

**L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE
ET LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES
DANS LE SECTEUR PUBLIC**

L'accommodement raisonnable, où en sommes-nous?

**Me Daniel Proulx
Doyen et professeur
Faculté de droit – Université de Sherbrooke**

Table des matières

1.	INTRODUCTION	5
2.	DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE	6
3.	FONDEMENTS JURIDIQUES DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE	7
	A) Premier fondement juridique : le droit à l'égalité	8
	B) Deuxième fondement juridique : la liberté de religion	11
4.	LIMITES DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE : LA CONTRAINTE EXCESSIVE ET LES DISPOSITIONS LIMITATIVES DES CHARTES	16
	A) Des objectifs légitimes	18
	B) Des moyens rationnels et proportionnés.....	19
	1. Le caractère rationnel de la politique ou de la pratique contestée	19
	2. L'effort d'accommodement ou la recherche d'une solution raisonnable.....	20
	3. La contrainte excessive ou la proportionnalité des moyens.....	22
	a) Le coût d'un accommodement.....	22
	b) L'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise ou de de l'institution.....	23
	c) L'atteinte aux droits d'autrui	24
	*Conflit avec le principe de l'égalité des sexes	25
	*Conflit avec le droit à la sécurité	28
	*Conflit avec le droit de propriété	31
	d) L'atteinte aux valeurs et missions fondamentales de l'institution.....	32
5.	CONCLUSION ET RÉSUMÉ	34
6.	BIBLIOGRAPHIE.....	38

1. INTRODUCTION

Le débat sur la question des accommodements raisonnables est houleux et émotif en ce moment au Québec. Sa médiatisation extrême via les reportages quotidiens de la commission Bouchard-Taylor au cours de l'automne 2007 y est évidemment pour quelque chose.

L'obligation d'accommodement raisonnable, qui fait partie de notre droit depuis plus de vingt ans, constitue un défi majeur pour notre société : celui de l'intégration et de la gestion de la diversité, qu'elle soit religieuse, sexuelle, linguistique ou physique (personnes handicapées), dans le respect des valeurs communes et des droits qui sont reconnus dans nos Chartes.

À cet égard, le secteur public joue un rôle central. Il en est de même du milieu scolaire qui accueille aujourd'hui des jeunes d'origines très diverses pour leur transmettre un enseignement défini par le ministère de l'Éducation. Le *Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire* soulignait avec raison dans le rapport qu'il a présenté à la ministre de l'Éducation le 15 novembre dernier ceci : « Dans le cadre de sa mission, l'école a l'obligation d'instruire et de qualifier l'ensemble des élèves, tout au long du parcours scolaire. Elle doit en outre les socialiser en leur enseignant les normes qui régissent la société, les valeurs fondamentales sur lesquelles s'appuie la collectivité ainsi que le patrimoine qui l'enrichit. Elle est un lieu d'apprentissage de la vie en société et exerce à ce chapitre une fonction essentielle d'éducation à la citoyenneté dans un contexte pluraliste ».

Cependant, le concept d'accommodement raisonnable fait l'objet d'une confusion énorme. Il est vrai qu'il s'agit d'une notion juridique difficile à manier. Loin de remettre en cause nos valeurs, cette notion, malheureusement galvaudée, a pour objet, comme nous le verrons, de les réaffirmer.

Pour y voir plus clair dans le concept d'accommodement raisonnable, je rappellerai d'abord en quoi il consiste et surtout les fondements juridiques qui en justifient l'existence. Puis, je m'attarderai plus longuement aux limites applicables en matière d'accommodement. Tout accommodement, il est bon de le signaler d'entrée de jeu, n'est pas automatiquement recevable et les gestionnaires peuvent avoir d'excellentes raisons de les refuser.

2. DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Comment, d'un point de vue juridique, distinguer la véritable obligation d'accommodement raisonnable de l'arrangement volontaire qui tient de la courtoisie et des rapports de bon voisinage?

Par accommodement raisonnable, on entend *l'obligation juridique* faite à l'État, y inclus les écoles (publiques comme privées), aux entreprises, aux syndicats et aux individus *d'aménager* ou *d'adapter* certaines normes ou certaines pratiques légitimes en elles-mêmes et applicables à tous sans distinction afin de tenir compte des besoins particuliers de certaines catégories de personnes protégées par les Chartes, personnes qui seraient, sans cela, exclues, marginalisées ou autrement pénalisées par l'application de la norme générale.

Un accommodement raisonnable peut prendre les formes les plus variées. En fait, toute mesure permettant l'adaptation, une dérogation ou une exemption à une règle, politique ou pratique existante ou un aménagement de celle-ci en vue de faire disparaître ou d'atténuer les exclusions, inconvénients ou préjudices qu'une règle entraîne pour certaines personnes en raison de leur sexe, de leur handicap, de leur religion ou de leur âge constitue une mesure d'accommodement raisonnable.

À noter que c'est la Charte québécoise, dont l'application est universelle, qui fait en sorte que l'obligation d'accommodement est opposable même à des particuliers et à des institutions privées. En ce qui concerne les organismes publics, ils sont tenus à prendre des mesures d'accommodement, lorsque les circonstances le justifient, tant en vertu de la Charte canadienne (applicable à l'État seulement) que de la Charte québécoise (applicable tant à l'État qu'aux individus).

