

**Pepsi-Cola Canada Beverages (West)  
Ltd. Appellant**

v.

**Retail, Wholesale and Department Store  
Union, Local 558, Garry Burkart and Linda  
Reiber, personally and as Representatives  
of all the members of the Retail, Wholesale  
and Department Store Union, Local  
558 Respondents**

and

**Attorney General for Alberta,  
Canadian Labour Congress and  
Canadian Civil Liberties Association  
(CCLA) Interveners**

**INDEXED AS: R.W.D.S.U., LOCAL 558 v. PEPSI-COLA  
CANADA BEVERAGES (WEST) LTD.**

**Neutral citation: 2002 SCC 8.**

File No.: 27060.

2000: October 31; 2002: January 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel  
JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN**

*Labour law — Picketing — Secondary picketing —  
Union members picketing at locations other than  
employer's premises — Employer obtaining injunction  
prohibiting such secondary picketing — Whether  
secondary picketing illegal per se at common law —  
Whether picketing form of expression engaging s. 2(b) of  
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether  
wrongful action model making secondary picketing  
which amounts to tortious or criminal conduct illegal  
should be adopted.*

The union engaged in a variety of protest and picketing  
activities during a lawful strike and lockout at one of the  
appellant's plants. These activities eventually spread

**Pepsi-Cola Canada Beverages (West)  
Ltd. Appelante**

c.

**Syndicat des détaillants, grossistes et  
magasins à rayons, section locale 558,  
Garry Burkart et Linda Reiber, en leur  
propre nom et en qualité de représentants  
de tous les membres du Syndicat des  
détaillants, grossistes et magasins à rayons,  
section locale 558 Intimés**

et

**Procureur général de l'Alberta, Congrès  
du travail du Canada et Association  
canadienne des libertés civiles  
(ACLC) Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : S.D.G.M.R., SECTION LOCALE 558 c.  
PEPSI-COLA CANADA BEVERAGES (WEST) LTD.**

**Référence neutre : 2002 CSC 8.**

N° du greffe : 27060.

2000 : 31 octobre; 2002 : 24 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Basta-  
rache, Binnie, Arbour et LeBel.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN**

*Droit du travail — Piquetage — Piquetage  
secondaire — Membres d'un syndicat piquetant ailleurs  
qu'à l'établissement de l'employeur — Employeur  
obtenant une injonction interdisant ce piquetage  
secondaire — Le piquetage secondaire est-il illégal en  
soi en common law? — Le piquetage est-il une forme  
d'expression faisant intervenir l'art. 2b) de la Charte  
canadienne des droits et libertés? — Ya-t-il lieu d'adopter  
l'approche fondée sur la constatation d'un acte fautif qui  
rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile  
à une conduite délictuelle ou criminelle?*

Dans le cadre d'une grève et d'un lock-out légaux,  
le syndicat organise des manifestations et fait du  
piquetage à l'un des établissements de l'appelante. Ces

to “secondary” locations, where union members and supporters picketed retail outlets to prevent the delivery of the appellant’s products and dissuade the store staff from accepting delivery; carried placards in front of a hotel where members of the substitute labour force were staying; and engaged in intimidating conduct outside the homes of appellant’s management personnel. An interlocutory injunction was granted which effectively prohibited the union from engaging in picketing activities at secondary locations. A majority of the Court of Appeal upheld the order against congregating at the residences of the appellant’s employees, as these activities constituted tortious conduct. However, the section restraining the union from picketing at any location other than the appellant’s premises was quashed, thus allowing the union to engage in peaceful picketing at secondary locations.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Secondary picketing is generally lawful unless it involves tortious or criminal conduct. This wrongful action model best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It allows for a proper balance between traditional common law rights and *Charter* values and falls in line with the core principles of the collective bargaining system put in place in this country in the years following the Second World War. The wrongful action approach focuses on the character and effects of the activity as opposed to its location. This approach offers a rational test for limiting picketing, and avoids the difficult and often arbitrary distinction between primary and secondary picketing. In addition, labour and non-labour expression is treated in a consistent manner.

The *Hersees* and modified *Hersees* approaches, which start with the proposition that secondary picketing is *per se* unlawful regardless of its character or impact, are out of step with *Charter* values. They also deny adequate protection for free expression and place excessive emphasis on economic harm, in a rigid and inflexible way. Both primary and secondary picketing engage freedom of expression, a value enshrined in s. 2(b) of the *Charter*. While protection from economic harm is an important value capable of justifying limitations on

activités finissent par s’étendre à des lieux de travail « secondaires », où les syndiqués et des partisans font du piquetage devant des points de vente au détail afin d’empêcher la livraison des produits de l’appelante et de dissuader le personnel de ces magasins d’accepter les livraisons; ils portent des affiches devant l’hôtel où séjournent les travailleurs de remplacement; enfin, ils adoptent un comportement intimidant devant les résidences de certains cadres de l’appelante. Est délivrée une injonction interlocutoire interdisant en fait au syndicat de faire du piquetage à des lieux de travail secondaires. La Cour d’appel à la majorité confirme la validité de l’interdiction d’organiser des rassemblements aux résidences des salariés de l’appelante parce que ces activités constituent une conduite délictuelle. Les juges majoritaires annulent toutefois les conclusions interdisant au syndicat de faire du piquetage ailleurs qu’aux établissements de l’appelante, ce qui lui permet de faire du piquetage pacifique à des lieux de travail secondaires.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le piquetage secondaire est généralement légal, sauf s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle. Cette approche fondée sur la constatation d’un acte fautif est celle qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d’une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle permet d’établir un juste équilibre entre les valeurs consacrées dans la *Charte* et les droits traditionnellement reconnus par la common law. Elle respecte aussi les principes fondamentaux du régime de négociation collective instauré dans notre pays au cours des années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale. L’approche fondée sur l’acte fautif se concentre sur la nature et les effets de l’activité plutôt que sur l’identification du lieu où elle se déroule. Elle assujettit la restriction du piquetage à l’application d’un critère rationnel et permet d’éviter la distinction complexe et souvent arbitraire entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. En outre, elle traite d’une manière uniforme l’activité expressive reliée au travail et l’expression dans d’autres domaines.

Les règles découlant de l’arrêt *Hersees*, dans leur forme originale comme dans leurs variantes plus récentes, partent du principe de l’illégalité intrinsèque du piquetage secondaire, sans égard à sa nature et à ses effets, et ne sont pas conformes aux valeurs de la *Charte*. Elles privent également la liberté d’expression de toute protection adéquate et mettent trop l’accent sur le préjudice économique, et ce, d’une manière stricte et rigide. Le piquetage primaire et le piquetage secondaire font intervenir une valeur consacrée à l’al. 2b) de

freedom of expression, it is an error to accord this value absolute or pre-eminent importance over all other values, including free expression.

A wrongful action rule offers sufficient protection for neutral third parties when weighed against the value of free expression. Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts will be impermissible, regardless of where it occurs. In particular, the breadth of the torts of nuisance and defamation should permit control of most coercive picketing. Known torts will also protect property interests. They will not allow for intimidation, and will protect free access to private premises. Finally, rights arising out of contracts or business relationships also receive basic protection through the tort of inducing breach of contract. Moreover, to the extent that it may prove necessary to supplement the wrongful action approach, the courts and legislatures may do so. While legislatures must respect the *Charter* value of free expression and be prepared to justify limiting it, they remain free to develop their own policies governing secondary picketing and to substitute a different balance than the one struck in this case.

### Cases Cited

**Disapproved:** *Hersees of Woodstock Ltd. v. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81; **referred to:** *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303; *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *A. L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271; *Lescar Construction Co. v. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846; *Refrigeration Supplies Co. v. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190; *Nedco Ltd. v. Clark*

*la Charte*, à savoir la liberté d'expression. Bien que la protection contre le préjudice économique représente une valeur importante susceptible de justifier des restrictions à la liberté d'expression, il est erroné d'accorder à cette valeur une importance absolue ou prédominante par rapport à toutes les autres valeurs, y compris la liberté d'expression.

Eu égard à la valeur de la liberté d'expression, la règle de l'acte fautif offre une protection suffisante aux tiers neutres. Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui est assorti d'un délit particulier est interdit peu importe où il a lieu. En particulier, la portée des délits de nuisance et de diffamation devrait permettre d'enrayer le piquetage le plus coercitif. Les délits connus permettent également de protéger les droits de propriété. Ils permettent d'éviter l'intimidation et de protéger la liberté d'accès aux lieux privés. Enfin, le délit d'incitation à la rupture de contrat confère aussi une protection de base aux droits découlant des contrats ou des relations d'affaires. De plus, les tribunaux et le législateur pourront compléter l'approche fondée sur l'acte fautif si cela est nécessaire. Bien qu'il doive respecter la valeur de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte* et être disposé à justifier toute limite qu'il y apporte, le législateur reste libre d'établir ses propres politiques régissant le piquetage secondaire et de remplacer l'équilibre établi en l'espèce par un autre équilibre.

### Jurisprudence

**Arrêt critiqué :** *Hersees of Woodstock Ltd. c. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81; **arrêts mentionnés :** *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303; *Daishowa Inc. c. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *A. L. Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271; *Lescar Construction Co. c. Wigman*, [1969] 2

(1973), 43 D.L.R. (3d) 714; *Nedco Ltd. v. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664; *Domtar Chemicals Ltd. v. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73; *Inglis Ltd. v. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525; *Magasins Continental Ltée v. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195; 2985420 *Canada Inc. v. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44; *Peter Kiewit Sons Co. v. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL); *McLean Trucking Co. v. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047; *Alex Henry & Son Ltd. v. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311; *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. v. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL); *Air Canada v. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159; *Soo-Security Motorways Ltd. v. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354; 683481 *Ontario Ltd. v. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346; *Neumann and Young Ltd. v. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11; *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292, aff'd [1965] O.J. No. 504 (QL); *Robertson Yates Corp. v. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091; *Toronto Harbour Commissioners v. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276; *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385, aff'd (1972), 28 D.L.R. (3d) 180; *J. S. Ellis & Co. v. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397; *Rocca Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198; *PCL Construction Management Inc. v. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. v. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285; *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762; *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342, application for leave to appeal dismissed (1989), 94 N.S.R. (2d) 398; *Provincial Express Inc. v. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75; *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL); *National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964).

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d), 32(1).  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 104(3).  
*Labour Relations Act*, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 128(3).

O.R. 846; *Refrigeration Supplies Co. c. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190; *Nedco Ltd. c. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; *Nedco Ltd. c. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664; *Domtar Chemicals Ltd. c. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73; *Inglis Ltd. c. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525; *Magasins Continental Ltée c. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195; 2985420 *Canada Inc. c. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44; *Peter Kiewit Sons Co. c. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL); *McLean Trucking Co. c. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047; *Alex Henry & Son Ltd. c. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311; *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. c. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL); *Air Canada c. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159; *Soo-Security Motorways Ltd. c. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354; 683481 *Ontario Ltd. c. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346; *Neumann and Young Ltd. c. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11; *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *Heather Hill Appliances Ltd. c. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292, conf. par [1965] O.J. No. 504 (QL); *Robertson Yates Corp. c. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091; *Toronto Harbour Commissioners c. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276; *CTV Television Network Ltd. c. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385, conf. par (1972), 28 D.L.R. (3d) 180; *J. S. Ellis & Co. c. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397; *Rocca Construction Ltd. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198; *PCL Construction Management Inc. c. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. c. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285; *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762; *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. c. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342, demande d'autorisation d'appel rejetée (1989), 94 N.S.R. (2d) 398; *Provincial Express Inc. c. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75; *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL); *National Labor Relations Board c. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964).

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 32(1).  
*Labour Relations Act*, R.S.N. 1990, ch. L-1, art. 128(3).  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 84.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1.

*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 84.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1.  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, ss. 27, 28.

#### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2001, release No. 16).  
 Arthurs, H. W. “Comments” (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 573.  
 Beatty, David M. “Secondary Boycotts: A Functional Analysis” (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 388.  
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Cox, Archibald. “Strikes, Picketing and the Constitution” (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 167 D.L.R. (4th) 220, 172 Sask. R. 40, [1999] 8 W.W.R. 429, [1998] S.J. No. 727 (QL), allowing in part the Union’s appeal of a decision of the Court of Queen’s Bench granting an interlocutory injunction enjoining secondary picketing during a labour dispute. Appeal dismissed.

*Robert G. Richards, Q.C.*, and *M. Jean Torrens*, for the appellant.

*Larry W. Kowalchuk*, for the respondents.

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

*John Baigent*, for the intervener Canadian Labour Congress.

*David Sherriff-Scott*, for the intervener Canadian Civil Liberties Association (CCLA).

The judgment of the Court was delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. — This case raises the issue of when if ever secondary picketing — typically defined as picketing in support of a union which occurs at a location other than the premises of that union’s employer — may be legally conducted. The respondents (the “Union”) were on

*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 104(3).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 27, 28.

#### Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2001, release No. 16).  
 Arthurs, H. W. « Comments » (1963), 41 *R. du B. can.* 573.  
 Beatty, David M. « Secondary Boycotts : A Functional Analysis » (1974), 52 *R. du B. can.* 388.  
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1986.  
 Cox, Archibald. « Strikes, Picketing and the Constitution » (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (1998), 167 D.L.R. (4th) 220, 172 Sask. R. 40, [1999] 8 W.W.R. 429, [1998] S.J. No. 727 (QL), accueillant en partie l’appel du syndicat contre une décision de la Cour du Banc de la Reine qui avait accordé une injonction interlocutoire interdisant le piquetage secondaire pendant un conflit de travail. Pourvoi rejeté.

*Robert G. Richards, c.r.*, et *M. Jean Torrens*, pour l’appelante.

*Larry W. Kowalchuk*, pour les intimés.

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

*John Baigent*, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

*David Sherriff-Scott*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles (ACLC).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL — La présente affaire soulève la question de la légalité du piquetage secondaire — généralement défini comme le piquetage destiné à appuyer un syndicat, qui se fait ailleurs qu’à l’établissement de l’employeur des membres du syndicat en question.

strike against Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. (“Pepsi-Cola”) in Saskatchewan. The strike escalated and the Union picketed some of Pepsi-Cola’s retail outlets, placed placards outside a hotel where substitute workers were staying, and demonstrated outside the homes of Pepsi-Cola’s management personnel. The issue is whether such conduct is unlawful and can be enjoined.

The law on this issue has been clarified by legislation in a number of Canadian provinces. Saskatchewan has legislated to abolish the tort of restraint of trade in the union context: *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 27. However, apart from this it has left the common law in place. The Union, supported by the Canadian Labour Congress and the Canadian Civil Liberties Association, argues that the common law as presently articulated is difficult to apply and unnecessarily curtails the right to free expression. Pepsi-Cola, on the other hand, defends the present rule as workable and appropriate to protect business interests and prevent labour disputes from spreading to non-parties to the dispute.

For the reasons that follow, we conclude that secondary picketing is generally lawful unless it involves tortious or criminal conduct, and that the Saskatchewan Court of Appeal correctly disposed of the issues on this basis.

#### I. Facts

The Union gained certification as bargaining agent for the employees of a bottling plant and delivery facility in Saskatchewan. Their collective agreement had expired, and negotiations broke down. The employer, Pepsi-Cola, locked out its employees and the employees walked out on strike. The lockout and strike were legal under *The Trade Union Act*. The conflict quickly grew bitter. At the news of the lockout, several employees took control of the warehouse, office and yard. They disabled trucks, blocked entrances and threatened manage-

Les intimés (le « syndicat ») sont en grève contre Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. (« Pepsi-Cola ») en Saskatchewan. La grève dégénère et le syndicat forme des piquets de grève devant certains points de vente au détail de Pepsi-Cola, pose des affiches à l’extérieur de l’hôtel où séjournent les travailleurs de remplacement et manifeste devant les résidences de cadres de Pepsi-Cola. Il s’agit de déterminer si une telle conduite est illégale et peut être interdite.

Dans un certain nombre de provinces canadiennes, le législateur a précisé le droit sur cette question. La Saskatchewan a adopté une disposition législative abrogeant le délit de restriction de la liberté de commerce dans le cadre syndical : *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 27. Cependant, hormis cela, elle a maintenu l’application de la common law. Avec l’appui du Congrès du travail du Canada et de l’Association canadienne des libertés civiles, le syndicat prétend que, dans son état actuel, la common law est difficile à appliquer et restreint inutilement le droit à la liberté d’expression. Pepsi-Cola, pour sa part, soutient que la règle actuelle est efficace et utile pour protéger les intérêts commerciaux et empêcher que les conflits de travail ne s’étendent à des tiers.

Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le piquetage secondaire est généralement légal, sauf s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle, et que la Cour d’appel de la Saskatchewan a eu raison d’appliquer ce principe pour trancher les questions en litige.

#### I. Les faits

Le syndicat obtient l’accréditation en tant qu’agent négociateur des salariés d’une usine d’embouteillage et d’un centre de livraison en Saskatchewan. La convention collective des salariés est échue et les négociations sont rompues. L’employeur, Pepsi-Cola, met ses salariés en lock-out et ceux-ci déclenchent une grève. Le lock-out et la grève sont légaux en vertu de la *Trade Union Act*. Le conflit s’envenime rapidement. Lorsqu’ils prennent connaissance du lock-out, plusieurs salariés investissent l’entrepôt, les bureaux et la cour de

ment. Security guards left the scene in fear for their safety. An interim injunction was issued against the Union's acts of trespass, intimidation and nuisance. Pepsi-Cola then regained control of its facilities and resumed business, using management personnel and substitute labour brought in from Calgary and Winnipeg.

l'entreprise. Ils mettent des camions hors d'usage, bloquent des entrées et menacent des cadres. Les gardiens de sécurité quittent les lieux parce qu'ils craignent pour leur sécurité. Une injonction provisoire interdisant toute intrusion, intimidation et nuisance de la part du syndicat est délivrée. Pepsi-Cola reprend alors le contrôle de ses installations et poursuit ses activités en recourant aux services de cadres et de travailleurs de remplacement venus de Calgary et de Winnipeg.

5 The following week, as Pepsi-Cola tried to resume deliveries to its clients, some of the Union members attempted to prevent the movement of trucks, interfere with deliveries, discourage the management and the substitute work force, and dissuade customers from carrying on business with Pepsi-Cola. Protests and picketing spread to "secondary" locations, where Union members and supporters engaged in a variety of activities. They picketed certain retail outlets, thus preventing the delivery of Pepsi-Cola's products and dissuading the store staff from accepting delivery; they carried placards in front of a hotel where members of the substitute labour force were staying; and they convened outside the homes of some of Pepsi-Cola's management personnel and chanted slogans, screamed insults, and uttered threats of harm.

La semaine suivante, alors que Pepsi-Cola tente de reprendre les livraisons à ses clients, certains membres du syndicat essaient d'empêcher les camions de circuler, de perturber les livraisons, de décourager les cadres et les travailleurs de remplacement, et de dissuader les clients de faire affaire avec Pepsi-Cola. Les manifestations et le piquetage s'étendent à des lieux de travail « secondaires », où les syndiqués et des partisans se livrent à diverses activités. Ils font du piquetage devant certains points de vente au détail, empêchant ainsi la livraison de produits Pepsi-Cola et dissuadant le personnel de ces magasins d'accepter les livraisons; ils portent des affiches devant l'hôtel où séjournent des travailleurs de remplacement; enfin, ils se rassemblent devant les résidences de certains cadres de Pepsi-Cola et scandent des slogans, crient des insultes et profèrent des menaces.

## II. Judgments

### 1. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

6 On May 16, 1997, Allbright J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench granted an interlocutory injunction ordering the Union to vacate and refrain from trespassing at Pepsi-Cola's premises in Saskatoon. The Union was also restrained from picketing "except in an orderly manner and provided such picketers remain off of the said premises". The order also prohibited the Union from obstructing or blocking access to Pepsi-Cola's premises and from attempting to intimidate Pepsi-Cola's employees, customers, or anyone else entering or leaving Pepsi-Cola's premises.

