout autre syndicat préexistant une association d'employés pour les fins de la Loi sans en modifier la structure de quelque manière que ce soit. Vue dans ce contexte, l'exigence de constitution en personne morale énoncée à l'al. 42(1)b) est le moyen par lequel le gouvernement des Territoires a choisi de reconnaître le ou les syndicats avec lesquels il négociera collectivement et auxquels il accordera le pouvoir d'obliger le gouvernement à négocier de bonne foi en vue de conclure une convention liant les parties. Comme je l'ai déjà dit, si rien dans la Constitution n'empêche un gouvernement de retirer complètement le droit de négocier collectivement, alors il semblerait anormal qu'un gouvernement qui cherche à accorder à ses employés la possibilité d'avoir recours à la négociation collective se heurte à des obstacles constitutionnels.

Je ne veux pas qu'on croie que j'affirme que, lorsqu'un gouvernement confère un avantage, il a le droit de l'assortir de toutes les conditions qu'il lui plaît d'imposer. Ces conditions doivent elles-mêmes satisfaire aux exigences de la Constitution. Il semble évident, par exemple, qu'un gouvernement ne pourrait accorder des droits de négocier collectivement à des conditions qui enfreindraient les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. De même, l'attribution de droits de négocier collectivement doit respecter les droits collectifs des personnes touchées, mais, en raison de la trilogie d'arrêts, ceci se limite à permettre aux associations rivales d'exister et de lutter pour leur

tion impugned in the present case does not, as I have said, affect the Institute or any other union in a manner that could infringe s. 2(d) of the *Charter*, and the Institute's arguments in this regard must fail.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs to the respondents, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Appeal dismissed, WILSON, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nelligan/Power, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Commissioner of the Northwest Territories: The Department of Justice, Yellowknife.

Solicitors for the respondent the Northwest Territories Public Service Association: Soloway, Wright, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

reconnaissance. Comme je l'ai déjà dit, les dispositions législatives contestées dans le présent pourvoi ne touchent ni l'Institut, ni aucun autre syndicat de manière à enfreindre l'al. 2d) de la *Charte*; en conséquence, les arguments de l'Institut à cet égard doivent être rejettés.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés et de répondre comme ceci aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Pourvoi rejeté, les juges WILSON, GONTHIER et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Nelligan/Power, Ottawa.

Procureur de l'intimé le Commissaire des territoires du Nord-Ouest: Le ministère de la Justice, Yellowknife.

Procureurs de l'intimée la Northwest Territories Public Service Association: Soloway, Wright, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.