On notera également que les organisations syndicales sont elles aussi tenues de collaborer avec l'employeur pour trouver un accommodement raisonnable (*Renaud, 1992*). La Cour suprême du Canada a d'ailleurs l'occasion d'appliquer cette réalité au Québec dans l'affaire *Bergevin* en 1994. Il a en effet été décidé qu'une convention collective qui prive les enseignants de confession juive de leur

salaire lorsqu'ils doivent s'absenter pour assister à une fête religieuse avait un effet discriminatoire à leur endroit puisque les enseignants chrétiens, eux, ne subissaient aucune perte de salaire pour célébrer leurs fêtes religieuses compte tenu que le calendrier scolaire, approuvé par la convention collective, est organisé de manière à prévoir de congés payés pour les fêtes chrétiennes.

Toutefois, un accommodement raisonnable ne doit et ne peut être mis en place que dans la mesure où il n'entraîne pas une « contrainte excessive » pour celui à qui il est demandé. Nous reviendrons sur ce concept-clé un peu plus loin. Il importe dans un premier temps, pour bien saisir le concept juridique d'accommodement raisonnable et pour savoir dans quelles circonstances et à quelles conditions il génère un droit pour l'employé ou pour l'élève et, par voie de conséquence, une obligation *juridique* comme telle pour le gestionnaire, c'est-à-dire une mesure incontournable et non une simple mesure facultative de courtoisie, il faut retourner aux fondements de la notion d'accommodement raisonnable.

3. FONDEMENTS JURIDIQUES DE L'OBLIGATION L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

D'entrée de jeu, il faut savoir que l'obligation d'accommodement raisonnable n'est prévue dans aucune disposition spécifique de la Charte québécoise ou de la Charte canadienne des droits et libertés. Il s'agit d'une notion juridique construite entièrement par la jurisprudence (c'est donc dire par les tribunaux) sur la base du droit à l'égalité (ou de la protection contre la discrimination), puis plus récemment sur celle de la liberté de religion. On retrouve une confirmation explicite de l'obligation d'accommodement raisonnable dans certaines lois, dont la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (applicable au Québec pour les entreprises oeuvrant dans des secteurs d'activité régis par le fédéral comme les banques ou les télécommunications) et le *Code ontarien des droits de la personne*.

A) 1^{er} fondement juridique : le droit à l'égalité

De l'égalité formelle à l'égalité réelle

Le droit à l'égalité pose un dilemme fondamental. D'une part, l'égalité (dite formelle) consiste à traiter tout le monde de la même façon et accorder les mêmes droits à tous.

D'autre part et paradoxalement, la stricte égalité de traitement par l'application du même traitement à tous au moyen de normes uniformes et universelles peut produire exactement le contraire de l'effet recherché par l'égalité à l'endroit de certaines catégories de personnes, à savoir de la discrimination par leur exclusion ou leur marginalisation.

Par exemple, un poste de travail configuré de la même façon pour tous les employés aura pour effet d'exclure une candidate au poste de copiste qui ne peut se conformer, à cause de son obésité, à cette configuration des lieux et du mobilier. Il en sera de même pour le jeune en fauteuil roulant qui se voit privé de son droit à l'éducation si les cours qui l'intéressent se situent au 2^e étage d'un immeuble dépourvu d'ascenseur. Dans la mesure où les normes générales en vigueur en matière de code vestimentaire obligent certaines personnes, qu'elles soient employées ou élèves, à choisir entre leurs croyances religieuses et leur emploi, leur commerce ou leur école, de telles normes ont un effet d'exclusion, c'est donc dire un effet discriminatoire même si, formellement, tout le monde est traité de la même façon.

En sorte que, le droit formel à l'égalité (soit le même traitement et les mêmes normes pour tous) a été revu et corrigé par les tribunaux depuis les années 1970 et par la Cour suprême du Canada elle-même depuis 1985 dans l'arrêt *O'Malley* en application du droit à la non-discrimination enchâssé dans le *Code ontarien des droits de la personne*. L'approche revue et corrigée du droit à l'égalité qualifiée de droit à l'égalité « réelle », « effective » ou « véritable » a également été reçue en jurisprudence tant dans le cadre de l'art. 15 de la Charte canadienne (arrêts *Andrews* (1985), *Eldridge* (1997), *Eaton* (1997) et *Law* (1999)) que de la Charte québécoise (arrêt *Bergevin*, 1994).

En quoi consiste ce droit à l'égalité « réelle » qui est désormais garanti par les Chartes tout autant que le droit à l'égalité « formelle »? Cela signifie que pour atteindre une véritable égalité de traitement pour tous, il faut traiter *différemment* les individus ou catégories d'individus protégées contre la discrimination par les chartes lorsque l'application générale des normes communes a pour effet de les exclure, de les marginaliser ou de les pénaliser en les privant de leurs droits, de services ou d'avantages normaux prévus par la loi, une convention collective ou quelque autre règle ou pratique en vigueur.

Comme le soulignait le juge McIntyre pour la Cour suprême dans l'arrêt *O'Malley* (1985) : « ...une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit [en l'espèce le droit à l'égalité et à la non-discrimination]... doit être... l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger ». (p. 554-555)

Et la Cour de conclure que l'employeur était dès lors *tenu juridiquement* de prendre « des mesures d'accommodement raisonnable » consistant, en l'espèce, à modifier l'horaire de travail de l'employée, Mme O'Malley, dont la religion entraînait en conflit avec l'obligation de travailler le samedi.