## II. Les jugements

### 1. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

Le 16 mai 1997, le juge Allbright de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan accorde une injonction interlocutoire ordonnant au syndicat de quitter l'établissement de Pepsi-Cola à Saskatoon et de s'abstenir d'y entrer sans autorisation. De même, le syndicat ne pourra faire du piquetage [TRADUCTION] « qu'à la condition que ce soit fait de façon pacifique et que les piqueteurs ne pénètrent pas dans cet établissement ». Enfin, l'ordonnance interdit au syndicat d'obstruer ou de bloquer l'accès à l'établissement de Pepsi-Cola et de tenter d'intimider les salariés et les clients de l'entreprise, de même que toute personne entrant dans son établissement ou en sortant.

On May 23, 1997, Barclay J. dissolved the previous injunction and issued a new interlocutory order with the following terms:

1. The defendants and each of them and any person acting under their instruction, direction or behest and any member of the defendant Union, and any other person having knowledge of this Order are, until the trial of this action, or until further order, hereby:
  - i) restrained from picketing or congregating at any location other than the plaintiff's premises located at the intersection of Millar Avenue and 43rd Street and bearing civic address 830 – 43rd Street East, Saskatoon, Saskatchewan and the Custom Truck premises at 2410 Northridge Drive, Saskatoon, Saskatchewan, provided that all such picketers remain off the premises;
  - ii) restrained from obstructing or blocking places of entrance to or egress from the said premises;
  - iii) restrained from threatening, harassing, or intimidating or attempting to harass or intimidate in any way the plaintiff's employees, any person seeking to do business with the plaintiff, and/or any person seeking to enter or leave the said premises;
  - iv) restrained from picketing, watching or besetting, trespassing, creating a nuisance or congregating at the residences of the plaintiff's employees or their families, or intimidating, threatening or obstructing the plaintiff's employees or their family members;
  - v) restrained from blocking and/or impeding the plaintiff's vehicles or otherwise interfering in any manner whatsoever with the plaintiff's employees in the carrying out of their duties;
  - vi) restrained from trespassing upon or re-entering the plaintiff's premises.

Parts i) and iv) of Barclay J.'s order effectively prohibited the Union from engaging in picketing activities at secondary locations. The Union appealed these parts of the order on the basis that it

Le 23 mai 1997, le juge Barclay annule l'injonction précédente et délivre une nouvelle ordonnance interlocutoire rédigée en ces termes :

[TRADUCTION]

1. Jusqu'à l'instruction de la présente action ou jusqu'à la délivrance d'une nouvelle ordonnance, il est ordonné aux défendeurs, à toute personne agissant selon leurs instructions, sous leur direction ou sur leur ordre, ainsi qu'à tout membre du syndicat défendeur et à toute personne ayant connaissance de la présente ordonnance :
  - i) de s'abstenir de faire du piquetage et de se rassembler ailleurs qu'à l'établissement de la demanderesse, situé à l'intersection de l'avenue Millar et de la 43<sup>e</sup> Rue, au 830, 43<sup>e</sup> Rue Est, Saskatoon (Saskatchewan), et qu'à l'établissement de Custom Truck, situé au 2410, promenade Northridge, Saskatoon (Saskatchewan), pourvu que les piqueteurs ne pénètrent pas dans ces établissements;
  - ii) de s'abstenir d'obstruer ou de bloquer les entrées et les sorties de ces établissements;
  - iii) de s'abstenir de menacer, de harceler, d'intimider ou de tenter de harceler ou d'intimider de quelque façon que ce soit les salariés de la demanderesse, toute personne cherchant à faire affaire avec celle-ci ou toute personne cherchant à entrer dans ses établissements ou à en sortir;
  - iv) de s'abstenir de faire du piquetage devant les résidences des salariés de la demanderesse ou de leurs familles, de surveiller ou de cerner ces endroits, d'y entrer sans autorisation, d'y créer une nuisance ou de s'y rassembler, et d'intimider ou de menacer les salariés de la demanderesse ou les membres de leur famille ou de leur obstruer le passage;
  - v) de s'abstenir de bloquer ou d'entraver l'accès aux véhicules de la demanderesse ou d'empêcher de quelque façon que ce soit ses salariés d'exercer leurs fonctions;
  - vi) de s'abstenir d'entrer sans autorisation dans les établissements de la demanderesse ou d'y retourner.

Les parties i) et iv) de l'ordonnance du juge Barclay interdisent en fait au syndicat de faire du piquetage à des lieux de travail secondaires. Le syndicat interjette appel contre ces parties de l'ordonnance



breached the strikers' rights to freedom of expression and association under ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2. *Saskatchewan Court of Appeal* (1998), 167 D.L.R. (4th) 220

9

Writing for the majority of the Saskatchewan Court of Appeal, Cameron J.A. allowed the Union's appeal in part. The majority upheld the part of the injunction which prevented the Union from congregating at the residences of Pepsi-Cola's employees, as these activities were found to have amounted to tortious conduct. However, the section restraining the Union from picketing at any location other than Pepsi-Cola's premises was quashed, thus allowing the Union to engage in peaceful picketing at secondary locations.

10

Cameron J.A. reasoned that the nature and purpose of picketing involves the presence of pickets and the conveying of information in order to interfere with and put economic pressure on the operation of the enterprise. Cameron J.A. went on to note at p. 230 that "picketing constitutes an exercise of the fundamental freedom of expression which can only be circumscribed by laws, whether statutory, regulatory, or common, that accord with the constitutional norms" of the *Charter*. Given that the province of Saskatchewan had not imposed any statutory restriction on picketing, this form of collective expression remained lawful in principle, and courts could restrain it only when it was accompanied by a specific tort, such as trespass, nuisance, intimidation, breach of contract or defamation. The majority thus disagreed with the *obiter* comments of the Ontario Court of Appeal in *Hersees of Woodstock Ltd. v. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81, that held that secondary picketing was illegal *per se* at common law.

11

The Court of Appeal viewed the picketing at the secondary locations as essentially peaceful and informational, aimed at dissuading others from doing business with Pepsi-Cola. Once the truly vio-

en faisant valoir qu'elles portent atteinte aux droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association garantis aux grévistes par les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2. *Cour d'appel de la Saskatchewan* (1998), 167 D.L.R. (4th) 220

S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Cameron accueille en partie l'appel du syndicat. Les juges majoritaires confirment la partie de l'injonction interdisant au syndicat d'organiser des rassemblements aux résidences des salariés de Pepsi-Cola, parce qu'ils considèrent que ces activités ont constitué une conduite délictuelle. Ils annulent toutefois les conclusions interdisant au syndicat de faire du piquetage ailleurs qu'aux établissements de Pepsi-Cola, ce qui lui permet de faire du piquetage pacifique à des lieux de travail secondaires.

Selon le juge Cameron, le piquetage comporte, de par sa nature et son objet, la présence de piqueurs et la communication de renseignements destinés à gêner l'exploitation de l'entreprise et à exercer des pressions économiques sur celle-ci. Le juge Cameron ajoute, à la p. 230, que [TRADUCTION] « le piquetage représente un mode d'exercice de la liberté d'expression fondamentale. Le piquetage ne peut alors être circonscrit que par des règles de droit établies par une loi, un règlement ou la common law, elles-mêmes conformes aux normes constitutionnelles » de la *Charte*. Puisque la Saskatchewan n'a imposé aucune restriction légale au piquetage, cette forme d'expression collective demeure légale en principe et les tribunaux ne peuvent la restreindre que si elle est assortie d'un délit précis comme l'intrusion, la nuisance, l'intimidation, la rupture de contrat ou la diffamation. Les juges majoritaires sont donc en désaccord avec les observations incidentes de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hersees of Woodstock Ltd. c. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81, selon lesquelles le piquetage secondaire est illégal en soi en common law.

La Cour d'appel a jugé que le piquetage aux lieux de travail secondaires était essentiellement pacifique et informatif et qu'il visait à dissuader des tiers de faire affaire avec Pepsi-Cola. Dans la mesure où les

lent or tortious acts had been enjoined, the picketing did not affect anyone’s use or enjoyment of their property. In dissent, Wakeling J.A. viewed the secondary picketing as illegal *per se* at common law, and would have dismissed the appeal.

actes vraiment violents ou délictuels étaient interdits, le piquetage n’empêchait personne d’utiliser ou de jouir de sa propriété. Dissident, le juge Wakeling considérait que le piquetage secondaire était illégal en soi en common law et il aurait rejeté l’appel.

Pepsi-Cola was granted leave to appeal to this Court, and interveners were granted status to raise policy issues before the Court.

Pepsi-Cola a été autorisée à se pourvoir devant notre Cour. D’autres parties ont obtenu la qualité d’intervenant, afin de soulever des questions de politique générale devant nous.

III. Legislation

III. Les dispositions législatives

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

*Charte canadienne des droits et libertés*

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

(d) freedom of association.

d) liberté d’association.

32. (1) This Charter applies

32. (1) La présente charte s’applique :

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

*Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17*

*Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17*

27. A trade union and the acts thereof shall not be deemed to be unlawful by reason only that one or more of its objects are in restraint of trade.

[TRADUCTION]  
27. Un syndicat et ses actes ne sont pas présumés illégaux du seul fait qu’un seul ou plusieurs de ses objets restreignent la liberté de commerce.

IV. Issues

IV. Les questions en litige

The main issue in this appeal is the legality of secondary picketing at common law. A secondary issue is whether the employer, Pepsi-Cola, can apply for relief against secondary picketing, or whether only the third parties affected by secondary picketing may apply.

La légalité du piquetage secondaire en common law constitue la principale question en litige dans le présent pourvoi. Une question secondaire est de savoir si l’employeur, Pepsi-Cola, peut solliciter l’interdiction du piquetage secondaire ou si seuls les tiers touchés par ce piquetage peuvent le faire.

12  
2002 SCC 8 (CanLII)  
13

## V. Analysis

### 1. *Preliminary Questions*

15 Two preliminary issues arise: (1) whether the courts have the power to make the sort of change advocated by the Union; (2) if so, how the *Charter* may affect the development of the common law.

16 On the first issue, we conclude that the change in the common law here at issue lies within the proper power of the courts. The status of secondary picketing at common law remains unsettled and inconsistent across jurisdictions. The Court in this case is not required to overturn a well-established rule at common law, but rather to clarify the common law given two strands of conflicting authority, each with some claim to precedent. Resolution of the conflicting lines of authority lies well within the powers of a court of common law (see *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 733). Moreover, any change to the common law should be incremental. Proposed modifications that will have complex and far-reaching effects are in the proper domain of the legislature (see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43).

17 Against this conclusion, Pepsi-Cola argues that the failure of Saskatchewan to legislate on the matter, as some other provinces have, suggests that the Legislature intended to keep the common law as it is. We cannot agree. There is nothing to suggest that the statutory silence should be interpreted as a legislative intent to crystallize the common law and preclude its development in this area. The law as it presently stands was developed by judges in response to social, moral and economic needs. Equally, judges can and should alter the common law to reflect these needs as they change over time: *Salituro*, *supra*; see also *Watkins*, *supra*, and *Friedmann Equity*, *supra*. The Saskatchewan Legislature must be taken to have understood this

## V. Analyse

### 1. *Questions préliminaires*

Deux questions préliminaires se posent : (1) Les tribunaux ont-ils le pouvoir d'effectuer le type de changement préconisé par le syndicat? (2) Dans l'affirmative, comment la *Charte* peut-elle influencer sur l'évolution de la common law?

À propos de la première question, nous concluons que les tribunaux ont le pouvoir légitime d'apporter à la common law le changement dont il est question en l'espèce. La situation juridique du piquetage secondaire en common law reste encore incertaine et diffère d'un ressort à l'autre. Notre Cour est appelée en l'espèce non pas à écarter une règle de common law bien établie, mais plutôt à clarifier la common law à la lumière de deux courants jurisprudentiels contradictoires, dont chacun peut être considéré dans une certaine mesure comme faisant autorité. Les tribunaux de common law détiennent sûrement le pouvoir de résoudre les conflits jurisprudentiels (voir *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 733). De plus, tout changement apporté à la common law doit être progressif. Les modifications proposées qui auront des effets complexes et d'une grande portée relèvent du législateur (voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 43).

À l'encontre de cette conclusion, Pepsi-Cola prétend que le fait que la Saskatchewan n'ait pas, contrairement à d'autres provinces, légiféré en la matière indique que le législateur a voulu maintenir la common law dans son état actuel. Nous ne pouvons pas être d'accord. Rien ne porte à croire que le silence du législateur indique une intention de cristalliser la common law et d'empêcher son évolution dans ce domaine. La common law actuelle a été conçue par les juges pour répondre à des besoins sociaux, moraux et économiques. De même, les juges peuvent et doivent modifier la common law afin de l'adapter aux changements que ces besoins subissent avec le temps : *Salituro*, précité; voir également *Watkins* et *Friedmann Equity*, précités. Il faut con-

when they chose to leave the matter of secondary picketing to the common law.

The second preliminary issue is how the *Charter* may affect the development of the common law. Here again the answer seems clear. The *Charter* constitutionally enshrines essential values and principles widely recognized in Canada, and more generally, within Western democracies. *Charter* rights, based on a long process of historical and political development, constitute a fundamental element of the Canadian legal order upon the patriation of the Constitution. The *Charter* must thus be viewed as one of the guiding instruments in the development of Canadian law.

This Court first considered the relationship between the common law and the *Charter* in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J. concluded, at p. 603:

Where, however, private party “A” sues private party “B” relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law.

The reasons of McIntyre J. emphasize that the common law does not exist in a vacuum. The common law reflects the experience of the past, the reality of modern social concerns and a sensitivity to the future. As such, it does not grow in isolation from the *Charter*, but rather with it.

Although s. 2(b) of the *Charter* is not directly implicated in the present appeal, the right to free expression that it enshrines is a fundamental Canadian value. The development of the common law must therefore reflect this value. Indeed, quite apart from the *Charter*, the value of free expression informs the common law. As

sidérer qu’en Saskatchewan le législateur a compris cela lorsqu’il a décidé de s’en remettre à la common law en ce qui concerne le piquetage secondaire.

La deuxième question préliminaire est de savoir comment la *Charte* peut influencer sur l’évolution de la common law. Ici encore, la réponse semble claire. La *Charte* constitutionnalise des valeurs et des principes essentiels généralement acceptés au Canada et, de façon plus générale, dans les démocraties occidentales. Les droits consacrés par la *Charte*, qui sont le fruit d’une longue évolution historique et politique, constituent un élément fondamental de l’ordre juridique du Canada depuis le rapatriement de la Constitution. La *Charte* doit donc être considérée comme l’un des outils qui guident l’évolution du droit canadien.

Notre Cour a examiné pour la première fois les rapports entre la common law et la *Charte* dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre conclut, à la p. 603 :

Toutefois, lorsque « A », une partie privée, actionne « B », une partie privée, en s’appuyant sur la *common law* et qu’aucun acte du gouvernement n’est invoqué à l’appui de la poursuite, la *Charte* ne s’appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c’est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d’une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d’être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

Dans ses motifs, le juge McIntyre met l’accent sur le fait que la common law n’existe pas de façon spontanée. Elle reflète l’expérience du passé, la réalité des préoccupations sociales contemporaines ainsi qu’une sensibilité à l’avenir. Voilà pourquoi elle évolue non pas séparément de la *Charte*, mais plutôt en liaison avec elle.

Bien que l’al. 2b) de la *Charte* ne soit pas directement en cause dans le présent pourvoi, le droit à la liberté d’expression qu’il consacre est une valeur canadienne fondamentale. L’évolution de la common law doit donc refléter cette valeur. En effet, indépendamment de la *Charte*, la valeur que constitue la liberté d’expression sous-tend la common law.

18

2002 SCC 8 (CanLII)

19

20

McIntyre J. observed in *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 583.

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society.

21 At the same time, it must be recognized that the common law addresses a myriad of very diverse relationships and seeks to protect a host of legitimate interests not engaged by the *Charter*. Salient among these are the life of the economy and individual economic interests. Common law rules ensure the protection of property interests and contractual relationships. Nevertheless, where these laws implicate *Charter* values, these values may be considered.

22 In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 97, the Court adopted a flexible balancing approach to addressing alleged inconsistencies between the common law and *Charter* values:

*Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.

The Court also cautioned that: “[f]ar-reaching changes to the common law must be left to the legislature” (para. 96). Finally, the Court determined that the party alleging an inconsistency between the common law and the *Charter* bears the onus of proving “that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified” (para. 98). It is upon this basis that we proceed to balance the values at stake in the present appeal.

## 2. *The Competing Values and Interests*

### (a) Historical Perspective of the Function of Picketing in a Labour Dispute

23 The relationship between picketing and free expression is cast against the backdrop of a labour relations system that has profoundly changed over the past half-century. It was not until after the

Comme le juge McIntyre l’a fait remarquer dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, précité, p. 583 :

La liberté d’expression n’est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l’un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale.

Du même coup, il faut reconnaître que la common law traite d’une multitude de rapports très variés et cherche à protéger une foule d’intérêts légitimes non visés par la *Charte*. La vie économique et les intérêts économiques personnels en constituent des exemples frappants. Les règles de common law protègent les droits de propriété et les relations contractuelles. Néanmoins, lorsque ces règles mettent en cause des valeurs de la *Charte*, ces valeurs peuvent être prises en considération.

Dans l’arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 97, notre Cour a adopté une méthode de pondération souple afin de résoudre les présumées contradictions entre la common law et les valeurs de la *Charte* :

Formulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire.

Notre Cour a également prévenu que « [l]es changements d’ampleur à la common law doivent être laissés au législateur » (par. 96). Enfin, elle a décidé qu’il incombe à la partie alléguant l’existence d’une contradiction entre la common law et la *Charte* d’établir « que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée » (par. 98). C’est en fonction de cela que nous pondérons les valeurs en jeu dans le présent pourvoi.

## 2. *Les valeurs et les intérêts opposés*

### a) Point de vue historique sur le rôle du piquetage dans un conflit de travail

Le rapport qui existe entre le piquetage et la liberté d’expression a pour toile de fond un régime de relations du travail qui a changé profondément au cours des cinquante dernières années. Ce n’est

Second World War that governments began to formally accept that unions have a role to play in the economy and society. In the decades that followed, the fundamental propositions of modern labour law took root.

Workers have the right to be represented by a union, and when a union supported by a majority of the workers is in place, employers are obliged to negotiate in good faith with the union. Good faith negotiation is the primary engine of industrial peace and economic efficiency. Occasionally, however, negotiations stall and disputes threaten labour peace. When this happens, it has come to be accepted that, within limits, unions and employers may legitimately exert economic pressure on each other to the end of resolving their dispute. Thus, employees are entitled to withdraw their services, inflicting economic harm directly on their employer and indirectly on third parties which do business with their employer. Employers are similarly entitled to exert economic pressure on their employees through the use of lockouts and, in most jurisdictions in Canada, through the hiring of replacement workers.

Labour disputes may touch important sectors of the economy, affecting towns, regions, and sometimes the entire country. The cost to the parties and the public may be significant. Nevertheless, our society has come to see it as justified by the higher goal of achieving resolution of employer-employee disputes and the maintenance of economic and social peace. The legally limited use of economic pressure and the infliction of economic harm in a labour dispute has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their differences in a way that both can live with (see generally G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11 to 1-15).

qu'après la Deuxième Guerre mondiale que les gouvernements ont commencé à reconnaître officiellement que les syndicats ont un rôle à jouer dans l'économie et la société. Pendant les décennies qui ont suivi, les principes fondamentaux du droit du travail moderne ont pris racine.

Les travailleurs ont le droit d'être représentés par un syndicat et, lorsqu'un syndicat est appuyé par la majorité des travailleurs, les employeurs sont tenus de négocier de bonne foi avec lui. La négociation de bonne foi est le principal moteur de la paix industrielle et de l'efficacité économique. Cependant, il arrive que des négociations cessent et que des conflits menacent la paix dans les relations du travail. On a alors accepté que, le cas échéant, les syndicats et les employeurs puissent légitimement exercer, dans une certaine mesure, des pressions économiques les uns sur les autres en vue de résoudre le différend qui les oppose. En conséquence, les salariés jouissent du droit de cesser de fournir leurs services, ce qui cause un préjudice économique directement à leur employeur et indirectement aux tiers qui font affaire avec lui. De même, les employeurs conservent le droit d'exercer des pressions économiques sur leurs salariés en recourant au lock-out et, dans la plupart des ressorts canadiens, à des travailleurs de remplacement.

Les conflits de travail peuvent toucher des secteurs importants de l'économie et avoir des répercussions sur des villes, des régions et, parfois, sur le pays tout entier. Il peut en résulter des coûts importants pour les parties et le public. Néanmoins, notre société en est venue à reconnaître que ces coûts sont justifiés eu égard à l'objectif supérieur de la résolution des conflits de travail et du maintien de la paix économique et sociale. Désormais, elle accepte aussi que l'exercice de pressions économiques, dans les limites autorisées par la loi, et l'infliction d'un préjudice économique lors d'un conflit de travail représentent le prix d'un système qui encourage les parties à résoudre leurs différends d'une manière acceptable pour chacune d'elles (voir, de manière générale, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11 à 1-15).

24

2002 SCC 8 (CanLII)

25

(b) Picketing and Free Expression

26

The term “picketing” attaches to a wide range of diverse activities and objectives, and allows for innumerable variations. One text on Canadian labour law hazards this general description of the common themes that define picketing, as well as the diversity this broad term allows:

Ingredients common to the act of picketing in all jurisdictions appear to be the physical presence of persons called pickets, the conveying of information, and the object of persuasion. The “presence” element may take many forms, from one or two persons, in the vicinity of the entrance of the premises, comparatively indifferent to the outcome of the dispute, to large numbers calculated physically to prevent ingress and egress. . . . The conveying of information may also take many forms, from the use of handbills, arm bands, placards and sandwich boards to sound trucks, and from the recitation of events to the conveying of exhortative messages. The object of persuasion appears to remain constant, to induce a boycott of the picketed operations by employees, customers, suppliers and others on whom the employer is dependent for the successful operation of his enterprise.

(A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at pp. 609-10)

27

In labour law, picketing is commonly understood as an organized effort of people carrying placards in a public place at or near business premises. The act of picketing involves an element of physical presence, which in turn incorporates an expressive component. Its purposes are usually twofold: first, to convey information about a labour dispute in order to gain support for its cause from other workers, clients of the struck employer, or the general public, and second, to put social and economic pressure on the employer and, often by extension, on its suppliers and clients (see, for example, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303, at paras. 32-33, *per* McCormack, Chair).

b) Le piquetage et la liberté d’expression

Le mot « piquetage » désigne une vaste gamme d’activités et d’objectifs et se prête à d’innombrables variations. Un commentaire en droit canadien du travail esquisse cette description générale des thèmes communs qui définissent le piquetage et de la diversité des activités que ce terme général permet :

[TRADUCTION] Dans tous les ressorts, les éléments communs du piquetage semblent être la présence physique de personnes appelées piqueteurs, la communication de renseignements et l’objectif visé par l’effort de persuasion. L’élément « présence » peut prendre plusieurs formes, allant de la présence d’une à deux personnes qui se tiennent à proximité de l’entrée des lieux et qui sont relativement indifférentes à l’issue du conflit, à un grand nombre de personnes déployées de façon à empêcher les gens d’entrer et de sortir [. . .] La communication de renseignements peut elle aussi prendre plusieurs formes, allant de l’utilisation de tracts, de brassards, d’affiches et de tableaux-annonces à celle de camions de sonorisation, et allant de l’énumération de certains faits à l’expression de messages d’exhortation. L’objectif visé par l’effort de persuasion semble demeurer constant, savoir amener le boycottage des activités visées par le piquetage par les employés, les clients, les fournisseurs et d’autres personnes dont l’employeur dépend pour le succès de son entreprise.

(A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1986), p. 609-610)

En droit du travail, le piquetage s’entend généralement de l’effort concerté de gens qui portent des affiches dans un endroit public situé dans des lieux d’affaires ou près de ceux-ci. Le piquetage comporte un élément de présence physique qui, à son tour, inclut une composante expressive. Il vise généralement deux objectifs : premièrement, communiquer des renseignements au sujet d’un conflit de travail afin d’amener d’autres travailleurs, les clients de l’employeur frappé par le conflit ou le public en général à appuyer la cause des piqueteurs; deuxièmement, exercer des pressions sociales et économiques sur l’employeur et, souvent par voie de conséquence, sur ses fournisseurs et ses clients (voir, par exemple, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303, par. 32-33, la présidente McCormack).

Generally, provincial labour law statutes regulating picketing refrain from any attempt at expressly defining it (see, for example, the Newfoundland *Labour Relations Act*, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 128(3); the New Brunswick *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 104(3); the Alberta *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 84). The British Columbia *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, is an exception, in which picketing is defined as:

1 (1) In this Code:

. . .

“**picket**” or “**picketing**” means attending at or near a person’s place of business, operations or employment for the purpose of persuading or attempting to persuade anyone not to

- (a) enter that place of business, operations or employment,
- (b) deal in or handle that person’s products, or
- (c) do business with that person,

and a similar act at such a place that has an equivalent purpose;

This definition illustrates the breadth of the concept of picketing. On this definition, picketing arguably would extend to include the action of a group of people standing near a location — without carrying placards, handing out leaflets or addressing anyone — if their presence is intended to persuade someone else from doing business at that location.

A distinction is sometimes made between primary and secondary picketing. Primary picketing typically refers to picketing at the premises of the employer; secondary picketing is picketing at other premises. No provincial legislature has expressly defined “secondary picketing”. However, in carving out the core of permissible picketing, legislatures sometimes resort to location as a marker. (See the

En général, les lois provinciales en matière de travail régissant le piquetage ne définissent pas expressément ce terme (voir, par exemple, la *Labour Relations Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. L-1, par. 128(3); la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 104(3); le *Labour Relations Code* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 84). Le *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 244, fait exception et définit ainsi le piquetage :

[TRADUCTION]

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent Code.

. . .

« **piqueter** » ou « **piquetage** » Le fait de se trouver au lieu d’affaires, d’activités ou de travail d’une personne ou aux abords de celui-ci dans le but de persuader ou de tenter de persuader quelqu’un de ne pas :

- a) entrer dans ce lieu d’affaires, d’activités ou de travail;
- b) tenir ou faire le commerce des produits de cette personne;
- c) faire des affaires avec cette personne.

S’entend également de tout acte similaire accompli à un tel endroit dans un but équivalent.

Cette définition illustre la portée du concept de piquetage. Selon cette définition, on peut soutenir que le piquetage comprend le fait pour un groupe de personnes de se tenir près d’un endroit — sans porter d’affiches, distribuer des tracts ni adresser la parole à qui que ce soit — si la présence de ces personnes a pour objet de dissuader quelqu’un d’autre d’y faire des affaires.

On fait parfois la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Le piquetage primaire désigne généralement le piquetage fait à l’établissement de l’employeur, alors que le piquetage secondaire désigne le piquetage fait ailleurs. Aucun législateur provincial n’a défini expressément le « piquetage secondaire ». Toutefois, lorsqu’il établit les éléments essentiels du piquetage autorisé,



Newfoundland *Labour Relations Act* and the New Brunswick *Industrial Relations Act*.)

30 The above discussion illustrates the difficulty in defining picketing in a detailed manner. Picketing represents a continuum of expressive activity. In the labour context it runs the gamut from workers walking peacefully back and forth on a sidewalk carrying placards and handing out leaflets to passers by, to rowdy crowds shaking fists, shouting slogans, and blocking the entrances of buildings. Beyond the traditional labour context, picketing extends to consumer boycotts and political demonstrations (see *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620 (Ont. Ct. (Gen. Div.))). A picket line may signal labour strife. But it may equally serve as a physical demonstration of individual or group dissatisfaction on an issue.

31 For the purposes of this appeal, we find it unnecessary to define picketing in a detailed and exhaustive manner. We proceed rather on the basis that picketing may involve a broad range of activities, from the “traditional” picket line where people walk back and forth carrying placards, to the dissemination of information through other means.

32 Picketing, however defined, always involves expressive action. As such, it engages one of the highest constitutional values: freedom of expression, enshrined in s. 2(b) of the *Charter*. This Court’s jurisprudence establishes that both primary and secondary picketing are forms of expression, even when associated with tortious acts: *Dolphin Delivery, supra*. The Court, moreover, has repeatedly reaffirmed the importance of freedom of expression. It is the foundation of a democratic society (see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452). The core values which free expression promotes include self-fulfilment,

le législateur se sert parfois du lieu comme point de repère. (Voir la *Labour Relations Act* de Terre-Neuve et la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick.)

L’analyse susmentionnée démontre la difficulté de donner une définition détaillée du piquetage. Le piquetage représente un continuum d’activité expressive. Dans le domaine du travail, il englobe toute une gamme d’activités. Il inclut la marche paisible, sur un trottoir, d’un groupe de travailleurs qui portent des affiches et distribuent des tracts aux passants, comme l’agitation de foules bruyantes qui brandissent le poing, scandent des slogans et bloquent l’entrée des édifices. En dehors du domaine traditionnel du travail, le piquetage s’étend aux boycottages de consommation et aux manifestations politiques (voir *Daishowa Inc. c. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620 (C. Ont. (Div. gén.))). Une ligne de piquetage indique souvent l’existence d’un conflit de travail. Cependant, elle peut également servir à démontrer de façon tangible le mécontentement d’une personne ou d’un groupe au sujet d’un problème.

Pour les fins du présent pourvoi, nous jugeons inutile de donner une définition détaillée et exhaustive du piquetage. Nous tenons plutôt pour acquis que le piquetage peut désigner une vaste gamme d’activités, allant de la ligne de piquetage « traditionnelle » où les gens circulent de long en large en portant des affiches, à la diffusion de renseignements par d’autres moyens.

Sans égard à la définition qu’on en donne, le piquetage comporte toujours une action expressive. À ce titre, il fait intervenir l’une des plus importantes valeurs constitutionnelles, à savoir la liberté d’expression consacrée à l’al. 2b) de la *Charte*. D’après la jurisprudence de notre Cour, le piquetage primaire et le piquetage secondaire constituent tous deux une forme d’expression même s’ils sont assortis d’actes délictuels : *Dolphin Delivery*, précité. De plus, notre Cour a confirmé à maintes reprises l’importance de la liberté d’expression. Cette liberté est à la base d’une société démocratique (voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992]

participation in social and political decision making, and the communal exchange of ideas. Free speech protects human dignity and the right to think and reflect freely on one's circumstances and condition. It allows a person to speak not only for the sake of expression itself, but also to advocate change, attempting to persuade others in the hope of improving one's life and perhaps the wider social, political, and economic environment.

Free expression is particularly critical in the labour context. As Cory J. observed for the Court in *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, “[f]or employees, freedom of expression becomes not only an important but an essential component of labour relations” (para. 25). The values associated with free expression relate directly to one's work. A person's employment, and the conditions of their workplace, inform one's identity, emotional health, and sense of self-worth: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *KMart, supra*.

Personal issues at stake in labour disputes often go beyond the obvious issues of work availability and wages. Working conditions, like the duration and location of work, parental leave, health benefits, severance and retirement schemes, may impact on the personal lives of workers even outside their working hours. Expression on these issues contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one's working and non-working life. Moreover, the imbalance between the employer's economic power and the relative vulnerability of the individual worker informs virtually all aspects of the employment relationship: see *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 92, *per* Iacobucci J. Free expression in the labour context thus plays a significant role in redressing or alleviating this imbalance. It is through free expression that employees are able to define and articulate their common interests and, in the event of a labour

1 R.C.S. 452). Les valeurs fondamentales que la liberté d'expression favorise comprennent notamment l'accomplissement de soi, la participation à la prise de décisions sociales et politiques ainsi que l'échange d'idées dans la collectivité. La liberté de parole protège la dignité humaine et le droit de penser et de réfléchir librement sur sa situation. Elle permet à une personne non seulement de s'exprimer pour le plaisir de s'exprimer, mais encore de plaider en faveur d'un changement en tentant de persuader autrui dans l'espoir d'améliorer sa vie et peut-être le contexte social, politique et économique général.

La liberté d'expression est particulièrement cruciale dans le domaine du travail. Comme le juge Cory l'a fait remarquer au nom de notre Cour dans l'arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, « [p]our les employés, la liberté d'expression devient une composante non seulement importante, mais essentielle des relations du travail » (par. 25). Les valeurs liées à la liberté d'expression ont directement trait au travail d'une personne. L'emploi d'une personne et les conditions de son milieu de travail influent sur son identité, sa santé psychologique et son estime de soi : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *KMart*, précité.

Les questions personnelles en jeu dans les conflits de travail transcendent souvent les problèmes usuels de possibilités d'emploi et de détermination des salaires. Les conditions de travail comme la durée et le lieu du travail, les congés parentaux, les prestations de maladie, les caisses de départ et les régimes de retraite peuvent avoir une incidence sur la vie personnelle des travailleurs, même en dehors de leurs heures de travail. L'expression d'opinion sur ces questions contribue à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail. De plus, l'inégalité entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur sous-tend presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé : voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92, le juge Iacobucci. Dans le domaine du travail, la liberté d'expression joue donc un rôle important

dispute, elicit the support of the general public in the furtherance of their cause: *KMart, supra*. As Cory J. noted in *KMart, supra*, at para. 46: “it is often the weight of public opinion which will determine the outcome of the dispute”.

pour ce qui est d'éliminer ou d'atténuer cette inégalité. C'est grâce à la liberté d'expression que les salariés sont capables de définir et de formuler leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, d'amener le grand public à appuyer leur cause : *KMart*, précité. Comme le juge Cory l'a souligné dans l'arrêt *KMart*, précité, par. 46, « c'est souvent le poids de l'opinion publique qui détermine l'issue de ce conflit ».

35 Free expression in the labour context benefits not only individual workers and unions, but also society as a whole. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, the reasons of both La Forest and Wilson JJ. acknowledged the importance of the role played by unions in societal debate (see also *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, and *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94). As part of the free flow of ideas which is an integral part of any democracy, the free flow of expression by unions and their members in a labour dispute brings the debate on labour conditions into the public realm.

La liberté d'expression dans le domaine du travail bénéficie non seulement aux travailleurs et aux syndicats, mais aussi à la société dans son ensemble. Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, les juges La Forest et Wilson ont reconnu l'importance du rôle des syndicats dans les débats de société (voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, et *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94). Élément de cette libre circulation des idées qui fait partie intégrante de toute démocratie, la liberté d'expression des syndicats et de leurs membres lors d'un conflit de travail transporte sur la place publique le débat sur les conditions de travail.

36 This said, freedom of expression is not absolute. When the harm of expression outweighs its benefit, the expression may legitimately be curtailed. Thus, s. 2(b) of the *Charter* is subject to justificative limits under s. 1.

Cela dit, la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement restreindre l'expression lorsque le préjudice qu'elle cause l'emporte sur ses avantages. L'alinéa 2b) de la *Charte* peut donc faire l'objet de limites justifiables au regard de l'article premier.

37 The same applies in interpreting the common law to reflect the *Charter*. The starting point must be freedom of expression. Limitations are permitted, but only to the extent that this is shown to be reasonable and demonstrably necessary in a free and democratic society.

Le même principe s'applique à l'interprétation de la common law en fonction de la *Charte*. Il faut partir de la liberté d'expression. Cette dernière peut être restreinte, mais seulement dans des limites raisonnables dont la nécessité peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(c) Protection of Innocent Third Parties to Labour Disputes

c) La protection des tiers innocents étrangers au conflit de travail

38 On the other side of the balance lies the interests of the employer and third parties in protection from excessive economic and other harm as a result of picketing and other labour action. As previously discussed, one important objective of labour

À l'opposé, se situe le droit de l'employeur et des tiers à la protection contre le préjudice excessif de nature financière ou autre qui résulte du piquetage et d'autres activités syndicales. Comme nous l'avons mentionné, un objectif important du piquetage

picketing is the infliction of economic harm on the employer with an eye to compelling a favourable resolution of the dispute. Thus, expressive action in the labour context, as in other situations, may cause economic harm. However, the appellant argues that economic harm arising from labour disputes should be confined to the actual parties to the dispute — it should not be permitted to harm innocent third parties, who have neither influence over the outcome of the dispute, nor the ability to bring it to a close.

The appellant emphasizes that secondary picketing expands the labour dispute beyond its core, increasing both the incidence of picketing and the number of businesses and persons affected by it. The targets of secondary activity, such as retailers of a struck product, may suffer considerable economic damage, which may in turn affect customers and employees, as well as a host of other business relations. The appellant contends that the interests of these third parties, as well as public order generally, compel restraints on the scope of picketing activity.

On this point, the appellant relies on *Dolphin Delivery, supra*. In that case, the union represented the locked out employees of Purolator, an Ontario-based courier service. Dolphin undertook to supply delivery service to Purolator customers in the Vancouver area during this lockout. The union planned to picket Dolphin's premises, and Dolphin succeeded in getting an injunction to prohibit the intended picketing. The union challenged the injunction all the way to this Court, where it was ultimately upheld.

The challenge to this restriction on secondary picketing was framed as a violation of the union's right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. As no picket line ever went up, the Court chose to assume that the picketing would have been peaceful and that Dolphin's unionized workers would have respected the picket line. In the end, McIntyre J. found that the *Charter* did not apply, and the injunction was upheld on the basis

syndical est de causer un préjudice économique à l'employeur en vue d'obtenir un règlement favorable du conflit. Par conséquent, l'action expressive dans le domaine du travail, comme dans d'autres secteurs, peut entraîner un préjudice économique. Toutefois, l'appelante soutient que seules les véritables parties à un conflit de travail devraient subir ce type de préjudice. Les tiers innocents, dépourvus d'influence sur l'issue du conflit et d'aptitude à y mettre fin, devraient demeurer à l'abri d'un tel préjudice.

L'appelante souligne que le piquetage secondaire fait déborder le conflit de travail de son cadre original en accroissant à la fois l'effet du piquetage et le nombre d'entreprises et de personnes qu'il touche. Les entreprises visées par cette activité secondaire, comme celles qui vendent au détail un produit frappé par le conflit, peuvent subir un préjudice économique considérable. Ceci risque d'affecter les clients et les employés de même qu'une foule d'autres relations d'affaires. L'appelante affirme alors que les intérêts de ces tiers et l'ordre public en général commandent de restreindre le piquetage.

À ce sujet, l'appelante invoque l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Dans cette affaire, un syndicat représentait les salariés lock-outés de Purolator, un service de messagerie ayant son siège social en Ontario. Dolphin s'était engagée à fournir des services de livraison aux clients de Purolator dans la région de Vancouver pendant la durée du lock-out. Le syndicat avait projeté d'entreprendre de piqueter à l'établissement de Dolphin et celle-ci réussit à obtenir une injonction interdisant le piquetage prévu. Le syndicat contesta cette injonction jusque devant notre Cour, qui en a cependant confirmé la validité.

Dans sa contestation, le syndicat avait affirmé que cette restriction du piquetage secondaire constituait une atteinte au droit à la liberté d'expression que lui garantissait l'al. 2b) de la *Charte*. Aucune ligne de piquetage n'ayant été formée, notre Cour a décidé de tenir pour acquis que le piquetage aurait été pacifique et que les travailleurs syndiqués de Dolphin auraient respecté la ligne de piquetage. En fin de compte, après avoir conclu que la *Charte*

39

40

41

of the common law tort of inducing breach of contract.

42

McIntyre J. was of the view that if the *Charter* did apply, the injunction could have been justified under s. 1. While acknowledging that all picketing (even where accompanied by tortious conduct) involves some element of expression, McIntyre J. recognized the legitimacy of some curtailment of secondary picketing in order to prevent the economic harm of labour disputes from spreading too broadly into the community. McIntyre J. stated, at p. 591:

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others. [Emphasis added.]