Conditions d'application de l'obligation d'accommodement raisonnable fondée sur l'égalité réelle

Il n'y a, sur le premier fondement de l'accommodement raisonnable qui est celui du droit à l'égalité réelle, obligation juridique de prévoir un traitement différent et adapté aux besoins de certains individus, traitement non prévu par les normes et politiques générales en vigueur, que si deux conditions sont remplies :

a) ces normes, politiques et pratiques communes produisent un effet préjudiciable (exclusion, marginalisation, privation de droits, de services ou d'avantages)

et

b) cet effet négatif porte sur certains individus protégés contre la discrimination en raison d'une caractéristique personnelle identifiable visée par l'art. 10 de la

Charte québécoise ou par l'art. 15 de la Charte canadienne, à savoir un motif illicite de discrimination tel que :

- le sexe
- le handicap
- les croyances religieuses
- l'âge
- la langue

Nos chartes protègent d'autres catégories de personnes contre la discrimination en interdisant les pratiques ou politiques ayant un effet d'exclusion sur la base de la race, de l'origine ethnique ou de l'orientation sexuelle par exemple. Cependant, même si cela n'est pas impossible, on ne retrouve pas de trace d'accommodement raisonnable en jurisprudence à l'égard de ces catégories de personnes en raison du fait que ces caractéristiques personnelles ne correspondent pas à des besoins différents.

En clair, les deux conditions d'application de base requises pour qu'il en résulte une obligation juridique d'accommodement raisonnable font en sorte que l'application d'une loi, d'une pratique ou d'une politique commune ne donne pas toujours ouverture à un droit à un accommodement. Ainsi, par exemple, il est certain qu'un règlement municipal qui interdit de stationner en double dans les rues de la ville ne constitue en aucune façon une privation de droits et que les policiers n'ont pas à faire preuve de tolérance à l'endroit d'une communauté (religieuse, ethnique ou linguistique) qui aurait adopté ce genre de pratique illégale.

L'accommodement raisonnable ne confère jamais à un individu ou à un groupe plus de droits que les autres, comme cela est souvent perçu à tort. Cette notion juridique vise plutôt à faire en sorte que tout le monde, que ce soit dans une école, une entreprise ou organisme public, bénéficie *effectivement* des mêmes droits et avantages, ni plus ni moins. Elle impose alors aux personnes en autorité, y inclus les syndicats qui ont contribué à façonner les normes d'emploi en les négociant dans la convention collective, l'obligation de supprimer les obstacles qui ont un effet d'exclusion et qui font en sorte que certaines personnes, en raison de leur sexe, de leur handicap ou de leur religion par exemple, ne peuvent véritablement jouir des mêmes droits que les autres.

En résumé, l'accommodement raisonnable est désormais considéré par les tribunaux comme une obligation juridique et constitutionnelle *inhérente* au droit à l'égalité considéré dans son volet « réel » ou « effectif ». L'objectif de l'égalité réelle est l'intégration à la société par l'élimination des pratiques ayant un effet discriminatoire direct ou indirect. Par conséquent, lorsqu'un individu est pénalisé ou exclu d'un service public par une pratique ou une norme commune en raison de son sexe, de son handicap ou de sa religion, il revient à l'État, à l'employeur ou à tout autre organisme responsable de la politique de faire tout en leur possible pour minimiser, voire éliminer, l'effet préjudiciable en question et, à défaut, ils sont tenus de démontrer que cela n'est pas possible (il s'agit de la défense de « contrainte excessive » que nous verrons plus loin).

B) 2^e fondement juridique de l'accommodement raisonnable : la liberté de religion

Portée de la liberté de religion

La liberté de religion inclut, selon la jurisprudence (arrêts *Big M Drug Mart* (1985); *Edwards Books* (1986); *Anselem* (2004); *Multani* (2006)), non seulement le droit d'avoir des croyances religieuses sincères, mais également le droit de les manifester par des pratiques et par le port de symboles religieux.

Cela comprend aussi le droit de porter en public des vêtements distinctifs (Comité des droits de l'homme des N-U, Observation du 20 juillet 1993 et art. 18 *Déclaration universelle*) et le droit d'observer une fête religieuse (*Bergevin*, 1994) ou un jour de repos religieux (*Autobus Legault*, CA (1998); *Smart c. Eaton*, TDP (1994); *O'Malley* (1985)).

Le but ultime de la liberté de religion est d'empêcher que la majorité ne persécute les minorités religieuses ou ne les prive de leurs droits parce que les croyances et pratiques de ces dernières ne correspondent pas à celles de la majorité. Il s'agit également de reconnaître que la religion est une affaire qui ne relève pas de l'État, mais de la conscience individuelle. La liberté de religion comporte en effet deux volets : le premier garantit donc un droit individuel jugé fondamental historiquement pour la dignité et le développement de la personne humaine, tandis que le second volet implique une obligation de neutralité religieuse de la

part des institutions publiques, obligation dite de laïcité en France bien que ce terme ne soit pas consacré en droit canadien.

Le principe de neutralité religieuse interdit à l'État et à ses institutions de privilégier une religion par rapport à une autre. Il empêche du même souffle les pouvoirs publics de défavoriser une croyance religieuse par rapport à une autre. C'est ainsi que les tribunaux canadiens ont, par exemple, interdit les prières au début d'un conseil municipal (*Freitag*, CA Ont., 1999). Ils ont fait de même à l'égard de l'enseignement religieux confessionnel et les prières à l'école publique même si les élèves avaient droit d'être dispensés de ces activités religieuses (arrêts *Canadian Civil Liberties*, C.A. Ont., 1990; *Russow*, C.S. C.-B., 1990; *Manitoba Assoc. For Rights and Liberties*, B.R. Man., 1992). On a jugé en effet que, d'une part, l'enseignement et les prières d'une religion donnée violaient la neutralité de l'école puisqu'elle favorisait une religion en particulier et que, d'autre part, la dispense prévue ne respectait pas pleinement la liberté de religion des élèves de croyances autres puisque l'enseignement religieux prévu pour la majorité exerçait une pression inacceptable à la conformité religieuse sur les élèves minoritaires.

C'est ce qui explique pourquoi les structures scolaires ont été déconfessionnalisées au Québec en 1997 par une modification constitutionnelle et que la *Loi sur l'instruction publique*, qui permettait aux écoles de se doter d'un projet confessionnel, ne peut plus le faire puisque cela viole le principe de neutralité qui fait partie des valeurs protégées par la liberté de religion garantie par nos chartes des droits.

Conditions d'application de l'accommodement raisonnable fondé sur la liberté de religion

La Cour suprême rappelle, dans les récents arrêts *Anselem* (2004) et *Multani* (2006), que la liberté de religion repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu et, qu'en ce sens, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'une croyance repose sur un précepte religieux officiel reconnu par une religion bien établie.

L'approche est donc **personnelle et subjective**, et non objective, et les tribunaux n'ont pas à s'ériger en censeurs de ce qu'est une bonne ou une mauvaise

croissance religieuse, c'est-à-dire à porter un jugement de valeur sur la validité d'une croyance religieuse. Il va sans dire que les nouveaux enseignements en éthique et culture religieuse prévus au primaire et au secondaire devront se conformer à cette approche également.

Il suffit donc que l'employé ou l'élève démontre que le geste qu'il souhaite accomplir revêt *pour lui* un caractère religieux ou spirituel. Ainsi, par exemple, bien que pour beaucoup de musulmans le port du foulard islamique est une simple coutume culturelle, dès lors qu'une femme croit *sincèrement* que le port du hidjab constitue *pour elle* un précepte religieux, cela fait partie de sa liberté de religion garantie constitutionnellement par les Chartes.

Le critère applicable en la matière est donc celui de la sincérité de la croyance. En milieu scolaire, il s'agit de celle de l'élève comme de celle des parents puisque la liberté de religion inclut le droit pour ces derniers d'éduquer leurs enfants selon leurs propres croyances religieuses (*Children's Aid Society*, (1995); *Multani*, (2006)). Cela pose alors la question de savoir à partir de quel âge un enfant a le droit de s'affirmer individuellement et de s'opposer à la pression de ses parents en matière de religion. Si cela semble aller de soi au secondaire, la question est moins claire au niveau primaire.

La sincérité, précise la Cour suprême dans *Anselem* (2004) et *Multani* (2006), s'entend d'une croyance « honnête », qui n'est « ni fictive, ni arbitraire » et qui « ne constitue pas un artifice » ou un prétexte pour se soustraire à ses obligations (*Anselem*, par. 51-52).

À cet égard, une preuve d'expert n'est absolument pas requise (les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel fondés sur le témoignage d'un rabbin ont été jugés erronés à cet égard) et la sincérité de la croyance est affaire de crédibilité, c'est-à-dire une pure question de faits et, sur ce point, les tribunaux sont pleinement habilités à statuer tout comme les gestionnaires qui ont à prendre une décision en première ligne.

Or, comme disait la Cour suprême dans l'arrêt *O'Malley* (1985), « ...une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être... l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger ». Il s'ensuit que la conséquence de la reconnaissance de la liberté de religion *oblige juridiquement*, tout comme le droit à l'égalité, l'État et ses

institutions comme les entreprises et les individus en position de pouvoir, à prendre des mesures distinctes d'accommodement raisonnable lorsque, sans cela, le droit au libre exercice de la liberté de religion, incluant le droit de manifester celle-ci au moyen de signes religieux, de vêtements distinctifs ou de pratiques religieuses sincères, est compromis par une règle, politique ou pratique commune.

À noter que, sur un strict plan juridique, les tribunaux n'aborderont pas la question des aménagements requis, pour éviter une atteinte au droit à la liberté de *religion*, sous l'angle de la notion d'accommodement raisonnable. Ils le feront plutôt sous l'angle du principe, reconnu à l'article premier de la Charte canadienne et à l'art. 9.1 de la Charte québécoise, que les droits et libertés fondamentaux ne sont pas absolus et qu'ils peuvent parfois être restreints de manière raisonnable dans une société démocratique. En vertu de ce principe, il revient à celui qui porte atteinte à l'exercice de la liberté de religion d'un autre de démontrer que cela est justifié dans les circonstances a) par des objectifs légitimes et b) par des moyens qui sont proportionnés auxdits objectifs. Or, on a statué que les moyens (en l'occurrence le refus de tel vêtement ou de tel congé pour célébrer une fête religieuse) ne peuvent pas être jugés proportionnés lorsqu'il existe une façon d'atteindre les objectifs légitimes poursuivis par une politique donnée tout en portant moins atteinte à la liberté de religion au moyen d'un aménagement qui permet de concilier la règle ou la politique générale applicable à tous et les droits des individus pénalisés en raison de leurs croyances religieuses.

C'est ainsi que, dans l'affaire *Multani* (2006), l'interdiction absolue décrétée par la Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys de porter une arme à l'école a, dans un premier temps, été jugée par la Cour suprême comme compromettant l'obligation religieuse sincère d'un élève de porter le poignard symbolique que les Sikhs appellent le kirpan et, partant, comme étant une atteinte au libre exercice de sa religion. Dans un deuxième temps, la Cour a examiné les motifs invoqués par la commission scolaire pour justifier sa politique, lesquels reposaient surtout sur l'objectif d'assurer la sécurité des élèves et du personnel dans l'école. Or, puisque la solution convenue entre l'école et les parents de l'élève, laquelle fut du reste entérinée par un juge de la Cour supérieure, éliminait le problème de sécurité dans la mesure où, d'une part, enfermer le couteau dans un étui le rendait inoffensif et où, d'autre part, il n'y avait pas d'historique de violence dans l'école de cet élève, on a jugé que l'interdiction

absolue et générale dans toutes les écoles de la commission scolaire de porter une arme à l'école constituait une mesure injustifiée parce que disproportionnée dans certaines circonstances.