43

To the extent that the appellant relies on the *obiter* comments in *Dolphin Delivery* to support the notion that secondary picketing in itself is a tort, the appellant's argument must fail. First, as Cory J. cautioned in *KMart*, *supra*, these comments from *Dolphin Delivery* must be read in the specific context of that case (see para. 36). McIntyre J. held that the picketing in question would have been tortious, amounting to inducing breach of contract. McIntyre J. stated at p. 588 that “[o]n the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier”, and again at p. 603, “[i]n the case at bar . . . [w]e have a rule of the common law which renders secondary picketing

ne s’appliquait pas, le juge McIntyre a confirmé la validité de l’injonction en s’appuyant sur le délit de common law d’incitation à la rupture de contrat.

Le juge McIntyre était d’avis que si la *Charte* s’était appliquée, l’injonction aurait pu être justifiée en vertu de l’article premier. Le juge McIntyre a admis cependant que tout piquetage (même celui qui est assorti d’une conduite délictuelle) comporte un élément d’expression, mais il a reconnu la légitimité d’une limitation partielle du piquetage secondaire afin d’empêcher que le préjudice économique découlant d’un conflit de travail ne se propage trop largement dans la collectivité. Le juge McIntyre a déclaré, à la p. 591 :

Lorsque les parties exercent leur droit d’être en désaccord, le piquetage et d’autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s’ensuivre. Sur le plan social, le coût d’un conflit est très élevé; il y a perte d’heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d’être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n’est qu’à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l’intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d’empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d’y recourir pour nuire à d’autres personnes. [Nous soulignons.]

Dans la mesure où l’appelante invoque les remarques incidentes de l’arrêt *Dolphin Delivery* à l’appui du point de vue selon lequel le piquetage secondaire est un délit en soi, son argument doit être rejeté. Premièrement, pour reprendre la mise en garde du juge Cory dans l’arrêt *KMart*, précité, ces remarques doivent s’interpréter en fonction du contexte particulier de cette affaire (voir par. 36). Le juge McIntyre a conclu que le piquetage en question aurait été délictuel et aurait constitué une incitation à la rupture d’un contrat. Il a affirmé, à la p. 588, que « [c]ompte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l’espèce avait pour objet d’inciter à la rupture du contrat entre l’intimée et Supercourier », et aux p. 603-604, « [qu’]e[n] l’espèce, [. . .] [n]ous

tortious and subject to injunctive restraint, on the basis that it induces a breach of contract”. It was therefore on the assumption that the anticipated picketing would have been tortious that McIntyre J. proceeded with the s. 1 analysis — not on the basis of secondary picketing being illegal *per se*. As such, *Dolphin Delivery* did not make any final pronouncement on the legality of secondary picketing as such, and up until now, the issue has never been addressed directly by this Court.

Secondly, although McIntyre J.’s comments reflect a concern with the interests of third parties to labour disputes who may incur collateral damage, they should not be read as suggesting that third parties should be completely insulated from economic harm arising from labour conflict. As Cory J. noted in *KMart*, *supra*, the objective of the restraint on picketing in *Dolphin Delivery* was to ensure that third parties did “not suffer unduly from the labour dispute over which it has no control” (para. 35). Therefore, third parties are to be protected from undue suffering, not insulated entirely from the repercussions of labour conflict. Indeed, the latter objective would be unattainable. Even primary picketing frequently imposes costs, often substantial, on third parties to the dispute, through stoppages in supplies or the loss of the primary employer as a customer (see Carrothers, *supra*, at p. 675). Indeed, labour disputes in important sectors of the economy may seriously affect a whole town or region, even the nation itself. As McIntyre J. recognized in the above quote, the social cost of a labour dispute is often great. Yet this impact on third parties and the public has never rendered primary picketing illegal *per se* at common law to protect the interests of third parties.

So we are left with this: innocent third parties should be shielded from “undue” harm. This brings us to the question that lies at the heart of this appeal. How do we judge when the detriment suffered by

avons une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constitue un délit et peut faire l’objet d’une injonction visant à l’empêcher pour le motif qu’il incite à rompre un contrat ». C’est donc en tenant pour acquis que le piquetage prévu aurait constitué un délit — et non que le piquetage secondaire est illégal en soi — que le juge McIntyre a procédé à l’analyse fondée sur l’article premier. L’arrêt *Dolphin Delivery* n’a donc pas tranché de manière définitive la question de la légalité même du piquetage secondaire et, jusqu’à maintenant, notre Cour n’a jamais abordé la question directement.

Deuxièmement, bien qu’elles reflètent une préoccupation concernant les intérêts des tiers étrangers à un conflit de travail qui peuvent subir un préjudice incident, les remarques du juge McIntyre ne doivent pas être interprétées comme indiquant que les tiers doivent rester à l’abri de tout préjudice économique qui découle d’un conflit de travail. Comme le juge Cory l’a souligné dans l’arrêt *KMart*, précité, la restriction du piquetage dans *Dolphin Delivery* visait à faire en sorte que des tiers « ne souffrent pas indûment d’un conflit de travail indépendant de leur volonté » (par. 35). En conséquence, il faut protéger les tiers contre le préjudice indu et non pas les immuniser complètement contre les répercussions d’un conflit de travail. En fait, ce dernier objectif serait inaccessible. D’ailleurs, le piquetage primaire lui-même entraîne souvent des coûts, souvent importants, pour des tiers étrangers au conflit, puisqu’il interrompt des approvisionnements ou cause la perte de l’employeur principal comme client (voir Carrothers, *op. cit.*, p. 675). Enfin, les conflits de travail, dans d’importants secteurs de l’économie, peuvent affecter gravement une ville ou une région entière, sinon le pays tout entier. Comme le juge McIntyre l’a reconnu dans la citation qui précède, le coût d’un conflit de travail est souvent très élevé sur le plan social. Pourtant, en *common law*, cette incidence sur des tiers et le public n’a jamais rendu le piquetage primaire intrinsèquement illégal au nom de la protection des intérêts de tiers.

Reste donc le principe suivant : les tiers innocents doivent être protégés contre tout préjudice « indu ». Cela nous amène à la question centrale du présent pourvoi. Comment détermine-t-on que le préjudice

a third party to a labour dispute is “undue”, warranting the intervention of the common law? At this stage, it suffices to note that the protection of innocent third parties from the economic fallout of labour disputes, while a compelling consideration, is not absolute. Some economic harm to third parties is anticipated by our labour relations system as a necessary cost of resolving industrial conflict.

### 3. *Potential Solutions — Surveying the Landscape*

46 Picketing engages distinct and frequently clashing interests among the parties affected by a labour dispute. The present appeal casts the right of unions to freely express their views on the conditions of their employment and the facts of a labour dispute against the resulting potential for economic damage to third parties. The parties’ opposing submissions on the legality of secondary picketing — and the contending lines of authority on which they rely — represent conflicting views on how these competing interests are best reconciled in a democratic society.

47 Three possible options emerge from the parties’ submissions: (1) an absolute bar on secondary picketing (the “illegal *per se*” doctrine); (2) a bar on secondary picketing except for “allied” enterprises (the modified “*Hersees*” rule); and (3) permitting secondary picketing unless the picketing amounts to a tort or other wrongful conduct. We will consider each option in turn.

#### (a) The Illegal *Per Se* Doctrine

48 This view holds that secondary picketing is illegal *per se*, in the manner of an independent tort, even in the absence of any other wrongful or illegal act.

49 The doctrine turns on location. It rests on a distinction between picketing the premises of the employer against whom the union is striking (primary picketing) and picketing other premises (secondary picketing). Primary picketing is legal unless

subi par un tiers étranger au conflit de travail est « indu » et justifie l’intervention de la common law? À ce stade-ci, il suffit de noter que, même si elle demeure une considération impérieuse, la protection des tiers innocents contre les conséquences économiques d’un conflit de travail ne représente pas un absolu. Notre régime de relations du travail prévoit que la résolution d’un conflit de travail comporte nécessairement un préjudice économique pour des tiers.

### 3. *Les solutions possibles — Tour d’horizon*

Le piquetage fait intervenir les intérêts distincts et souvent contradictoires des parties touchées par un conflit de travail. Le présent pourvoi oppose le droit des syndicats d’exprimer librement leur point de vue sur les conditions de travail de leurs membres et les circonstances d’un conflit de travail, à la possibilité que des tiers subissent un préjudice économique en raison de l’exercice de ce droit. Les arguments contraires des parties sur la légalité du piquetage secondaire — et les courants jurisprudentiels divergents qu’elles invoquent — expriment des points de vue contradictoires sur la meilleure manière de concilier ces intérêts opposés dans une société démocratique.

Trois options ressortent des arguments des parties : (1) l’interdiction absolue du piquetage secondaire (la théorie de « l’illégalité intrinsèque »); (2) l’interdiction du piquetage secondaire sauf en ce qui concerne les entreprises « apparentées » (la règle modifiée de l’arrêt *Hersees*); (3) l’autorisation du piquetage secondaire sauf dans les cas où il constitue un délit ou une autre conduite fautive. Nous examinerons successivement ces options.

#### a) La théorie de l’illégalité intrinsèque

Selon cette théorie, le piquetage secondaire est illégal en soi de la même façon qu’un délit distinct, même en l’absence de tout autre acte fautif ou illégal.

Cette règle est axée sur le lieu. Elle repose sur une distinction entre le piquetage à l’établissement de l’employeur contre lequel le syndicat est en grève (le piquetage primaire) et le piquetage à d’autres endroits (le piquetage secondaire). Le piquetage

it involves tortious or criminal conduct, while secondary picketing is always illegal.

The “illegal *per se*” doctrine for secondary picketing originates from the *obiter* comments of the Ontario Court of Appeal in *Hersees*, *supra*. *Hersees* and its line of reasoning lie at the centre of this appeal. In *Hersees*, a union had been certified as a bargaining agent for workers of the clothing manufacturer, Deacon Brothers Sportwear Ltd. (“Deacon”). The union’s policy was to avoid strikes if possible. As a result, it did not call a strike against Deacon when a labour dispute arose. Instead, the union approached the clothing retailer, Hersees, and asked it to refrain from ordering merchandise from Deacon. When Hersees refused, the union organized a picket line outside Hersees’ retail outlet. The picketing was limited to two pickets each carrying one sign which read in part: “Attention Shoppers — Deacon Bros. Sportwear Ltd. sold at Hersee’s — made by Non-union Labour” (p. 83).

Hersees asked for an injunction. The union answered that it was conducting an “educational campaign” in support of buying union-made goods. The trial court dismissed the action but the Court of Appeal found that the union had engaged in misrepresentation, because its signs suggested Hersees itself was in a labour dispute. The appellate judgment also held that the union had tried to induce breach of contract, and viewed picketing as an instance of “besetting,” intended and likely to cause economic damage to the appellant, contrary to the *Criminal Code*.

The dispute could have been resolved by applying the established rule that picketing that involved tortious action was unlawful. However, the Court of Appeal, *per* Aylesworth J.A., proceeded to comment

primaire demeure légal sauf s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle, alors que le piquetage secondaire est toujours jugé illégal.

La théorie de « l’illégalité intrinsèque » en matière de piquetage secondaire provient des remarques incidentes de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Hersees*, précité. L’arrêt *Hersees* et le raisonnement qu’il a adopté se situent au cœur du présent pourvoi. Dans cette affaire, un syndicat avait été accrédité comme agent négociateur des travailleurs du fabricant de vêtements Deacon Brothers Sportwear Ltd. (« Deacon »). Le syndicat avait comme politique d’éviter autant que possible la grève. Il ne déclara donc pas de grève contre Deacon lors du déclenchement d’un conflit de travail. Le syndicat communiqua plutôt avec le vendeur de vêtements au détail, Hersees, et lui demanda de s’abstenir de commander les marchandises de Deacon. Devant le refus de Hersees, le syndicat organisa une ligne de piquetage à l’extérieur du point de vente de Hersees. Deux piqueurs portaient chacun une pancarte sur laquelle on pouvait lire notamment : [TRADUCTION] « Avis aux clients — Les vêtements de marque Deacon Bros. Sportwear Ltd. vendus chez Hersee’s sont fabriqués par des travailleurs non syndiqués » (p. 83).

Hersees sollicita une injonction. Le syndicat répondit qu’il menait une « campagne de sensibilisation » destinée à inciter la population à acheter des produits fabriqués par des travailleurs syndiqués. Le tribunal de première instance rejeta l’action, mais la Cour d’appel conclut que le syndicat avait fait des déclarations inexactes étant donné que ses pancartes laissaient entendre que Hersees elle-même était partie à un conflit de travail. La Cour d’appel était également d’avis que le syndicat avait tenté d’inciter à rompre un contrat, et elle a considéré que ce piquetage consistait à « cerner des lieux » dans le but de causer un préjudice économique à l’appelante — ce qui était susceptible de se produire — contrairement au *Code criminel*.

La Cour d’appel aurait pu trancher le litige en appliquant la règle reconnue selon laquelle le piquetage comportant un acte délictuel est illégal. Toutefois, s’exprimant par l’entremise du juge

50

2002 SCC 8 (CanLII)

51

52



in *obiter*, at p. 86, on the legality of secondary picketing at common law:

But even assuming that the [secondary] picketing carried on by the respondents was lawful in the sense that it was merely peaceful picketing for the purpose only of communicating information, I think it should be restrained. Appellant has a right lawfully to engage in its business of retailing merchandise to the public. . . . Therefore, the right, if there be such a right, of the respondents to engage in secondary picketing of appellant's premises must give way to appellant's right to trade; the former, assuming it to be a legal right, is exercised for the benefit of a particular class only while the latter is a right far more fundamental and of far greater importance, in my view, as one which in its exercise affects and is for the benefit of the community at large.

Thus, the Court of Appeal held that peaceful, non-tortious picketing at locations other than that of the primary employer is illegal *per se* at common law. This decision has had an enduring — and heavily contested — influence on labour law.

53

Criticism of this decision was immediate and forceful (see, for example, D. M. Beatty, “Secondary Boycotts: A Functional Analysis” (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 388). Most obviously, it rests on a weak precedential foundation. Indeed, Aylesworth J.A. conceded in *Hersees* that he could find no precedent to support his holding. He concluded, rather, that some judicial comments “would tend to support this conclusion but in each of such cases the secondary picketing which was the subject-matter under consideration, embraced one or more admittedly unlawful elements such as trespass, intimidation, nuisance or inducement of breach of contract” (p. 87).

54

Aylesworth J.A. attempted to find support for his holding in the judgment of this Court in *A. L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271. *Patchett*, however, offers no support for the illegal *per se* doctrine. *Patchett* involved the liability of a railway for failing to provide services to a client, Patchett. The failure to provide services was caused by picketing at the railway premises by a trade union whose members

Aylesworth, elle formula alors des remarques incidentes sur la légalité du piquetage secondaire en common law (à la p. 86) :

[TRADUCTION] Mais même en tenant pour acquis que le piquetage [secondaire] des intimés était légal en ce sens qu’il s’agissait simplement de piquetage pacifique destiné uniquement à communiquer des renseignements, j’estime qu’il doit être interdit. L’appelante a le droit d’exploiter légalement son entreprise de vente au détail. [. . .] Par conséquent, à supposer qu’il existe, le droit des intimés de faire du piquetage secondaire à l’établissement de l’appelante doit céder le pas au droit de commercer de cette dernière; le droit de grève des intimés, à supposer qu’il soit conféré par la loi, est exercé au profit d’un groupe particulier seulement, alors que le droit de l’appelante constitue un droit beaucoup plus fondamental et important, à mon avis, puisque l’exercice de ce droit touche la collectivité dans son ensemble et lui est profitable.

La Cour d’appel conclut donc que le piquetage pacifique non délictuel qui est fait ailleurs qu’à l’établissement de l’employeur principal est illégal en soi en common law. Cet arrêt a eu une influence persistante — et fort contestée — sur le droit du travail.

Il s’est rapidement attiré des critiques acerbes (voir, par exemple, D. M. Beatty, « Secondary Boycotts : A Functional Analysis » (1974), 52 *R. du B. can.* 388). De toute évidence, il repose sur un fondement jurisprudentiel précaire. En effet, le juge Aylesworth a reconnu dans l’arrêt *Hersees* qu’il ne pouvait trouver aucun précédent à l’appui de sa décision. Il a plutôt affirmé que certains commentaires de tribunaux [TRADUCTION] « tendaient à appuyer cette conclusion, mais [que] dans chacun de ces cas, le piquetage secondaire comportait une ou plusieurs activités jugées illégales comme l’intrusion, l’intimidation, la nuisance ou l’incitation à la rupture de contrat » (p. 87).

Le juge Aylesworth avait tenté d’appuyer sa conclusion sur l’arrêt de notre Cour *A. L. Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271. L’arrêt *Patchett* n’étaye toutefois aucunement la théorie de l’illégalité intrinsèque. Il portait, en effet, sur la responsabilité civile d’une société de chemin de fer pour l’interruption de services à une cliente, Patchett. Cette interruption résultait du piquetage devant l’établissement de

did not work either for the railway or for Patchett. The picketing in this case was anything but peaceful, and involved trespass as well as breaches of the *Criminal Code*. Thus, the picketing was considered illegal for these reasons, and not because the Court found that peaceful secondary picketing was illegal *per se* (see H. W. Arthurs, “Comments” (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 573, at p. 582; see also *Patchett*, *supra*, at pp. 295-96, *per* Locke J.).

The decision in *Hersees* also reflects a deep distrust of unions and collective action in labour disputes. An expressive act that is legal and legitimate if done by an individual suddenly becomes illegal when done in concert with others. Aylesworth J.A.’s reasons reflect the common sentiments of early 19th century legislation and subsequent judgments which held that the combination of workers in pursuit of their economic interest was unlawful and against public policy (see Adams, *supra*, at pp. 1-1 to 1-5). The effect of these judgments was to discount the importance of freedom of expression in the labour law context, a point which will later be discussed in greater detail. Despite the above criticism, the *obiter* comments in *Hersees* have had a significant impact on the treatment of secondary picketing by Canadian courts.

(b) Exceptions to *Hersees* — The Primary Employer and Ally Doctrines

Over time, necessary refinements to the bold “illegal *per se*” doctrine have riddled it with difficult exceptions. As a threshold matter, courts would refuse to enjoin picketing where the employees were found to be engaged in “primary” rather than “secondary” picketing. In some of these cases, the courts found that the location of the picketing, although not necessarily the primary workplace of the employees, was nonetheless owned by the same employer. The courts would also “lift the corporate veil” and refuse to enjoin picketing at the parent

la société de chemin de fer auquel s’était livré un syndicat dont les membres ne travaillaient ni pour cette société ni pour Patchett. Dans cette affaire, le piquetage était loin d’être pacifique et avait comporté des intrusions ainsi que des violations du *Code criminel*. Notre Cour a donc jugé que le piquetage était illégal pour ces raisons et non parce qu’elle estimait que le piquetage secondaire pacifique était illégal en soi (voir H. W. Arthurs, « Comments » (1963), 41 *R. du B. can.* 573, p. 582; voir également *Patchett*, précité, p. 295-296, le juge Locke).