Cas non visés par l'accommodement en matière religieuse

Il découle du second fondement de l'accommodement raisonnable que, pour qu'une telle obligation soit enclenchée juridiquement, il doit d'abord y avoir atteinte à l'exercice de la liberté de religion. Dans la mesure où les normes ou pratiques existantes ne compromettent en rien la liberté de croyance ou de religion du demandeur, *aucun* droit à un accommodement raisonnable ne peut en résulter sur le plan juridique.

C'est ainsi que la demande faite par les autorités d'une école privée juive de givrer les vitres d'un centre sportif situé en face de l'école ne pouvait, sur le plan juridique, reposer sur aucun droit comme tel à un accommodement puisque le centre sportif ne portait atteinte en rien à la liberté de religion de quiconque. Choquer la pudeur de certains individus est une chose, porter atteinte à sa liberté fondamentale de religion en est une autre. On fait donc fausse route quand on invoque cet incident du YMCA pour dénigrer la notion juridique d'accommodement raisonnable. Ce n'est que par mesure de courtoisie que la direction du centre sportif a décidé de donner suite à la demande de la direction de l'école située tout près avec les conséquences que l'on sait...

De même, en milieu scolaire, le refus de certains parents de reconnaître l'autorité de la direction d'école parce qu'elle est féminine ou encore les demandes formulées par des parents d'élèves de transférer leur enfant dans un autre groupe parce qu'ils préfèrent un enseignant de sexe masculin pour leur enfant ne donnent lieu à aucune obligation d'accommodement et doivent être rejetées. En effet, le sexe d'un directeur d'école ou d'un enseignant n'a rien à voir avec l'exercice de la liberté de religion d'un élève.

Par ailleurs, comme nous le verrons plus loin, de telles demandes entrent de toute façon en conflit avec un autre droit fondamental reconnu par les chartes : le droit à l'égalité des sexes. Or, comme les tribunaux ont eu l'occasion de le répéter à maintes reprises, aucun droit fondamental ne saurait être interprété de manière à en supprimer un autre. La liberté de religion ne l'emporte donc pas, en soi, sur

le droit à l'égalité entre les sexes. C'est pourquoi, un accommodement qui passerait par une violation du droit à l'égalité d'autrui doit de toute façon être rejeté comme étant déraisonnable.

* * * * *

En résumé, il n'y a obligation juridique d'accommodement raisonnable que si une règle ou une politique, qu'elle prenne la forme d'une loi, d'un règlement, d'une directive, d'un programme ou d'une pratique, 1° a des effets discriminatoires à l'endroit d'un individu ou un groupe d'individus protégé par les chartes contre la discrimination (notamment les femmes, les handicapés et les minorités religieuses) en les excluant ou en les privant de droits, services ou avantages conférés aux autres ou 2° porte atteinte au libre exercice de la religion d'un individu, celle-ci devant être analysée du point de vue de la croyance sincère et personnelle de l'individu.

Toute autre demande « d'accommodement » ne relève pas du droit mais du libre jugement des protagonistes (lequel fait parfois défaut, il faut bien le dire). Il s'agit alors d'arrangements volontaires mais non d'accommodements raisonnables au sens juridique du terme.

4. LIMITES À L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE : LA CONTRAINTE EXCESSIVE ET LES DISPOSITIONS LIMITATIVES DES CHARTES

Aucun droit ou liberté n'étant absolu, il va sans dire que l'obligation d'accommodement raisonnable ne consiste pas toujours et inconditionnellement à se plier à tous les particularismes, que ce soit en matière religieuse ou pour toute autre situation liée au sexe ou au handicap.

La Charte québécoise rappelle dans son préambule que les droits et libertés sont inséparables les uns des autres et qu'ils sont également inséparables du bien-être général. Elle précise par ailleurs à son article 9.1 que les droits et libertés fondamentaux doivent s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens québécois et que la loi peut, à cet égard, en fixer la portée ou en aménager l'exercice.

En matière d'emploi, la Charte québécoise prévoit en outre qu'une exclusion fondée sur la religion, le sexe ou le handicap peut être réputée non discriminatoire si elle est valablement justifiée par les exigences de l'emploi. C'est ce qu'on appelle la défense de l'exigence professionnelle justifiée (ou l'EPJ).

Quant à la Charte canadienne, elle indique d'entrée de jeu à son article premier que les droits et libertés, ce qui inclut bien sûr le droit à l'égalité et la liberté de religion, peuvent être restreints dans des limites qui sont raisonnables dans une société libre et démocratique.

Comme le rappelait du reste le juge McIntyre dans la toute première décision de la Cour suprême en matière d'accommodement raisonnable fondée sur le droit à l'égalité réelle en 1985 :

« Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres » (*O'Malley*, p. 554-555).

L'année suivante, la Cour fit essentiellement la même observation, concernant la liberté de religion, dans l'arrêt *Big M Drug Mart* (1985), lequel fut repris avec approbation dans les arrêts *Anselem* (2004) et *Multani* (2006) dans les termes suivants :

« Notre Cour a clairement reconnu que la portée de la liberté de religion pouvait être restreinte lorsque la liberté d'une personne d'agir suivant ses croyances est susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ses droits » (*Multani*, par. 26)

« [...] à l'instar de tous les autres droits, la liberté de religion [...] peut être subordonnée au respect de préoccupations sociales supérieures... » (*Multani*, par. 63)

Fardeau de preuve et éléments à démontrer

Lorsqu'il y a refus d'accommodement, le fardeau de preuve repose sur l'État, l'employeur, le fournisseur de service *dans la mesure où la politique contestée a un effet d'exclusion discriminatoire ou cause un préjudice sérieux relativement à des croyances religieuses sincères.*

Les éléments dont il faut tenir compte, en tant qu'employeurs ou gestionnaires, ont été développés d'abord dans le cadre de la défense d'EPJ en matière d'emploi (Meiorin, 1999) et transposés en jurisprudence aux autres situations. On retrouve ces éléments, par analogie, dans la notion de proportionnalité de l'article premier de la Charte canadienne (Eldridge, 1997 et Multani, 2006). En combinant les deux cadres d'analyse, la convergence entre ces deux moyens de défense ayant été signalée dans l'arrêt *Multani* (2006), on en arrive à une grille d'analyse en deux parties, soit 1) la validité des objectifs poursuivis par le refus d'accommodement et 2) la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre lesdits objectifs.

A) Des objectifs légitimes

Dans un premier temps, toute politique mise de l'avant doit, pour résister à une demande d'accommodement, être fondée sur un objectif légitime et important.

Pour une entreprise comme pour une institution publique, il peut s'agir d'en assurer le fonctionnement efficace et au moindre coût ou de garantir la santé et la sécurité du personnel. On peut également vouloir préserver les droits d'autrui fondés sur les chartes (ex. : égalité des sexes), sur la loi ou sur la convention collective.

En milieu scolaire, il est clair que les missions assignées par la loi à l'école publique (transmission des connaissances, socialisation, éducation à la citoyenneté, qualification de l'élève) constituent des objectifs importants et pertinents qui contribueront à justifier la limitation du droit à un accommodement fondée sur la liberté de religion ou le droit à l'égalité réelle. La préservation de la neutralité religieuse de l'école publique peut aussi être rangée dans la catégorie des préoccupations sociales légitimes et importantes puisque cet objectif découle tant des lois scolaires que de la liberté constitutionnelle de religion elle-même.

Du reste, dans l'affaire du kirpan, la Cour suprême s'est appuyée sur une des missions de l'école publique, à savoir éduquer les élèves à la tolérance, pour établir la portée de l'obligation d'accommodement. Il ressort clairement de cette affaire toutefois qu'il ne suffit pas pour une direction d'école, de commission scolaire ou d'institution publique, d'invoquer des préoccupations sociales importantes pour pouvoir limiter légalement le droit à l'accommodement fondé sur la liberté de religion ou le droit à l'égalité. Il faut encore démontrer que le refus d'accommodement est nécessaire pour atteindre ou préserver ces objectifs sociaux ou encore que le moyen alternatif proposé, en réponse à l'accommodement demandé, constitue un moyen proportionné à l'atteinte des objectifs sociaux en question. De fait, dans l'affaire *Multani* (2006), la commission scolaire a perdu sa cause non pas parce que l'objectif d'assurer la sécurité de tous n'a pas été retenu, mais parce que le refus net de considérer une mesure d'accommodement qui sauvegarde cet objectif ne pouvait pas constituer une décision proportionnée aux circonstances.

B) Des moyens rationnels et proportionnés

Afin de conclure qu'un accommodement peut être refusé parce qu'il constitue une « contrainte excessive » ou une mesure disproportionnée, il importe de s'assurer, au titre des moyens, que ce refus repose sur une politique rationnelle et qu'il est justifié par des considérations pertinentes.

1. Le caractère rationnel de la politique ou de la pratique contestée

La question à se poser ici est la suivante : la norme ou politique contestée est-elle liée au bon fonctionnement de l'institution ou à un autre intérêt supérieur ou, au contraire, repose-t-elle sur des préjugés?

C'est ainsi que dans l'arrêt *Action Travail des femmes* (1987), la Cour suprême a jugé que la politique du CN qui exigeait de tous ses employés à l'entretien des wagons qu'ils soient capables de soulever des poids de 80 kg était, d'une part, discriminatoire à l'égard des femmes et, d'autre part, irrationnelle puisqu'elle n'était liée à aucune exigence réelle de ces emplois ni à aucun objectif clair de la part du CN. La preuve a en effet démontré que non seulement aucun employé n'avait à soulever de poids de 80 kg et que si un tel cas se présentait, une

directive recommandait aux employés de se mettre par deux pour éviter les accidents de travail!

Que penser, par exemple, d'une politique interdisant tout signe distinctif religieux dans une école? S'agit-il d'une politique rationnelle? Peut-on prétendre que cette politique est raisonnablement liée au bon fonctionnement de l'enseignement? Il est difficile de répondre affirmativement à cette question tant il est certain qu'un crucifix, une kippa, un hidjab ou un turban, qu'il soit porté par un élève ou un enseignant, n'empêche par les professeurs de transmettre le savoir ni d'accomplir leurs autres missions. Dans la mesure où cette politique est liée à l'impératif de préserver la neutralité religieuse de l'école, peut-elle être jugée rationnelle? Il faut répondre encore une fois par la négative ici. D'une part, c'est l'institution qui doit faire preuve de neutralité religieuse, non ceux qui la fréquentent. Il est clair que les élèves ne représentent pas l'institution et qu'ils jouissent en droit de la liberté de se vêtir selon les préceptes de leur religion. Quant aux enseignants, on peut toujours prétendre, comme on le fait en France, qu'ils représentent l'institution, cependant telle n'est pas la voie suivie par les tribunaux canadiens. Chez nous, si l'école publique est neutre sur le plan religieux, ce concept ne s'applique pas aux enseignants individuellement qui ont droit, comme les élèves, d'afficher leurs croyances religieuses personnelles. La neutralité religieuse admise en jurisprudence canadienne et québécoise est qualifiée de neutralité « ouverte » permettant à toutes les religions de s'exprimer sans en favoriser aucune, par opposition à une neutralité ou laïcité « stricte » qui n'admet l'expression d'aucune particularité religieuse. (Cf. Woehrling, 1998 et 2007).