L’arrêt *Hersees* reflète aussi une profonde méfiance à l’égard des syndicats et de l’action collective dans des conflits de travail. Un acte expressif, légal et légitime lorsqu’il est accompli par une seule personne, devient tout à coup illégal lorsqu’il est accompli avec d’autres personnes. Les motifs du juge Aylesworth témoignent de la tendance générale des lois du début du 19<sup>e</sup> siècle et des décisions judiciaires subséquentes selon lesquelles le regroupement des travailleurs pour défendre leurs intérêts économiques était illégal et contraire à l’ordre public (voir Adams, *op. cit.*, p. 1-1 à 1-5). Ces jugements ont ainsi minimisé l’importance de la liberté d’expression en droit du travail, point que nous approfondirons plus loin. En dépit des critiques susmentionnées, les remarques incidentes de l’arrêt *Hersees* ont eu un effet significatif sur le traitement du piquetage secondaire par les tribunaux canadiens.

b) Les exceptions à la règle de l’arrêt *Hersees* — La théorie de l’employeur principal et celle de l’entreprise apparentée

Avec le temps, les précisions qui ont dû être apportées à la théorie audacieuse de « l’illégalité intrinsèque » l’ont criblée d’exceptions complexes. De façon préliminaire, les tribunaux refusaient d’interdire le piquetage lorsqu’ils estimaient que les employés faisaient du piquetage « primaire » plutôt que du piquetage « secondaire ». Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que, même s’il ne s’agissait pas nécessairement du lieu de travail principal des employés, l’établissement devant lequel avait lieu le piquetage appartenait néanmoins au même

company, or at a company which shared corporate ownership with the primary employer. (See *Lescar Construction Co. v. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846 (H.C.); *Refrigeration Supplies Co. v. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190 (H.C.); *Nedco Ltd. v. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (Sask. C.A.); *Nedco Ltd. v. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664 (Ont. H.C.); *Domtar Chemicals Ltd. v. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73 (Ont. S.C.); *Inglis Ltd. v. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525 (H.C.); *Magasins Continental Ltée v. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195 (C.A.); 2985420 *Canada Inc. v. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44 (C.A.)) The picketing would therefore not be characterized as “secondary”; hence the definition of secondary picketing referred to in these reasons.

employeur. Les tribunaux ont aussi « levé le voile corporatif » pour refuser d’interdire le piquetage devant l’établissement de la société mère ou devant celui d’une société appartenant au même propriétaire que l’employeur principal. (Voir *Lescar Construction Co. c. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846 (H.C.); *Refrigeration Supplies Co. c. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190 (H.C.); *Nedco Ltd. c. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (C.A. Sask.); *Nedco Ltd. c. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664 (H.C. Ont.); *Domtar Chemicals Ltd. c. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73 (C.S. Ont.); *Inglis Ltd. c. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525 (H.C.); *Magasins Continental Ltée c. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195 (C.A.); 2985420 *Canada Inc. c. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44 (C.A.)) Le piquetage n’était donc pas qualifié de « secondaire », d’où la définition de piquetage secondaire mentionnée dans les présents motifs.

57

However, forbidding picketing at any place other than the primary employer’s workplace continued to create difficulty. For example, strict application of the *Hersees* doctrine would effectively deny a union the ability to picket its own employer if, by virtue of a shared driveway, for example, an otherwise unrelated employer would also be affected. Courts have nevertheless allowed picketing in these circumstances, provided it is primarily directed at the struck employer. However, the search for primary purpose may, at times, prove a rather subtle intellectual exercise, as some courts have found. (See *Peter Kiewit Sons Co. v. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL) (S.C.); *McLean Trucking Co. v. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047 (B.C.S.C.))

Toutefois, l’interdiction de faire du piquetage ailleurs que devant l’établissement de l’employeur principal est demeurée problématique. Par exemple, l’application stricte de la règle de l’arrêt *Hersees* empêcherait en fait les membres d’un syndicat de faire du piquetage devant l’établissement de leur propre employeur si, en raison d’une voie d’accès commune, par exemple, une entreprise non liée à l’employeur était également touchée. Les tribunaux ont néanmoins permis le piquetage dans ces circonstances, dans la mesure où celui-ci visait principalement l’employeur frappé par le conflit. Toutefois, comme certains tribunaux l’ont constaté, la recherche d’un objectif principal représente parfois un exercice intellectuel assez subtil. (Voir *Peter Kiewit Sons Co. c. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL) (C.S.); *McLean Trucking Co. c. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047 (C.S.C.-B.))

58

Another exception to the strict *Hersees* approach is the ally doctrine (although there is a significant degree of overlap between this doctrine and the other exceptions discussed in this section). Some courts, while suggesting secondary picketing may be illegal *per se*, have refused to enjoin picketing where the struck operation was effectively assisting the employer in carrying on business during a labour

La théorie de l’entreprise apparentée constitue une autre exception à la règle stricte établie dans l’arrêt *Hersees* (malgré la présence de nombreux éléments communs entre cette théorie et les autres exceptions analysées dans la présente partie). Tout en indiquant que le piquetage secondaire peut être illégal en soi, certains tribunaux ont refusé de l’interdire lorsque l’activité visée aidait en fait

dispute (see *Alex Henry & Son Ltd. v. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311 (H.C.); *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. v. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601 (H.C.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL) (H.C.); *Air Canada v. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159 (S.C.)).

Similarly, courts have refused injunctions where third parties allowed struck employers to conduct a business from their warehouse, on the basis that the secondary location was effectively a place of business for the employer (see *Soo-Security Motorways Ltd. v. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354 (Q.B.); *683481 Ontario Ltd. v. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346 (Ont. H.C.)). Concerns such as these have required courts to make delicate distinctions regarding the amount of warehousing, for example, as evidence of the degree of cooperation between the primary and secondary employer (see *Neumann and Young Ltd. v. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11 (Ont. H.C.); *Alex Henry & Son*, *supra*).

These modifications to the *Hersees* doctrine have softened its harshest effects on unions and picketing, but have made the common law difficult to implement in a consistent, clear manner. For example, in the Saskatchewan case of *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345, the Court of Appeal rendered a split judgment. One member of the court, Vancise J.A., characterized the picketing as secondary and impermissible because the union, on strike against Western Grocers, picketed at outlets of O.K. Economy, whose workers it did not represent. Yet both O.K. Economy and Western Grocers were divisions of the same enterprise, Westfair Foods. By reason of this common control, Jackson J.A. held that the two divisions should be considered as one employer and, as a result, this form of picketing was permissible. Gerwing J.A. was of the opinion that because the parties had settled their differences, the issue was moot and he refused to endorse either of his colleagues' analyses.

l'employeur à exploiter son entreprise pendant un conflit de travail (voir *Alex Henry & Son Ltd. c. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311 (H.C.); *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. c. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601 (H.C.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL) (H.C.); *Air Canada c. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159 (C.S.)).

De même, les tribunaux ont refusé d'accorder une injonction dans les cas où des tiers ont permis à un employeur frappé par un conflit d'exploiter une entreprise à partir de leur entrepôt, pour le motif que l'établissement secondaire était devenu en fait un lieu d'affaires pour l'employeur (voir *Soo-Security Motorways Ltd. c. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354 (B.R.); *683481 Ontario Ltd. c. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346 (H.C. Ont.)). De telles préoccupations ont forcé les tribunaux à établir des distinctions subtiles concernant, par exemple, la quantité de produits entreposés afin de déterminer le degré de collaboration entre l'employeur principal et l'employeur secondaire (voir *Neumann and Young Ltd. c. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11 (H.C. Ont.); *Alex Henry & Son*, précité).

Les modifications apportées à la règle de l'arrêt *Hersees* en ont atténué les effets les plus draconiens sur les syndicats et le piquetage, mais elles ont rendu la common law difficile à appliquer d'une manière cohérente et claire. Par exemple, dans l'affaire *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rendu une décision partagée. Ainsi un membre de la cour, le juge Vancise, qualifiait le piquetage en litige de piquetage secondaire et le déclarait illégal parce que le syndicat en grève contre Western Grocers avait fait du piquetage aux points de vente de O.K. Economy alors qu'il ne représentait pas les employés de cette dernière. Or, O.K. Economy et Western Grocers étaient des divisions de la même entreprise, Westfair Foods. À l'inverse, en raison de ce contrôle commun, le juge Jackson concluait que les deux divisions devaient être considérées comme un seul employeur, de sorte que ce piquetage demeurerait légal. Le juge Gerwing estimait que la question était théorique puisque les parties avaient réglé leurs différends, et il refusait en conséquence de souscrire aux analyses effectuées par ses collègues.

61

Despite these difficulties, the Ontario Court of Appeal and courts in some other provinces continue to apply the *obiter* of *Hersees* that secondary picketing is illegal *per se* (see *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292 (Ont. H.C.), aff'd [1965] O.J. No. 504 (QL) (C.A.); *Robertson Yates Corp. v. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091 (Ont. H.C.); *Toronto Harbour Commissioners v. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276 (Ont. H.C.); *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385 (Ont. S.C.), aff'd (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (Ont. C.A.); *J. S. Ellis & Co. v. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397 (Ont. H.C.); *Rocca Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198 (P.E.I.S.C.); *PCL Construction Management Inc. v. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127 (Q.B.); *O.K. Economy Stores, supra, per Vancise J.A.*; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. v. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 32). On balance, few judgments reflect the *Hersees* doctrine in its strictest form, but some courts continue to apply a modified version.

(c) Permitting Secondary Picketing Unless it Involves a Tort or Crime

62

A third approach starts with the proposition that all picketing is permitted unless it can be shown to be wrongful or unjustified (the “wrongful action” model). It defines wrongful or unjustified picketing as picketing that involves a tort (a civil wrong) or a crime (a criminal wrong).

63

Prior to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Hersees*, there was no clear pronouncement on the issue of whether picketing activity should be enjoined by the common law in the absence of an independently actionable tort, such as nuisance, inducing breach of contract, intimidation or trespass. However, authority for the wrongful

Malgré ces difficultés, la Cour d’appel de l’Ontario et les tribunaux de certaines autres provinces continuent d’appliquer les remarques incidentes de l’arrêt *Hersees* selon lesquelles le piquetage secondaire est illégal en soi (voir *Heather Hill Appliances Ltd. c. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292 (H.C. Ont.), conf. par [1965] O.J. No. 504 (QL) (C.A.); *Robertson Yates Corp. c. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091 (H.C. Ont.); *Toronto Harbour Commissioners c. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276 (H.C. Ont.); *CTV Television Network Ltd. c. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385 (C.S. Ont.), conf. par (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (C.A. Ont.); *J. S. Ellis & Co. c. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397 (H.C. Ont.); *Rocca Construction Ltd. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198 (C.S.Î.-P.-É.); *PCL Construction Management Inc. c. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127 (B.R.); *O.K. Economy Stores, précité, le juge Vancise*; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. c. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 32). Tout compte fait, la jurisprudence qui reflète la règle de l’arrêt *Hersees* sous sa forme la plus stricte est peu abondante, mais certains tribunaux continuent d’appliquer une version modifiée de cette règle.

c) L’autorisation du piquetage secondaire sauf s’il comporte un délit ou un crime

Une troisième approche reconnaît la légalité de principe du piquetage à moins qu’on puisse en démontrer le caractère fautif ou injustifié (le modèle de « l’acte fautif »). Le piquetage fautif ou injustifié se définit alors comme étant le piquetage qui comporte un délit (une faute civile) ou un crime (une faute criminelle).

Avant l’arrêt *Hersees* de la Cour d’appel de l’Ontario, les tribunaux n’avaient pas tranché clairement la question de savoir si le piquetage devait être interdit par la common law en l’absence d’un délit comme la nuisance, l’incitation à la rupture de contrat, l’intimidation ou l’intrusion, qui peut lui-même donner lieu à une action en

action model can be found in the decision of this Court in *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762. In that case, the issue was whether the picketing activity by a striking union at the location of non-unionized restaurants belonging to the same employer was unlawful. The picketing in question involved two workers walking back and forth on a sidewalk in front of the targeted restaurant carrying placards which stated that the proprietor did not have a labour agreement with the union. The majority found that the picketing activity in question did not amount to trespass, unlawful assembly, nuisance, or any other criminal or tortious activity. As such, the activity remained lawful (although, as discussed, this form of picketing would probably fall within the “primary employer” or “ally” exceptions to the *Hersees* doctrine).

Even after *Hersees*, a number of Canadian courts have expressly declined to adopt its classification of secondary picketing as illegal *per se*; instead, they have refused injunctions to enjoin secondary picketing unless it involves tortious or criminal conduct. The majority decision of the Court of Appeal in the present case is just one example (see also: *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342 (S.C.T.D.), application for leave to appeal dismissed (1989), 94 N.S.R. (2d) 398 (S.C.A.D.); *Provincial Express Inc. v. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75 (Nfld. S.C.T.D.)). This approach stems from the proposition, as articulated by Cameron J.A. for the majority in the court below, that “[g]enerally speaking, picketing constitutes an exercise of the fundamental freedom of expression which can only be circumscribed by laws, whether statutory, regulatory, or common, that accord with the constitutional norms of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (p. 230).

justice. C’est toutefois l’arrêt de notre Cour *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762, qui fait autorité au sujet du modèle de l’acte fautif. Dans cette affaire, il fallait décider si le piquetage effectué par un syndicat en grève devant des restaurants non syndiqués appartenant au même employeur était illégal. Deux travailleurs marchaient de long en large sur le trottoir situé en face du restaurant visé et portaient des affiches indiquant que le propriétaire n’avait pas de convention collective avec le syndicat. Les juges majoritaires ont conclu que ce piquetage ne constituait pas une intrusion, un attroupement illégal, une nuisance ou une autre forme d’activité criminelle ou délictuelle. L’activité demeurait donc légale (même si, comme nous l’avons vu, cette forme de piquetage serait probablement visée par les exceptions de « l’employeur principal » ou de « l’entreprise apparentée » à la règle de l’arrêt *Hersees*).

Même après l’arrêt *Hersees*, un certain nombre de tribunaux canadiens ont refusé expressément de suivre cet arrêt et de qualifier d’illégal en soi le piquetage secondaire; au contraire, ils ont refusé d’accorder des injonctions interdisant le piquetage secondaire, sauf dans les cas où celui-ci comportait une conduite délictuelle ou criminelle. L’arrêt majoritaire de la Cour d’appel dans la présente affaire n’est qu’une illustration de ce courant jurisprudentiel (voir également : *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. c. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.), demande d’autorisation d’appel rejetée (1989), 94 N.S.R. (2d) 398 (C.S., Div. app.); *Provincial Express Inc. c. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.)). Cette approche émane de la proposition que le juge Cameron a formulée au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, à savoir que [TRADUCTION] « [d]e façon générale, le piquetage représente un mode d’exercice de la liberté d’expression fondamentale. Le piquetage ne peut alors être circonscrit que par des règles de droit établies par une loi, un règlement ou la common law, elles-mêmes conformes aux normes constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (p. 230).

#### 4. *Resolving the Conflict: The Wrongful Action Model*

65 Having canvassed the interests at stake and the conflicting approaches the law has adopted to reconcile them in the context of secondary picketing, we now confront the issue before us — which approach best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Charter*?

66 We conclude that the third approach — the wrongful action model that makes illegal secondary picketing which amounts to tortious or criminal conduct — best achieves this goal. The following considerations, some of which involve overlapping themes, lead us to this conclusion.

##### (a) Conformity to *Charter* Methodology

67 While freedom of expression is not absolute, and while care must be taken in the labour context to guard against extending the more severe effects of picket lines beyond the employer, if we are to be true to the values expressed in the *Charter* our statement of the common law must start with the proposition that free expression is protected unless its curtailment is justified. This militates against a rule that absolutely precludes secondary picketing, whether harmful or benign, disruptive or peaceful. The preferred methodology is to begin with the proposition that secondary picketing is *prima facie* legal, and then impose such limitations as may be justified in the interests of protecting third parties.

68 Of the three possible approaches to the problem of regulating secondary picketing, the one that best conforms to this *Charter*-mandated methodology is the third approach of permitting secondary picketing except where it involves tortious or criminal action. The *Hersees* and modified *Hersees* approaches start from the proposition that secondary picketing is *per se* unlawful regardless of its character or impact. This runs counter to the values of the *Charter* which hold that intrusions on free expression are permitted only to the extent that they are justified. Such

#### 4. *La résolution du conflit : le modèle de l'acte fautif*

Après cet examen des intérêts en jeu et des approches contradictoires que la common law a adoptées pour concilier ces intérêts dans le contexte du piquetage secondaire, nous nous attaquons maintenant à la question dont nous sommes saisis en l'espèce, soit l'identification de l'approche qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d'une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte*.

À notre avis, la meilleure approche pour atteindre cet objectif reste la troisième fondée sur la constatation d'un acte fautif. Cette approche rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile à une conduite délictuelle ou criminelle. Les observations suivantes, dont certains éléments se recoupent, nous amènent à cette conclusion.

##### a) La conformité à la méthode de la *Charte*

Bien que la liberté d'expression ne soit pas absolue et qu'en matière de relations du travail il importe d'éviter d'étendre les effets les plus graves des lignes de piquetage au-delà de l'employeur, par souci de fidélité aux valeurs exprimées dans la *Charte*, notre énoncé de la common law doit partir du principe que la liberté d'expression demeure protégée, à moins qu'il ne soit justifié de la restreindre. Ce principe milite contre la reconnaissance d'une règle interdisant tout piquetage secondaire, qu'il soit préjudiciable ou anodin, perturbateur ou pacifique. La méthode privilégiée consiste à partir du principe que le piquetage secondaire reste légal à première vue, pour ensuite imposer les restrictions justifiables pour la protection des intérêts des tiers.

Des trois façons possibles d'aborder le problème de la réglementation du piquetage secondaire, il faut privilégier la troisième approche qui permet le piquetage secondaire, sauf s'il comporte des actes délictuels ou criminels, puisqu'elle respecte davantage les méthodes de mise en œuvre de la *Charte*. Les règles découlant de l'arrêt *Hersees*, dans leur forme originale comme dans leurs variantes plus récentes, partent du principe de l'illégalité intrinsèque du piquetage secondaire, sans égard à sa nature et à ses effets. Ce postulat contredit les valeurs de

an approach would perhaps be justifiable in a case where all or most aspects of the expression at stake are clearly unjustifiable. But as our earlier discussion indicates, this cannot be said of secondary picketing. Secondary picketing encompasses a wide variety of conduct, much of which is neither coercive nor harmful. This compels the conclusion that the *Hersees* and modified *Hersees* approaches are out of step with the methodology mandated by the *Charter*. The wrongful conduct model, by contrast, conforms to *Charter* methodology.

(b) Protection of the Value of Free Expression

The wrongful action approach best protects the values of contemporary Canadian society as they find expression in the *Charter*. As discussed, labour speech engages the core values of freedom of expression, and is fundamental not only to the identity and self-worth of individual workers and the strength of their collective effort, but also to the functioning of a democratic society. Restrictions on any form of expression, and particularly expression of this gravity, should not be lightly countenanced.

The *Hersees* rule, even in its modified form, denies free expression any value outside primary picketing. Given the vast scope of activities captured within the nebulous boundaries of the term “secondary picketing” from peaceful picketing to the highly disruptive, an absolute prior restraint on all such activities risks unduly compromising freedom of expression. It would extend, for example, to peaceful picketing aimed at consumers, without disruption of access to the store, employment, deliveries or any other facet of the secondary employer’s business. In our opinion, a blanket prohibition is too blunt a tool with which to handle such a vital freedom.

la *Charte* selon lesquelles les atteintes à la liberté d’expression ne sont permises que dans la mesure où elles sont justifiées. Une telle approche se justifierait peut-être dans un cas où l’expression en cause s’avérerait inadmissible en tout ou en partie. Mais comme nous l’indique notre analyse précédente, on ne peut pas en dire autant du piquetage secondaire. Le piquetage secondaire englobe une vaste gamme de comportements qui, dans une large mesure, ne sont ni coercitifs ni préjudiciables. Il faut donc conclure que la règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* ne sont pas conformes à la méthode prescrite par la *Charte*. Par contre, le modèle de l’acte fautif est conforme à cette méthode.

b) La protection de la valeur de la liberté d’expression

L’approche fondée sur l’acte fautif assure la meilleure protection aux valeurs de la société canadienne contemporaine qu’exprime la *Charte*. Comme nous l’avons vu, le discours syndical fait intervenir les valeurs fondamentales de la liberté d’expression et est essentiel non seulement à l’identité et à l’estime de soi des travailleurs ainsi qu’à la puissance de leur effort collectif, mais également au fonctionnement d’une société démocratique. Il ne faut pas approuver à la légère les restrictions apportées à toute forme d’expression et, en particulier, à une forme d’expression d’une telle importance.