Par contre, interdire aux élèves de porter des armes à l'école constitue une exigence manifestement liée au bon fonctionnement des activités pédagogiques et qui repose sur un objectif rationnel de sécurité publique. Si cette interdiction a été jugée contraire aux chartes dans l'affaire *Multani*, c'est, comme nous l'avons vu, en raison de son caractère disproportionné ou excessif dans les circonstances.

2. L'effort d'accommodement ou la recherche d'une solution raisonnable

Si la règle ou pratique appliquée est rationnelle, mais qu'elle a néanmoins un effet d'exclusion sur un individu en fonction de son sexe, son handicap ou sa religion, l'État doit démontrer qu'il a fait tous les efforts possibles pour faciliter l'accommodement. En l'absence d'une recherche active et de bonne foi pour

trouver une solution raisonnable permettant d'éviter l'effet discriminatoire ou la contrainte religieuse, on jugera que la règle de conduite ou la pratique en question, bien que rationnelle, porte indûment atteinte aux droits de l'individu pénalisé.

L'accommodement raisonnable est bien sûr une obligation de moyens. Cependant, cette obligation ne sera remplie que si l'État a démontré qu'il a exploré toutes les possibilités raisonnables et faisables avant de déclarer qu'il ne pouvait pas accommoder une personne.

Cet effort d'accommodement est par ailleurs mutuel, ce qui signifie que le demandeur doit coopérer sans s'attendre à une solution nécessairement parfaite :

« L'employeur doit [...] prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi »
(O'Malley, 1985, p. 555)

Par conséquent, l'accommodement raisonnable repose sur la négociation raisonnée et de bonne foi d'une mesure qui puisse satisfaire minimalement toutes les parties. C'est ainsi que, dans l'affaire *Multani*, les parents ont dû accepter que le kirpan de leur enfant soit enfermé d'une manière telle que le poignard soit rendu inaccessible et inoffensif. Sans cette ouverture d'esprit de la part des parents demandeurs, les autorités scolaires auraient été pleinement justifiées de refuser tout accommodement au nom de l'impératif prioritaire de garantir la sécurité dans leur établissement.

Le rapport du *Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire* du MÉLS fait état également d'un cas illustrant le caractère mutuel des compromis requis en matière d'accommodement. Des parents refusaient que leur enfant soit inscrit au cours de natation pour des raisons de pudeur. On peut évidemment s'interroger sur la validité de leur demande d'exemption en droit puisque l'imposition d'un cours de natation, même suivi en maillot de bain, ne saurait porter atteinte à la liberté de religion ni être discriminatoire. Néanmoins, un accommodement a pu être négocié avec succès parce que la direction de

l'école a réussi à proposer un maillot de bain qui convenait aux critères des parents en matière de pudeur.

3. La contrainte excessive ou la proportionnalité des moyens

Aucune institution n'est tenue en droit de prévoir un accommodement « déraisonnable », c'est-à-dire un accommodement qui constituerait pour elle une contrainte excessive ou un fardeau disproportionné. Trois facteurs de contrainte excessive (ou de proportionnalité) ont été développés en jurisprudence.

a) Le coût d'un accommodement

Pour déterminer si une demande d'accommodement peut être jugée excessive du point des coûts financiers qu'elle est susceptible de générer, les tribunaux tiendront compte de la taille de l'entreprise ou de l'institution, de sa santé financière, du nombre d'accommodements demandés, etc.

Toutefois, la Cour suprême a été claire dans les arrêts *Renaud* (1992) et *Bergevin* (1994) : la preuve que la mise en place d'un accommodement entraîne des coûts pour l'employeur ou pour l'institution ne constitue pas, en soi, une contrainte excessive. L'argument ne peut donc pas être que l'accommodement souhaité entraîne des coûts, mais bien, et c'est fort différent, que ces derniers s'avèrent excessifs ou disproportionnés.

Dans le secteur privé, on tiendra compte des revenus ou du chiffre d'affaires de l'entreprise. Il est clair qu'une PME ayant un chiffre d'affaires de 1M \$ par année ne saurait être tenue de construire un ascenseur qui lui coûterait 250K \$ pour permettre à un employé ou à un client handicapé d'avoir accès à ses bureaux.

Pour ce qui est des institutions publiques, l'argument du coût financier requis pour pouvoir offrir un accommodement est rarement reçu. Les tribunaux estiment en effet que l'État doit trouver les moyens d'encourir ces coûts quoi qu'il arrive puisque, s'il y a demande légitime d'accommodement raisonnable, c'est qu'une politique ou une règle publique a un effet d'exclusion discriminatoire ou porte atteinte au libre exercice de la religion. C'est pourquoi, dans l'affaire *Bergevin* (1994), la Cour suprême n'a aucunement hésité à imposer à la commission scolaire le paiement intégral du salaire des enseignants juifs

pendant les journées de congé requises pour qu'ils puissent respecter leur fête religieuse, même si cela obligerait les autorités scolaires à prévoir des sommes additionnelles pour embaucher des remplaçants.