Même sous sa forme modifiée, la règle de l’arrêt *Hersees* n’accorde aucune valeur à la libre expression en dehors du contexte du piquetage primaire. L’étendue et la diversité des activités visées par le concept nébuleux du « piquetage secondaire », qui vont du piquetage pacifique au piquetage très perturbateur, signifient qu’une interdiction préalable absolue de toutes ces activités risque de compromettre indûment la liberté d’expression. Une telle prohibition interdirait notamment de faire du piquetage pacifique, destiné aux consommateurs et ne comportant aucun obstacle à l’accès à un magasin, au travail, à des livraisons ou à une autre activité reliée à l’entreprise de l’employeur secondaire. À notre avis, une interdiction générale demeure un instrument trop rudimentaire pour qu’on puisse l’appliquer à une liberté aussi fondamentale.



(c) Avoidance of Excessive Emphasis on Protection from Economic Harm

71

In *Hersees*, the Ontario Court of Appeal appears to have viewed the issue as a conflict between a public right to trade and the rights of a smaller group, the union, to advance its purely private interests. The public interest in free expression and societal debate on working conditions and labour conflict receives no mention. The *Hersees* doctrine casts the economic protection of third parties from the effects of labour disputes as the pre-eminent concern of the law, regardless of the resulting incursion on free expression.

72

Protection from economic harm is an important value capable of justifying limitations on freedom of expression. Yet to accord this value absolute or pre-eminent importance over all other values, including free expression, is to err. The law has never recognized a sweeping right to protection from economic harm. As this Court observed in *KMart*, at para. 43: “[i]n the absence of independently tortious activity, protection from economic harm resulting from peaceful persuasion, urging a lawful course of action, has not been accepted at common law as a protected legal right” (see also: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at pp. 765-77). If the legal foundation of the hierarchy of rights proposed in *Hersees* was doubtful at the time, it is even more problematic in light of the enactment of the *Charter* and contemporary labour relations.

(d) Adequate Flexibility

73

Not only do the *Hersees* and modified *Hersees* rules deny adequate protection for free expression and place excessive emphasis on economic harm, they do this in a rigid, inflexible way. These rules are more about shutting off the message than regulating the activity. By contrast, a wrongful action approach is sufficiently flexible to accommodate both

c) Éviter de trop insister sur la protection contre le préjudice économique

Dans l’arrêt *Hersees*, la Cour d’appel de l’Ontario paraît avoir traité le litige comme un conflit entre le droit public de commercer et le droit d’un groupe plus restreint, le syndicat, de promouvoir des intérêts purement privés. Aucune mention n’a été alors faite de l’intérêt du public dans l’existence de la liberté d’expression et dans la tenue d’un débat de société sur les conditions et les conflits de travail. Selon la théorie de l’arrêt *Hersees*, le principal souci de la common law s’identifierait à la protection économique des tiers contre les effets des conflits de travail, sans égard à l’atteinte qu’elle porte à la liberté d’expression.

La protection contre le préjudice économique représente une valeur importante susceptible de justifier des restrictions à la liberté d’expression. On commettrait toutefois une erreur en accordant à cette valeur une importance absolue ou prédominante par rapport à toutes les autres valeurs, y compris la liberté d’expression. D’ailleurs, la common law n’a jamais reconnu l’existence d’un droit général à la protection contre le préjudice économique. Comme notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *KMart*, par. 43 : « [e]n l’absence d’activité délictueuse distincte, la common law ne reconnaît pas, en tant que droit protégé, la protection contre les préjudices financiers découlant de moyens de persuasion pacifiques prônant une ligne de conduite licite » (voir également : J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), p. 765-777). Si le fondement juridique de la hiérarchie des droits proposée dans l’arrêt *Hersees* s’avérait déjà douteux à l’époque, il est devenu encore plus problématique à la lumière de l’adoption de la *Charte* et de l’état du système contemporain des relations du travail.

d) La souplesse adéquate

Non seulement la règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* privent la liberté d’expression de toute protection adéquate et mettent trop l’accent sur le préjudice économique, mais encore elles le font d’une manière stricte et rigide. Ces règles visent davantage à couper le message qu’à réglementer l’activité. Par contre, l’approche

interests. Courts may intervene and preserve the interests of third parties or the struck employer where picketing activity crosses the line and becomes tortious or criminal in nature. It is in this sense that third parties will be protected from “undue” harm in a labour dispute. Torts such as trespass, intimidation, nuisance and inducing breach of contract will protect property interests and ensure free access to private premises. Rights arising out of contracts or business relationships will also receive basic protection. Torts, themselves the creatures of common law, may grow and be adapted to current needs.

In summary, a wrongful action approach to picketing allows for a proper balance between traditional common law rights and *Charter* values, and falls in line with the core principles of the collective bargaining system put in place in this country in the years following the Second World War.

(e) Rationality

A wrongful action approach to picketing is clearer and more rational than the absolute or modified prohibition approach represented by *Hersees*. The *Hersees* or modified *Hersees* approach uses location as the primary criterion for determining when picketing is legal. Yet the reason for prohibiting picketing is not its location, but its character and impact — the wrong it represents and damage it does. Location is merely a legal marker, and not a very satisfactory one at that; as we have seen, the *Hersees* jurisprudence is dominated by formalistic debates centering on location.

The wrongful action approach, by contrast, focuses on the character and effects of the activity, as opposed to its location. It gets at the heart of why picketing may be limited. As discussed, the umbrella of picketing covers a diverse range of behaviours, tactics and consequences that often

fondée sur l’acte fautif est suffisamment souple pour tenir compte des deux intérêts. Les tribunaux peuvent intervenir et protéger les intérêts des tiers ou de l’employeur frappé par le conflit lorsque le piquetage dépasse les bornes et revêt un caractère délictuel ou criminel. C’est dans ce sens que les tiers sont protégés contre le préjudice « indu » dans un conflit de travail. L’existence des délits tels que l’intrusion, l’intimidation, la nuisance et l’incitation à la rupture de contrat permet de protéger les droits de propriété et de garantir la liberté d’accès aux lieux privés. Les droits découlant des contrats ou des relations d’affaires reçoivent aussi une protection de base. Elles-mêmes créations de la common law, les définitions de délits peuvent évoluer et être adaptées aux besoins actuels.

En résumé, l’application de l’approche fondée sur l’acte fautif au piquetage permet d’établir un juste équilibre entre les valeurs consacrées dans la *Charte* et les droits traditionnellement reconnus par la common law. Elle respecte aussi les principes fondamentaux du régime de négociation collective instauré dans notre pays au cours des années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale.

e) La rationalité

À l’égard du piquetage, l’approche fondée sur l’acte fautif est plus claire et plus rationnelle que l’approche absolue ou modifiée que représente l’arrêt *Hersees*. La règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* utilisent le lieu comme critère principal pour déterminer la légalité du piquetage. Or, le piquetage est interdit non pas en raison de l’endroit où il a lieu, mais plutôt en considération de sa nature et de ses effets — la faute qu’il constitue et le préjudice qu’il cause. Le lieu n’est qu’un point de repère juridique, qui est d’ailleurs peu satisfaisant; comme nous l’avons vu, la jurisprudence fondée sur l’arrêt *Hersees* est dominée par des débats formalistes axés sur le lieu de l’activité.

Par contre, l’approche fondée sur l’acte fautif se concentre sur la nature et les effets de l’activité plutôt que sur l’identification du lieu où elle se déroule. Elle va au cœur des motifs pour lesquels le piquetage peut être restreint. Comme nous l’avons vu, la notion de piquetage couvre toute une gamme

74

75

76

have little to do with location. Where picketing occurs has little to do with whether it is peaceful and highly respectful of the rights of others on the one hand, or violent and disrespectful of the rights of others on the other hand. By focussing on the character and effect of expression rather than its location, the wrongful action approach offers a rational test for limiting picketing, not an arbitrary one.

77 Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts like trespass, nuisance, intimidation, defamation or misrepresentation, will be impermissible, regardless of where it occurs.

(f) Avoidance of the Primary-Secondary Picketing Distinction

78 It follows from this analysis that the difficult and potentially arbitrary distinction between primary and secondary picketing is effectively abandoned on a wrongful action approach to picketing. Secondary picketing has been, as we have seen, location defined. Indeed, many of the difficulties the courts have encountered over the years in defining secondary picketing flow from how to determine the relevant location. A conduct approach based on tortious and criminal acts does not depend on location. All picketing is allowed, whether “primary” or “secondary”, unless it involves tortious or criminal conduct.

79 We should not lament the loss of the primary-secondary picketing distinction. It is a difficult and arbitrary distinction that deserves to be abandoned. As MacPherson J. commented in *Friends of the Lubicon, supra*, at pp. 639-40:

Moreover, the primary/secondary distinction has been criticized even in the labour context. In *Brotherhood of Railway Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 89 S.Ct. 1109 (1969), Harlan J. said, at p. 1120:

de comportements, de tactiques et de conséquences qui n’ont souvent rien à voir avec le lieu. Le lieu du piquetage a peu de rapport avec la question de savoir si le piquetage est pacifique et respectueux des droits d’autrui ou si, au contraire, il est violent et irrespectueux de ces droits. En mettant l’accent sur la nature et l’effet de l’expression plutôt que sur l’endroit où elle a lieu, l’approche fondée sur l’acte fautif assujettit la restriction du piquetage à l’application d’un critère rationnel et non arbitraire.

Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui constitue un délit particulier, comme l’intrusion, la nuisance, l’intimidation, la diffamation ou les déclarations inexactes, ne sera pas permis quel que soit l’endroit où il a lieu.

(f) Éviter la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire

La présente analyse montre que l’application de l’approche fondée sur l’acte fautif au piquetage élimine effectivement la distinction complexe et potentiellement arbitraire entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Comme nous l’avons vu, le piquetage secondaire est défini en fonction de l’endroit où il a lieu. En fait, plusieurs des difficultés auxquelles les tribunaux se sont heurtés au fil des ans en cherchant à définir le piquetage secondaire découlent de la façon de déterminer le lieu pertinent. Celui-ci n’a aucune importance dans une approche fondée sur une conduite délictuelle ou criminelle. Qu’il soit « primaire » ou « secondaire », le piquetage reste licite sauf s’il est assorti d’une conduite délictuelle ou criminelle.

Il ne faut pas déplorer la disparition de la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Il s’agit d’une distinction si complexe et arbitraire qu’il vaut mieux l’abandonner. Comme le juge MacPherson l’a fait remarquer dans la décision *Friends of the Lubicon*, précitée, p. 639-640 :

[TRADUCTION] De plus, la distinction entre conduite primaire et conduite secondaire a été critiquée même dans le domaine du travail. Dans *Brotherhood of Railway Trainmen c. Jacksonville Terminal Co.*, 89 S.Ct. 1109 (1969), le juge Harlan a dit, à la p. 1120 :

No cosmic principles announce the existence of secondary conduct, condemn it as evil, or delimit its boundaries. These tasks were first undertaken by judges, intermixing metaphysics with their notions of social and economic policy. And the common law of labour relations has created no concept more elusive than that of “secondary” conduct; it has drawn no lines more arbitrary, tenuous, and shifting than those separating “primary” from “secondary” activities.

(g) Avoidance of Labour/Non-labour Distinctions

The wrongful action approach treats labour and non-labour expression in a consistent manner. The *Hersees* rule, by contrast, effectively creates an independent tort of secondary picketing that applies only in the labour context. This distinction is difficult to justify. Along with the diverse range of activities and objectives that may attach to the act of picketing, there is also a wide array of groups and organizations that rely on placards and pamphlets to inform and persuade the public on various issues. It is thus clear that activities common to picketing do not lie within the exclusive domain of the striking worker. As the Canadian Labour Congress points out in para. 35 of its brief:

In an age of electronic imagery and nightly television clips, placards or pickets with their ability to instantly identify issues are not confined to labour disputes. . . . Whether picketing should be enjoined should not depend on who is carrying the picket signs or indeed, whether the communication is conveyed by a placard or as a pamphlet. Such distinctions operate to deprive union members of expressive rights available to other members of the public.

We can find no persuasive reason to deprive union members of an expressive right at common law that is available to all members of the public.

It might be argued that a union is different from a political organization, in that unions can use disciplinary measures to coerce their members not to

Aucun principe d'application générale n'indique l'existence de la conduite secondaire, ne la qualifie de répréhensible ou n'en fixe les limites. Ce sont les juges qui se sont d'abord attaqués à ces tâches en mélangeant la métaphysique avec leurs notions de politique sociale et économique. Et la common law applicable aux relations du travail n'a créé aucun concept plus difficile à saisir que celui de la conduite « secondaire », ni tracé des lignes plus arbitraires, plus ténues et plus variables que celles qui séparent les activités « principales » des activités « secondaires ».

g) Éviter les distinctions entre les formes d'expression rattachées au travail et les autres catégories de discours

L'approche fondée sur l'acte fautif traite d'une manière uniforme l'activité expressive reliée au travail et l'expression dans d'autres domaines. Par contre, la règle de l'arrêt *Hersees* crée effectivement un délit distinct de piquetage secondaire limité au domaine du travail. Cette distinction est difficile à justifier. En plus de toute la gamme d'activités et d'objectifs qui peuvent être liés au piquetage, il existe un large éventail de groupes et d'organisations qui se servent d'affiches et de brochures pour informer et persuader le public au sujet de diverses questions. Il est donc clair que les activités courantes en matière de piquetage ne sont pas l'apanage exclusif des grévistes. Comme le Congrès du travail du Canada le souligne au par. 35 de son mémoire :

[TRADUCTION] À une époque d'imagerie électronique et de clips télédiffusés tous les soirs, les affiches ou les pancartes susceptibles de transmettre un message instantanément ne sont pas restreintes aux conflits de travail [. . .] La question de savoir si un piquetage doit être interdit ne doit pas dépendre de l'identité des porteurs de pancartes ni, en fait, de la question de savoir si les renseignements sont communiqués au moyen d'une affiche ou d'une brochure. De telles distinctions ont pour effet de priver les syndiqués des droits d'expression dont jouissent d'autres membres du public.

Aucune raison convaincante ne permet de priver les syndiqués d'un droit d'expression que la common law reconnaît à tous les membres du public.

On pourrait prétendre qu'un syndicat est différent d'une organisation politique du fait qu'il peut recourir à des mesures disciplinaires pour empêcher

cross picket lines. This argument, however, does not distinguish union speech from non-union speech as regards the public at large. It might also be argued that union and non-union expression can be differentiated on the basis of the “signal” effect — that the picket line acts as a barrier and thus goes beyond expression and into coercion. However, as discussed in part (j) below, there are a number of reasons for rejecting this argument as a justification for the illegal *per se* doctrine.

ses membres de franchir des lignes de piquetage. Cet argument n’établit cependant aucune distinction entre le discours syndical et le discours non syndical en ce qui concerne le grand public. On pourrait également soutenir que l’expression rattachée au travail peut être différenciée de l’expression non syndicale en raison de l’effet de « signal », en ce sens que la ligne de piquetage sert de barrière et va donc au-delà de l’expression en imposant une contrainte. Toutefois, comme nous le mentionnons plus bas dans la partie j), il existe un certain nombre de raisons de rejeter cet argument comme justification de la théorie de l’illégalité intrinsèque.

82 In sum, the wrongful action theory is used to assess the legality of political speech and leafletting (see *KMart*), and there seems to be no principled ground on which to distinguish union speech.

Somme toute, la théorie de l’acte fautif est utilisée pour déterminer la légalité du discours politique et de la distribution de tracts (voir *KMart*), et il ne semble y avoir aucune raison fondée sur des principes d’agir différemment dans le cas du discours syndical.

(h) Balance of Power

h) L’équilibre des forces

83 Pepsi-Cola argues that the potential harm to the employer from secondary picketing may be much greater than the harm that would result from primary picketing alone, and that allowing secondary picketing may tilt the balance of power too much in the unions’ favour.

Pepsi-Cola plaide que le piquetage secondaire peut causer à l’employeur un préjudice beaucoup plus important que celui qui résulterait du seul piquetage primaire. De plus, l’autorisation du piquetage secondaire pourrait rompre l’équilibre des forces en faveur des syndicats.

84 By contrast, the Union argues that the right to inform the public and third parties of their position short of tortious or criminal acts is inherent in the Constitution and will not upset the appropriate balance between employers and employees.

Par contre, le syndicat prétend que, dans la mesure où il ne commet aucun acte délictueux ou criminel, son droit d’informer le public et les tiers de sa position est inhérent à la Constitution et ne rompt pas le juste équilibre des forces entre l’employeur et les salariés.

85 Judging the appropriate balance between employers and unions is a delicate and essentially political matter. Where the balance is struck may vary with the labour climates from region to region. This is the sort of question better dealt with by legislatures than courts. Labour relations is a complex and changing field, and courts should be reluctant to put forward simplistic dictums. Where specialized bodies have been created by legislation, be it labour boards or arbitrators, they are generally entrusted to reach appropriate decisions based on the relevant statute and the specific facts of a given situation.

La détermination du juste équilibre entre employeurs et syndicats est une question délicate et essentiellement politique. Le point d’équilibre peut varier selon le climat des relations du travail d’une région à l’autre. Il s’agit du genre de question que le législateur est mieux en mesure de trancher que les tribunaux. Le domaine des relations du travail est complexe et changeant, et les tribunaux devraient hésiter à établir des règles simplistes. Les organismes spécialisés créés par la loi, qu’il s’agisse de conseils de relations du travail ou d’arbitres, sont chargés de rendre les

Mediation and arbitration are also assuming increasingly important roles in the resolution of labour disputes. If the Saskatchewan Legislature had enacted a comprehensive scheme to govern labour disputes, then it might be argued that allowing secondary picketing would disturb a carefully crafted balance of power. In the absence of a legislative scheme, however, we find it difficult to say that determining illegal picketing on the basis of tortious or criminal conduct — an approach that prevailed at common law prior to *Hersees* — will unduly undermine the power of employers *vis-à-vis* employees.

We emphasize that the validity of legislation is not at stake in this appeal. It is the absence of such legislation that requires us to look to the common law to resolve the issue of the legality of secondary picketing. Nothing in these reasons forestalls legislative action in this area of the law. Within the broad parameters of the *Charter*, legislatures remain free to craft their own statutory provisions for the governance of labour disputes, and the appropriate limits of secondary picketing.

(i) Undue Harm to Neutral Third Parties

It is argued that although secondary picketing may yield a benefit for a limited class of people, the neutral retailers' right to trade is "far more fundamental and of far greater importance . . . for the benefit of the community at large" (*Hersees, supra*, at p. 86).

The first difficulty with this argument is that it gives no weight to free expression. As discussed above, this runs counter to *Charter* methodology and values.

A second difficulty is that the argument overstates the interests of third parties by positing a "fundamental" right to trade in the struck good. Again as discussed above, the basis for this purported fundamental right is unclear.

décisions appropriées selon la loi pertinente et les faits particuliers de l'affaire. La médiation et l'arbitrage jouent un rôle de plus en plus important en matière de résolution des conflits de travail. Si le législateur avait adopté en Saskatchewan un régime complet applicable aux conflits de travail, on pourrait dire qu'autoriser le piquetage secondaire romprait un équilibre des forces soigneusement établi. Cependant, en l'absence de régime législatif, il est, à notre avis, difficile d'affirmer que la détermination de l'illégalité du piquetage en fonction d'une conduite délictuelle ou criminelle — approche utilisée en common law avant l'arrêt *Hersees* — mine indûment le pouvoir des employeurs face aux salariés.

Nous soulignons que la validité d'une disposition législative n'est pas en cause dans le présent pourvoi. En effet, c'est l'absence de disposition législative qui nous force à nous en remettre à la common law pour trancher la question de la légalité du piquetage secondaire. Rien dans les présents motifs n'empêche le législateur d'agir dans ce domaine du droit. À l'intérieur des grands paramètres de la *Charte*, le législateur demeure libre d'établir ses propres dispositions législatives régissant les conflits de travail et fixant des limites appropriées au piquetage secondaire.

i) Le préjudice indu causé aux tiers neutres

On prétend que, même si le piquetage secondaire peut bénéficier à une catégorie restreinte de personnes, le droit des détaillants neutres de commercer est [TRADUCTION] « beaucoup plus fondamental et important [. . .] et bénéficie à l'ensemble de la collectivité » (*Hersees*, précité, p. 86).

La première difficulté que pose cet argument est qu'il n'accorde aucune importance à la liberté d'expression. Comme nous l'avons vu, cela contredit la méthode d'application et les valeurs de la *Charte*.

Une deuxième difficulté est que l'argument surestime les intérêts des tiers en énonçant un droit « fondamental » de faire le commerce des produits frappés par le conflit. Là encore, comme nous l'avons vu précédemment, on n'identifie pas clairement l'assise de ce prétendu droit fondamental.

90 A third difficulty is that the argument glosses over the fact that third parties — producers and consumers — are harmed even as a result of primary picketing. As Rand J. noted in *Patchett*, *supra*, at p. 276: “a strike is not a tea-party and it may have consequential impacts on associated interests which cannot be met or disposed of overnight”. To the extent that harm to neutrals is a rationale for restricting secondary picketing, it is also a rationale for restricting primary picketing.

91 Fourth, the argument contravenes at least the spirit of the *Charter* by sacrificing an individual right to the perceived collective good rather than seeking to balance and reconcile them. This fact has not escaped even Ontario courts. In *Friends of the Lubicon*, *supra*, MacPherson J. wrote at p. 644:

In the passage from Aylesworth J.A.’s [*Hersees*] judgment set out earlier, he refers explicitly to a “right to trade”. Moreover, he states that this right “is for the benefit of the community at large” and contrasts it with the union’s speech through their picketing which he describes as being “exercised for the benefit of a particular class only”.

Without quarrelling with the ratio of *Hersees* and its continuing applicability in cases dealing with secondary picketing in a labour relations context, it strikes me that this component of Aylesworth J.A.’s reasoning is anachronistic today. The fact that freedom of expression is protected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, coupled with the absence of any economic rights, except for mobility to pursue the gaining of a livelihood, in the same document, is a clear indication that free speech is near the top of the values that Canadians hold dear.

92 It is important that neutral third parties be protected from wrongful conduct and that labour disputes be prevented from unduly spreading: *Dolphin Delivery*, *supra*, at pp. 590-91. We are not persuaded, however, that it is necessary to ban all secondary picketing in order to accomplish these goals. Prohibiting strike conduct which is tortious or criminal offers protection against a wide variety of misconduct associated with strike action. Insofar

Une troisième difficulté est que l’argument ne tient pas compte du fait que même le piquetage primaire cause un préjudice à des tiers, à savoir les producteurs et les consommateurs. Comme le juge Rand l’a souligné dans l’arrêt *Patchett*, précité, p. 276 : [TRADUCTION] « une grève n’est pas une partie de plaisir et elle est susceptible d’avoir sur les tiers intéressés des conséquences qui ne peuvent pas être dissipées du jour au lendemain ». Dans la mesure où le préjudice à des tiers neutres justifie la restriction du piquetage secondaire, il justifie également la restriction du piquetage primaire.

Une quatrième difficulté que pose l’argument tient au fait qu’il contrevient à tout le moins à l’esprit de la *Charte* en sacrifiant un droit individuel au nom de ce qui est perçu comme le bien collectif, au lieu de tenter de concilier ces deux éléments. Même les tribunaux de l’Ontario s’en sont rendu compte. Dans la décision *Friends of the Lubicon*, précitée, p. 644, le juge MacPherson écrit :

[TRADUCTION] Dans l’extrait précité de son arrêt [*Hersees*], le juge Aylesworth mentionne explicitement le « droit de commercer ». De plus, il déclare que ce droit « bénéficie à l’ensemble de la collectivité » et il l’oppose à l’expression syndicale au moyen du piquetage qui, selon lui, « ne bénéficie qu’à une catégorie particulière de personnes ».

Je ne conteste pas le raisonnement de l’arrêt *Hersees* ni son applicabilité constante aux affaires portant sur le piquetage secondaire dans le contexte des relations du travail, mais j’ai l’impression que cette partie du raisonnement du juge Aylesworth est anachronique aujourd’hui. La protection de la liberté d’expression et l’absence de droits économiques (à l’exception du droit de se déplacer pour gagner sa vie) dans le même document — la *Charte canadienne des droits et libertés* —, indiquent clairement que la liberté de parole compte parmi les valeurs les plus chères aux Canadiens et aux Canadiennes.

Il importe de protéger les tiers neutres contre toute conduite fautive et d’empêcher les conflits de travail de se propager indûment : *Dolphin Delivery*, précité, p. 590-591. Cependant, nous ne sommes pas convaincus qu’il soit nécessaire d’interdire tout piquetage secondaire pour atteindre ces objectifs. L’interdiction de la conduite délictuelle ou criminelle dans le cadre d’une grève offre une protection contre toute une gamme de comportements inacceptables

as conduct is non-tortious, it is not clear that more is required to protect third parties.

(j) The “Signalling” Effect

An extension of the previous argument is that secondary picketing is *per se* unjustified because it has the effect of “signalling” that people must not do business with neutral third parties. Expression through a picket line may “signal” that the line is a barrier and hence acquire coercive impact. The Court recognized the signal effect in *KMart*, where Cory J. stated at para. 40:

There can be no doubt that picketing is an exercise of freedom of expression. Yet its trademark is the picket line, which has been described as a “signal” not to cross. Whatever may be its message, the picket line acts as a barrier. It impedes public access to goods or services, employees’ access to their workplace, and suppliers’ access to the site of deliveries.

This signalling effect, it is argued, goes beyond expression and becomes coercion. Many people, as a matter of principle or habit, will not cross a picket line. As stated in *KMart*, picketing attracts “an automatic reflex response from workers, suppliers and consumers. Its existence impedes access to picketed sites. This impediment to movement may discourage some people from making rational choices based on persuasive discourse” (para. 38). It is argued that while we are willing to allow that kind of pressure to be applied against the primary employer, we are not willing to allow it to be applied against a neutral third party.

The first point to note is that the signalling effect should be carefully assessed. A number of judgments have taken the signalling effect for granted. Doubtless there is a kernel of truth in this concept. Some people will see a picket line and automatically refuse to cross it, out of respect, sympathy, or the fear of an implied confrontation. It should be remembered, however, that this concept arose

liés à une grève. Dans la mesure où la conduite en cause n’est pas délictuelle, il n’est pas évident qu’il faille en faire plus pour protéger les tiers.

j) L’effet de « signal »

L’argument qui précède veut également que le piquetage secondaire soit injustifié en soi parce qu’il a pour effet de « signaler » que les gens ne doivent pas faire affaire avec des tiers neutres. L’expression au moyen d’une ligne de piquetage peut « signaler » que la ligne est une barrière et lui donner ainsi un effet coercitif. Notre Cour a reconnu l’existence de l’effet de signal dans l’arrêt *KMart*, où le juge Cory affirme, au par. 40 :

Il ne fait aucun doute que le piquetage est une forme d’exercice de la liberté d’expression. Toutefois, sa caractéristique est la ligne de piquetage, qui a été décrite comme un « signal » de ne pas aller plus loin. Quel que soit son message, la ligne de piquetage a l’effet d’une barrière. Elle entrave l’accès du public aux biens ou services d’une entreprise, ainsi que l’accès des employés à leur lieu de travail et l’accès des fournisseurs aux lieux de livraison.

Cet effet de signal, soutient-on, va au-delà de l’expression et devient de la coercition. Que ce soit par principe ou par habitude, bien des personnes ne franchiront pas une ligne de piquetage. Comme le précise l’arrêt *KMart*, le piquetage suscite « une réaction automatique de la part des travailleurs, des fournisseurs et des consommateurs. L’existence d’une ligne de piquetage entrave l’accès aux lieux visés. Cette entrave à la circulation peut décourager certaines personnes de faire des choix rationnels, fondés sur une présentation convaincante » (par. 38). On prétend que, même si nous sommes disposés à permettre l’exercice de ce genre de pression sur l’employeur principal, nous ne sommes pas prêts à en permettre l’exercice sur un tiers neutre.

Il faut d’abord souligner que l’effet de signal doit être évalué soigneusement. Un certain nombre de décisions ont tenu pour acquis l’effet de signal. Ce concept comporte une part de vérité. Lorsqu’ils aperçoivent une ligne de piquetage, certaines personnes refusent automatiquement de la franchir par respect, par sympathie ou par crainte d’une confrontation implicite. Il faut toutefois se rappeler

93

2002 SCC 8 (CanLII)

94

95



originally to describe the response to picketing among other unionized employees (see A. Cox, “Strikes, Picketing and the Constitution” (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574). Moreover, the so-called signalling effect is probably more likely to operate in specific contexts. It may vary sharply, depending on whether the dispute happens in a small tightly knit, and highly unionized community, or at a strongly organized construction site used by several employers (see *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL), at para. 7). In a large urban centre, where the population is diverse, and where the per capita unionization rate is low, the signalling effect may be exaggerated. We should be mindful to remember the words of caution written by Rand J. several years ago in *Aristocratic Restaurants*, *supra*, at p. 786, about peaceful picketing and its effect and the fact that it could be taken pretty well in stride by the common person:

Through long familiarity, these words and actions in labour controversy have ceased to have an intimidating impact on the average individual and are now taken in the stride of ordinary experience . . .

96

A second observation is that the signalling argument implicitly suggests that to the extent that picketing has a coercive signal effect, it is not expressive and hence not worthy of protection. We find such a suggestion problematic. It is difficult to see how a signal can be other than expressive; by definition, a signal is meant to convey information to others. Indeed, the underlying concern of *KMart* is that the signal will express too much, that it will be too effective. It seems better to us to admit that signalling is expression, the limitations of which must be justified. At this point, however, signalling ceases to suggest a special rule; rather, the question is when expressive signalling can be justifiably limited.

97

This brings us to a third difficulty with the signalling argument. Used to buttress the proposition that secondary picketing is *per se* illegal, it amounts to a special rule for union speech. As discussed under (g)

qu’au départ ce concept visait à décrire la réaction d’autres employés syndiqués au piquetage (voir A. Cox, « Strikes, Picketing and the Constitution » (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574). De plus, le prétendu effet de signal est probablement plus susceptible de se faire sentir dans des contextes particuliers. Il peut varier considérablement selon que le conflit survient dans une petite collectivité très unie et très syndiquée, ou dans un chantier de construction fortement syndiqué sur lequel plusieurs employeurs sont présents (voir *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL), par. 7). Dans un grand centre urbain où la population est variée et où le taux de syndicalisation par personne est faible, l’effet de signal peut être exagéré. Rappelons-nous la mise en garde que le juge Rand a faite, il y a plusieurs années, dans l’arrêt *Aristocratic Restaurants*, précité, p. 786, au sujet du piquetage pacifique, de son incidence et du fait que les gens ordinaires peuvent fort bien l’accepter sans sourciller :

[TRADUCTION] À la longue, les propos tenus et les actes accomplis dans le cadre de conflits de travail ont cessé d’avoir un effet intimidant sur les gens ordinaires et ils font maintenant partie de la vie de tous les jours . . .

On notera aussi que l’argument sur l’effet de signal laisse entendre que, dans la mesure où le piquetage a un effet de signal coercitif, il n’est pas expressif et n’est donc pas digne de protection. Nous estimons qu’une telle allégation est problématique. On comprend difficilement comment un signal peut ne pas être expressif; par définition, un signal vise à communiquer un renseignement à autrui. En fait, l’arrêt *KMart* exprime une crainte que, en raison de l’intensité excessive de son contenu expressif, un « signal » ne devienne trop efficace. Il nous semble préférable de reconnaître que donner un signal constitue une forme d’expression dont les limites doivent être justifiées. À ce stade, toutefois, le signal cesse d’indiquer qu’une règle particulière doit s’appliquer; il s’agit plutôt de savoir dans quels cas le signal expressif peut être restreint de façon justifiable.

Cela nous amène au troisième problème que pose l’argument du signal. Avancé pour étayer la proposition selon laquelle le piquetage secondaire est illégal en soi, cet argument constitue une règle

above, it is difficult to explain why expression in the labour context should be treated as fundamentally less important than expression in other contexts. It is far from clear that union speech is more likely to elicit an irrational or reflexive response than, for example, speech by a political organization. If we say that the signalling effect justifies a special prohibition in the labour context, does it not follow that signalling in other contexts may also justify blanket prohibitions? Moreover, it seems clear that freedom of expression is not confined to “rational” speech. Irrationality may support according less protection to particular kinds of speech. But it does not justify denying all protection as a matter of principle.

A fourth problem with the signalling argument is that not all secondary picketing relies on the coercive potential of the picket line. A distinction is sometimes drawn between secondary picketing whose aim is to disrupt the production of the secondary employer (either by dissuading the secondary employer’s employees from working or by persuading consumers not to deal at all with the secondary employer until it discontinues its commercial relationship with the primary employer) and secondary picketing whose aim is merely to persuade consumers not to purchase from the secondary employer the products of the primary employer. (As an example of the latter form of labour activity, workers striking against a tobacco manufacturer might picket convenience stores in an effort to persuade customers to substitute another manufacturer’s brand of cigarettes for the brand manufactured by the primary employer.) The danger of a coercive picket line that depends on a signalling effect is clearly much greater in the case of union activity whose aim is to harm the secondary employer. The danger of coercion and signalling is much less in the case of secondary picketing aimed merely at persuading consumers not to purchase the product of the primary employer.

particulière applicable au discours syndical. Comme nous l’avons mentionné dans la partie g), il est difficile d’expliquer pourquoi l’expression devrait être considérée comme étant fondamentalement moins importante dans le domaine du travail que dans d’autres domaines. Il est loin d’être clair que le discours syndical est plus susceptible de provoquer une réaction irrationnelle ou réfléchie que, par exemple, le discours d’une organisation politique. Si nous affirmons que l’effet de signal justifie une interdiction particulière dans le domaine du travail, ne s’en suit-il pas que le signal dans d’autres contextes peut aussi justifier une interdiction générale? En outre, il semble clair que la liberté d’expression ne se limite pas au discours « rationnel ». L’irrationalité peut justifier d’accorder moins de protection à certains genres de discours, mais elle ne justifie pas le refus de toute protection, par principe.

Le quatrième problème que pose l’argument du signal est que ce n’est pas dans tous les cas de piquetage secondaire que l’on compte sur l’effet coercitif possible de la ligne de piquetage. On établit parfois une distinction entre le piquetage secondaire destiné à perturber la production de l’employeur secondaire (soit en dissuadant les salariés de l’employeur secondaire de travailler ou en persuadant les consommateurs de s’abstenir de traiter avec l’employeur secondaire jusqu’à ce que celui-ci rompe sa relation commerciale avec l’employeur principal) et le piquetage secondaire visant simplement à persuader les consommateurs de ne pas acheter à l’employeur secondaire les produits de l’employeur principal. (À titre d’exemple de cette dernière forme d’activité syndicale, les travailleurs en grève d’un fabricant de tabac pourraient faire du piquetage devant des dépanneurs en vue de convaincre les consommateurs d’acheter la marque de cigarettes d’un autre fabricant au lieu de celle de l’employeur principal.) Le danger que présente une ligne de piquetage coercitive qui compte sur l’effet de signal est évidemment beaucoup plus grand dans le cas où l’activité syndicale vise à causer un préjudice à l’employeur secondaire. Le risque de coercion et de signal diminue considérablement si le piquetage secondaire vise simplement à persuader les consommateurs de s’abstenir d’acheter les produits de l’employeur principal.

99

The United States Supreme Court recognized this distinction in *National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964), at pp. 63-64 and 70:

All that the legislative history shows in the way of an “isolated evil” believed to require proscription of peaceful consumer picketing at secondary sites, was its use to persuade the customers of the secondary employer to cease trading with him in order to force him to cease dealing with, or to put pressure upon, the primary employer. This narrow focus reflects the difference between such conduct and peaceful picketing at the secondary site directed only at the struck product. In the latter case, the union’s appeal to the public is confined to its dispute with the primary employer, since the public is not asked to withhold its patronage from the secondary employer, but only to boycott the primary employer’s goods. On the other hand, a union appeal to the public at the secondary site not to trade at all with the secondary employer goes beyond the goods of the primary employer, and seeks the public’s assistance in forcing the secondary employer to cooperate with the union in its primary dispute.

Peaceful consumer picketing to shut off all trade with the secondary employer unless he aids the union in its dispute with the primary employer, is poles apart from such picketing which only persuades his customers not to buy the struck product.

100

We should therefore be mindful not to extend the application of the signal effect to all forms of union expression. As Cory J. noted in *KMart* at para. 42, “[i]t is the ‘signal’ component of conventional picketing which attracts the need for regulation and restriction in some circumstances” (emphasis added). Given the diverse range of activities captured by the term “picketing,” it is apparent that the signal effect operates to a greater degree in some situations than in others. We conclude that signalling concerns may provide a justification for proscribing secondary picketing in particular cases, but certainly not as a general rule.

La Cour suprême des États-Unis a reconnu cette distinction dans *National Labor Relations Board c. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964), p. 63-64 et 70 :

[TRADUCTION] Selon l’historique législatif, le seul cas de « mal isolé » qui exigerait l’interdiction du piquetage pacifique auprès des consommateurs dans des lieux de travail secondaires est celui où ce piquetage sert à persuader les clients de l’employeur secondaire de cesser de faire affaire avec lui pour le forcer à cesser de traiter avec l’employeur principal ou à faire pression sur ce dernier. Cet objet restreint reflète la différence entre cette conduite et le piquetage pacifique dans des lieux de travail secondaires qui est dirigé uniquement contre les produits frappés par le conflit. Dans ce dernier cas, l’appel au public lancé par le syndicat se limite au litige qui l’oppose à l’employeur principal puisqu’il demande au public non pas de s’abstenir de faire affaire avec l’employeur secondaire, mais seulement de boycotter les produits de l’employeur principal. Par ailleurs, le syndicat qui se présente dans des lieux de travail secondaires pour exhorter le public à ne plus faire affaire avec l’employeur secondaire ne s’en prend pas seulement aux produits de l’employeur principal; il demande alors au public de l’aider à forcer l’employeur secondaire à collaborer avec lui dans le cadre de son conflit avec l’employeur principal.

Le piquetage pacifique auprès des consommateurs qui vise à faire cesser tout commerce avec l’employeur secondaire à moins que celui-ci n’aide le syndicat dans le cadre de son conflit avec l’employeur principal est fort différent du piquetage destiné uniquement à persuader les clients de l’employeur secondaire de ne pas acheter les produits frappés par le conflit.

Il faut donc prendre garde d’appliquer l’effet de signal à toutes les formes d’expression syndicale. Comme le juge Cory l’a souligné dans l’arrêt *KMart*, précité, par. 42, « [c]’est l’aspect “signals du piquetage classique qui entraîne la nécessité de le réglementer et de le restreindre dans certaines circonstances » (nous soulignons). Compte tenu des différentes activités visées par le mot « piquetage », il appert que l’effet de signal est plus prononcé dans certains cas que dans d’autres. Nous concluons que les préoccupations relatives au signal peuvent justifier l’interdiction du piquetage secondaire dans des cas particuliers, mais sûrement pas dans tous les cas.

(k) Does a Wrongful Action Rule Offer Adequate Protection?

Having concluded that there is no principled ground on which to ban secondary picketing *per se* and that an approach requiring tortious or criminal conduct is preferable, the practical question remains: does a wrongful action rule offer sufficient protection for neutral third parties when weighed against the value of free expression?

We must note at the outset that total protection is not the goal. As this Court asserted in *KMart*, total protection from all economic harm is not to be expected. The more appropriate question is whether, from a pragmatic point of view, a wrongful action approach to picketing will function well. Will it permit coercive picketing that in fact may be justifiably limited? In other words, while a wrongful action rule respects the *Charter* by starting from the premise that the expressive action is permitted absent justified limitations, is it too permissive in that it does not provide a mechanism to permit neutral third parties to raise valid justifications — justifications that might prevail under s. 1 of the *Charter* had the matter arisen as a *Charter* case?

At this point we may usefully review what is caught by the rule that all picketing is legal absent tortious or criminal conduct. The answer is, a great deal. Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts like trespass, nuisance, intimidation, defamation or misrepresentation will be impermissible, regardless of where it occurs. Specific torts known to the law will catch most of the situations which are liable to take place in a labour dispute. In particular, the breadth of the torts of nuisance and defamation should permit control of most coercive picketing. Known torts will also protect property interests. They will not allow for intimidation, they will protect free access to private premises and thereby protect the right to use one's property. Finally, rights arising out of contracts or

k) La règle de l'acte fautif offre-t-elle une protection suffisante?

Après avoir conclu qu'il n'existe aucune raison fondée sur des principes d'interdire le piquetage secondaire en soi et qu'une approche exigeant une conduite délictuelle ou criminelle est préférable, il reste à trancher la question concrète suivante : est-ce que, eu égard à la valeur de la liberté d'expression, la règle de l'acte fautif offre une protection suffisante aux tiers neutres?

Nous devons souligner au départ que la protection totale n'est pas le but visé. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *KMart*, il ne faut pas s'attendre à une protection totale contre tout préjudice économique. Il convient davantage de se demander si, d'un point de vue pratique, l'application de l'approche fondée sur l'acte fautif au piquetage donnera de bons résultats. Permettra-t-elle le piquetage coercitif qui, en fait, peut être restreint de façon justifiable? En d'autres termes, bien qu'elle respecte la *Charte* lorsqu'elle part du principe que l'action expressive est permise en l'absence de limites justifiées, la règle de l'acte fautif est-elle trop permissive parce qu'elle ne prévoit aucun mécanisme permettant aux tiers neutres d'invoquer des justifications valides — justifications qui pourraient être retenues en vertu de l'article premier de la *Charte* si la question se posait dans le cadre d'une affaire relative à l'application de la *Charte*?

À ce stade, il est utile que nous examinions la portée de la règle voulant que tout piquetage soit légal en l'absence de conduite délictuelle ou criminelle. La portée d'une telle règle est vaste. Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui est assorti d'un délit particulier, comme l'intrusion, la nuisance, l'intimidation, la diffamation ou les déclarations inexacts, est interdit peu importe où il a lieu. Les délits particuliers connus en common law concernent la plupart des situations susceptibles de se produire lors d'un conflit de travail. En particulier, la portée des délits de nuisance et de diffamation devrait permettre d'enrayer le piquetage le plus coercitif. Les délits connus permettent également de protéger les droits de propriété. Ils permettent d'éviter l'intimidation et de protéger la liberté

101

102

103

business relationships also receive basic protection through the tort of inducing breach of contract.

d'accès aux lieux privés et, par conséquent, le droit de chacun à l'utilisation de son bien. Enfin, le délit d'incitation à la rupture de contrat confère aussi une protection de base aux droits découlant des contrats ou des relations d'affaires.

104 Undoubtedly, this new rule will not enjoin picketing in every situation where the old *Hersees* rule would have applied. As mentioned, the new rule acknowledges that the expressive activity involved in conveying information and trying to persuade will not be considered a sufficient ground for enjoining picketing. It is reasonable to expect, however, that the realities of labour relations will inject their own limits to prevent the unchecked spread of picketing beyond the primary parties. With limited people, energy and finances, it will be unlikely that unions will choose to picket a location which has absolutely no possible impact on their labour dispute.

Certes, cette nouvelle règle n'interdira pas le piquetage dans tous les cas où l'ancienne règle de l'arrêt *Hersees* se serait appliquée. Comme nous l'avons vu, la nouvelle règle reconnaît que l'activité expressive consistant à communiquer des renseignements et à tenter de persuader des gens ne sera pas considérée comme une raison suffisante d'interdire le piquetage. On peut toutefois raisonnablement s'attendre à ce que la réalité des relations du travail fera elle-même obstacle à l'extension incontrôlée du piquetage au-delà des parties en conflit à l'origine. Il est probable que les syndicats qui disposent d'un effectif, d'une énergie et de moyens financiers limités ne choisiront pas de faire du piquetage à un endroit qui n'est absolument pas susceptible d'avoir une incidence sur le conflit de travail en cause.

105 It is also true that, while the wrongful action approach is grounded on conduct and hence less arbitrary than the *per se* illegal rule of *Hersees* (see above), the way torts or crimes are defined may introduce its own measure of arbitrariness. Some of the relevant torts require an unlawful act or the threat of an unlawful act. This makes the relevant inquiry circular: secondary picketing is unlawful if it is tortious but it is tortious only if it is unlawful. Other torts may end up drawing arbitrary lines. Inducing breach of contract, for example, requires (obviously) a contract. The result might be that a neutral employer who has a long-term contract with the primary employer may be protected from secondary picketing, whereas a neutral employer who sells the same products without a long-term supply contract would not be protected.

Il est également vrai que, même si l'approche fondée sur l'acte fautif repose sur la conduite et est donc moins arbitraire que la règle de l'illégalité intrinsèque établie dans l'arrêt *Hersees* (voir plus haut), la façon dont les délits ou les crimes sont définis peut comporter sa propre mesure d'arbitraire. Certains délits pertinents requièrent un acte illégal ou la menace d'un tel acte. Cela rend l'examen pertinent circulaire : le piquetage secondaire est illégal s'il est délictuel mais il n'est délictuel que s'il est illégal. Il se peut que d'autres délits finissent par établir des limites arbitraires. L'incitation à la rupture de contrat, par exemple, exige (manifestement) un contrat. Un employeur neutre ayant conclu un contrat à long terme avec l'employeur principal pourrait être à l'abri du piquetage secondaire, alors qu'un employeur neutre qui vend les mêmes produits sans détenir un contrat d'approvisionnement à long terme ne serait pas protégé.

106 Despite some anomalies, it is safe to assert that a wrongful action-based approach will catch most problematic picketing — i.e. picketing whose value is clearly outweighed by the harm done to the neutral third party. Moreover, the law of tort may itself

Malgré certaines anomalies, on peut affirmer, sans crainte de se tromper, que l'approche fondée sur l'acte fautif permettra d'interdire le piquetage le plus problématique — celui dont la valeur est nettement inférieure au préjudice causé

be expected to develop in accordance with *Charter* values, thus assuring a reasonable balance between free expression and protection of third parties.

Moreover, to the extent that it may prove necessary to supplement the wrongful action approach, the courts and legislatures may do so. Doubtless issues will arise around the elaboration of the relevant torts and the tailoring of remedies to focus narrowly on the illegal activity at issue. Doubtless too, circumstances will present themselves where it will become difficult to separate the expressive from the tortious activity. In dealing with these issues, the courts may be expected to develop the common law sensitively, with a view to maintaining an appropriate balance between the need to preserve third-party interests and prevent labour strife from spreading unduly, and the need to respect the *Charter* rights of picketers. The legislatures too may play a role. Clarification of the status of picketing at common law should not be viewed as a restriction on legislative intervention. Rather it should be seen merely as a tool to assist the courts where federal and provincial laws remain silent. As mentioned earlier, different circumstances in different parts of the country may call for specially tailored legislative regimes. Legislatures must respect the *Charter* value of free expression and be prepared to justify limiting it. But subject to this broad constraint, they remain free to develop their own policies governing secondary picketing and to substitute a different balance than the one struck in this case.

##### 5. *Status to Seek an Injunction*

In this case, Pepsi-Cola, the primary employer, sought an injunction to restrain picketing and demonstrations at the premises of independent third parties.

Cameron J.A for the majority of the Court of Appeal held that picketing is not subject to

au tiers neutre. En outre, on peut s'attendre à ce que le droit de la responsabilité délictuelle évolue lui-même conformément aux valeurs de la *Charte* et garantisse ainsi un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et la protection des tiers.

De plus, les tribunaux et le législateur pourront compléter l'approche fondée sur l'acte fautif si cela est nécessaire. Il est indubitable que la définition des délits pertinents et la conception de réparations axées strictement sur l'activité illégale en cause susciteront des questions. Nul doute que surviendront également des cas où il s'avérera difficile de distinguer l'activité expressive de l'activité délictuelle. On peut s'attendre à ce que les tribunaux qui examineront ces questions fassent évoluer la common law de façon réfléchie, en maintenant un juste équilibre entre la nécessité de protéger les intérêts des tiers, celle d'empêcher les conflits de travail de se propager indûment et l'exigence de respect des droits que la *Charte* garantit aux piqueteurs. Le législateur peut lui aussi jouer un rôle. La clarification de la situation du piquetage en common law ne doit pas être considérée comme une restriction de l'intervention du législateur. Il faut plutôt simplement considérer qu'elle permet d'aider les tribunaux en cas de silence des lois fédérales et provinciales. Comme nous l'avons mentionné précédemment, des circonstances différentes dans diverses parties du pays peuvent nécessiter des régimes législatifs particuliers. Le législateur doit respecter la valeur de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte* et être disposé à justifier toute limite qu'il y apporte. Mais, sous réserve de cette contrainte générale, il reste libre d'établir ses propres politiques régissant le piquetage secondaire et de remplacer l'équilibre établi en l'espèce par un autre équilibre.

##### 5. *La qualité requise pour solliciter une injonction*

Dans la présente affaire, Pepsi-Cola, l'employeur principal, a sollicité une injonction interdisant le piquetage et les manifestations devant les établissements de tiers indépendants.

Le juge Cameron a conclu, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, que le piquetage

107

2002 SCC 8 (CanLII)

108

109

injunctive relief unless accompanied by the commission of a tort actionable at the instance of the primary company (i.e. Pepsi-Cola). Wakeling J.A., in dissent, concluded that Pepsi-Cola had suffered adequate injury and loss by the secondary picketing and thus would have allowed it to maintain an action for injunctive relief.

110 We would favour Cameron J.A.'s approach for the following reasons.

111 First, this approach is consistent with the wrongful action approach to secondary picketing. Since the wrongful action approach recognizes that secondary picketing is lawful where there is no tortious or criminal conduct, it follows that Pepsi-Cola should only be allowed to initiate injunction proceedings where it has been subjected to a tort or a crime — not where it has merely been the target of peaceful secondary picketing.

112 The contrary view, espoused by Wakeling J.A., is based on accepting secondary picketing as an independent tort against the primary company. The approach we adopt is inconsistent with such a tort. It follows that allowing Pepsi-Cola to maintain an action for injunctive relief on the basis of secondary picketing alone should also be rejected.

113 This does not mean that Pepsi-Cola has no ability to maintain an action for injunctive relief in a secondary picketing situation. It simply means that Pepsi-Cola would have to base its claim on a specific tort. Not all torts limit the cause of action to the person primarily affected by the actions of another. Intimidation serves as a good example. The elements of intimidation include both intimidating the plaintiff and intimidating others, to the injury of the plaintiff. Thus, as Cameron J.A. points out, in the context of labour-management disputes, intimidation would be actionable at the instance of the employer whether the person intimidated be the employer or an employee. Hence, the tort-based approach only limits Pepsi-Cola's cause of action to the extent that it is limited by the tort itself.

ne peut faire l'objet d'une injonction que s'il est assorti d'un délit ouvrant droit à des poursuites par la société principale (c'est-à-dire Pepsi-Cola). Dissident, le juge Wakeling a conclu que le piquetage secondaire avait causé à Pepsi-Cola une perte et un préjudice suffisants pour qu'elle puisse solliciter une injonction.

Nous privilégions l'approche du juge Cameron pour les motifs suivants.

Premièrement, cette approche est compatible avec l'application de l'approche fondée sur l'acte fautif au piquetage secondaire. Puisque cette approche reconnaît que le piquetage secondaire est légal en l'absence de conduite délictuelle ou criminelle, Pepsi-Cola ne devrait pouvoir solliciter une injonction que si elle a été victime d'un délit ou d'un crime, et non parce qu'elle a simplement fait l'objet de piquetage secondaire pacifique.

L'opinion contraire, adoptée par le juge Wakeling, se fonde sur le postulat que le piquetage secondaire est un délit distinct commis contre la société principale. Notre approche est incompatible avec l'existence d'un tel délit. Par conséquent, il ne devrait pas être permis non plus à Pepsi-Cola de solliciter une injonction en raison uniquement du piquetage secondaire.

Cela signifie non pas que Pepsi-Cola n'est pas en mesure de solliciter une injonction dans un cas de piquetage secondaire, mais simplement qu'elle devrait fonder sa demande sur un délit particulier. Ce ne sont pas tous les délits qui limitent la cause d'action à la personne principalement touchée par les actes d'autrui. L'intimidation en représente un bon exemple. Elle peut consister autant à intimider le demandeur qu'à intimider d'autres personnes au détriment du demandeur. Or, comme le juge Cameron le souligne, l'intimidation dans le cadre d'un conflit de travail permettrait des poursuites par l'employeur, peu importe que la personne intimidée soit l'employeur ou un salarié. Ainsi, l'approche fondée sur l'existence d'un délit ne restreint la cause d'action de Pepsi-Cola que dans la mesure où cette cause d'action est limitée par le délit lui-même.

## VI. Application and Conclusion

The relevant portions of the order under appeal are: (1) generally prohibited picketing at any location other than the company's premises; and (2) specifically prohibited picketing at the homes of the company's other employees.

The general prohibition on picketing affected only two or three discrete instances of picketing. These consisted of the peaceful picketing that occurred on the sidewalks adjacent to the Delta Bessborough Hotel and the Mohawk outlet, together with the threatened picketing of the Mac's outlet or outlets.

The Chambers judge enjoined this conduct on the basis that such picketing involved the tort of "conspiracy to injure" the third parties. However, s. 28 of the Saskatchewan *Trade Union Act* expressly abolishes this tort. In effect, such a tort would render secondary picketing *per se* illegal. Therefore, we agree with the majority of the Court of Appeal that this injunction cannot be supported on the basis relied on by the Chambers judge. We also agree with the majority of the Court of Appeal that the conduct of the Union provided no basis for inferring any other tort, much less crime. It was peaceful informational picketing. It was aimed at supporting the strike and harming the business of Pepsi-Cola by discouraging people from trading or buying Pepsi-Cola's products. It did not amount to the tort of intimidation, which has to do with the intentional infliction of loss by unlawful means. Nor did the pickets support the tort of interference with contractual relations. First, Pepsi-Cola did not establish the required contractual basis under which the outlets allegedly acquired its product for resale. Second, the evidence as to picketing was, in the view of the Court of Appeal, "so ambiguous as to have made it impossible to conclude that the picketers . . . induced the breach of any contract or hindered its performance" (p. 242).

With regard to the demonstration outside the homes of Pepsi-Cola's management personnel, we

## VI. Application et conclusion

Les parties pertinentes de l'ordonnance faisant l'objet de l'appel sont les suivantes : (1) interdiction générale de faire du piquetage ailleurs qu'aux établissements de la société, et (2) interdiction particulière de faire du piquetage devant les résidences des autres salariés de la société.

L'interdiction générale du piquetage ne visait que deux ou trois cas distincts de piquetage, soit le piquetage pacifique sur les trottoirs adjacents à l'hôtel Delta Bessborough et au point de vente mohawk, ainsi que la menace de piquetage au(x) point(s) de vente de Mac.

Le juge en chambre a interdit ce piquetage pour le motif qu'il était assorti du délit de « complot en vue de nuire » aux tiers. Toutefois, l'art. 28 de la *Trade Union Act* de la Saskatchewan abolit expressément ce délit. En fait, un tel délit rendrait le piquetage secondaire illégal en soi. Nous sommes donc d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour conclure que la raison invoquée par le juge en chambre ne justifie pas la délivrance de cette injonction. Nous sommes également d'accord avec eux pour reconnaître que la conduite du syndicat ne permet de déduire l'existence d'aucun autre délit et encore moins celle d'un crime. Il s'agissait de piquetage pacifique informatif ayant pour but d'appuyer la grève et de nuire à l'entreprise de Pepsi-Cola en dissuadant de vendre les produits Pepsi-Cola ou de les acheter. Le piquetage ne comportait aucun délit d'intimidation consistant à causer intentionnellement une perte par des moyens illégaux. La forme du piquetage n'établissait pas le délit d'entrave à des relations contractuelles. D'abord, Pepsi-Cola n'a pas rempli la condition requise, à savoir établir l'existence du contrat en vertu duquel les points de vente auraient acquis ses produits pour les revendre. Ensuite, la Cour d'appel a estimé que la preuve relative au piquetage était [TRADUCTION] « si ambiguë qu'il était impossible de conclure que les piqueurs [...] ont incité à la rupture d'un contrat ou entravé son exécution » (p. 242).

Quant aux manifestations devant les résidences de cadres de Pepsi-Cola, nous convenons avec la

114

115

116

117



agree with the Court of Appeal that the injunction was well-founded, since the conduct was tortious. As Cameron J. A. stated, at pp. 243-44:

What occurred at the homes in the present case did not constitute peaceful picketing. Indeed it did not so much constitute picketing as such (though it took the outward form thereof), as it amounted to disorderly conduct accompanied by threats of harm to the resident employees of the company in an effort to have them refrain from doing what they had every right to do, namely come and go as they wished for whatever purpose. Chief among these purposes at the time in question was doing the work assigned to them by the company in consequence of the strike and lockout. That being so, the union can have no complaint over the restraint of this picketing. The actions of the striking employees amounted to intimidation, not of the company but of its other employees, which as noted earlier was actionable at the instance of the company. Their actions also amounted to a private nuisance. However, this would not as such have been actionable at the instance of the company, because it was the use and enjoyment of the property of these persons, not that of the company, that was unreasonably interfered with. In any event, the appeal against paragraph (4) of the order must fail, and nothing more need be said of the matter.

118 We would therefore dismiss the appeal, with costs to the respondents.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Solicitors for the respondents: Kowalchuk Law Office, Regina.*

*Solicitor for the intervener Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Canadian Labour Congress: Baigent & Jackson, Enderby, B.C.*

*Solicitors for the intervener Canadian Civil Liberties Association (CCLA): Borden Elliot Scott & Ayles, Ottawa.*

Cour d'appel que l'injonction était bien fondée étant donné que la conduite était délictuelle. Comme le juge Cameron l'a affirmé, aux p. 243-244 :

[TRADUCTION] Les événements qui se sont produits aux résidences en l'espèce ne constituaient pas du piquetage pacifique. En fait, ils n'équivalaient pas tant à du piquetage comme tel (bien qu'ils en aient pris l'apparence) qu'à une inconduite assortie de menaces de préjudice envers les salariés de la société occupant ces résidences, qui étaient destinées à les empêcher de faire ce qu'ils avaient parfaitement le droit de faire, à savoir circuler à leur guise. À l'époque en question, il s'agissait avant tout pour ces salariés d'accomplir les tâches que la société leur avait confiées à la suite de la grève et du lock-out. Cela étant, le syndicat ne peut pas se plaindre de l'interdiction de ce piquetage. Les actes des grévistes constituaient des manœuvres d'intimidation visant non pas la société mais ses autres salariés, ce qui, comme nous l'avons vu, ouvrait droit à des poursuites par la société. Leurs actes constituaient également une nuisance privée. Toutefois, cette nuisance n'aurait pas pu ouvrir droit à des poursuites par la société, parce que c'est l'usage et la jouissance des biens de ces personnes, et non de ceux de la société, qui étaient entravés de façon déraisonnable. De toute manière, l'appel interjeté contre le quatrième paragraphe de l'ordonnance doit être rejeté, sans qu'il ne soit nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet.

Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimés leurs dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureurs des intimés : Kowalchuk Law Office, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Baigent & Jackson, Enderby (C.-B.).*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles (ACLC) : Borden Elliot Scott & Ayles, Ottawa.*