L'éventualité de coûts imprévisibles pour l'État a été rejetée, en l'absence de preuves tangibles (et impossibles à présenter en pratique), dans l'affaire *Eldridge* (1997) où les politiques de Colombie-Britannique en matière d'assurance-santé et d'assurance-hospitalisation ont dû faire l'objet de mesures d'accommodement afin d'éviter d'être discriminatoires à l'endroit des résidants sourds et malentendants de la province. Les tribunaux ont en effet forcé le gouvernement à fournir gratuitement des services d'interprétation gestuelle à cette catégorie de personnes handicapées afin qu'elles puissent bénéficier de manière efficiente, comme tous les autres assurés, de service médicaux gratuits dans la province.

b) L'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution

Pour valoir, cet argument doit reposer sur la démonstration que l'accommodement demandé causerait plus que des inconvénients administratifs : « Une gestion plus complexe n'est pas nécessairement une contrainte excessive. » (*Zurich Insurance*, 1992).

Il en est ainsi, ne l'oublions pas, parce que le refus d'accommodement constitue *a priori* une violation d'un droit fondamental, soit du droit à l'égalité réelle, soit de la liberté de religion, si tant est que la politique appliquée, neutre en soi, a un effet discriminatoire ou préjudiciable pour des personnes entretenant des croyances religieuses sincères.

En sorte que pour que des inconvénients administratifs soient considérés suffisants pour justifier un refus d'accommodement, il faudrait démontrer que ces inconvénients rendent l'établissement scolaire ingérable ou dysfonctionnel, ce qui est très difficile à établir devant un tribunal qui ne vit pas les difficultés quotidiennes des gestionnaires publics.

On pense ici aux parents qui demandent des exemptions de certains cours pour motifs religieux. C'est une chose de placer deux ou trois élèves en bibliothèque pendant une activité pédagogique, c'en est une autre d'en placer des dizaines, surtout s'ils sont de niveau différent. En effet, si une demande d'accommodement peut ne pas constituer une contrainte administrative

excessive en soi, la quantité ou l'accumulation des demandes d'accommodement présentées pourrait produire un tel résultat. Il revient toujours à l'institution de démontrer que les inconvénients causés sont insurmontables pour l'administration.

Par ailleurs, il est clair qu'en matière d'emploi, l'employeur est justifié de ne pas prévoir d'accommodement pour un employé incapable de fournir une prestation normale de travail en raison de son handicap. Comme la Cour suprême l'a récemment confirmé dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill* (2007), si l'exclusion fondée sur le handicap est *a priori* discriminatoire, l'employeur a le droit d'avoir à son emploi des employés capables de fournir une prestation de travail, à défaut de quoi son entreprise ne pourrait plus fonctionner.

Cette décision reconnaît du même souffle que des demandes d'absence occasionnelles doivent être autorisées sur la base de l'obligation d'accommodement dans la mesure où, d'une part, elles sont liées au handicap, à la grossesse ou à la religion d'un employé et, d'autre part, elles sont conciliables avec les besoins du service. En milieu scolaire, il suffit en effet de vérifier si un tel accommodement n'entrave pas indûment, sur un plan concret et pratique, le fonctionnement quotidien de l'école. Dans l'affaire *Bergevin* (1994), la Cour suprême n'a remarqué aucune difficulté à cet égard dans le contexte d'une organisation de l'ampleur d'une commission scolaire. Un congé payé de quelques jours par année demandé avait été demandé par des enseignants pour motifs religieux.

c) L'atteinte aux droits d'autrui

Ajouté en 1992 dans l'arrêt *Renaud* et rappelé dans *Multani* en 2006, l'atteinte aux droits d'autrui est devenue le facteur de contrainte excessive le plus invoqué au cours des dernières années.

Le principe est le suivant : une institution ou un employeur pourra à bon droit refuser un accommodement s'il peut démontrer que cela « entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits des autres employés ou aux droits d'autrui ». (*Renaud*, 1992, p. 984-985, 991-992).

- **Conflit avec le principe de l'égalité des sexes**

De nombreuses religions contiennent des préceptes touchant la vie familiale, les successions, le statut des personnes ou le code vestimentaire qui sont incompatibles avec l'égalité entre hommes et femmes garantie par nos chartes.

Selon le professeur Woehrling (1998), la contrainte excessive dépendra de divers facteurs contextuels dont les suivants :

- le fait que la pratique repose réellement sur un précepte religieux (générant un droit à l'accommodement raisonnable) par opposition à un atavisme culturel (qui ne confère aucun droit à l'accommodement);
- la gravité de la violation au droit à l'égalité ou à d'autres droits;
- le consentement éclairé des personnes en cause (s'il n'est pas contraire à l'ordre public);
- l'effet de l'accommodement réclamé sur la société dans son ensemble et sur l'administration de la justice.

Quelques exemples suffiront à illustrer l'utilité et la pertinence de ces facteurs d'analyse.

La mutilation des femmes

Le refus d'admettre une telle pratique est justifié parce que :

- il s'agit d'un atavisme culturel et non d'une croyance religieuse (donc pas d'ouverture à un accommodement en droit);
- cette pratique porte gravement atteinte au droit à l'égalité et à la sécurité des femmes;
- le consentement de la femme à être mutilée serait contraire à l'ordre public;
- une telle pratique a un effet négatif majeur sur les valeurs d'intégrité et d'égalité pour la société.

Le port du voile islamique (hidjab)

Le refus de permettre une telle pratique serait difficilement justifiable :

- s'il s'agit d'une croyance religieuse sincère;
- compte tenu que la violation à l'égalité est mineure;
- parce que le consentement libre et éclairé est possible pour une telle pratique;
- parce qu'une telle pratique a un effet négatif mineur sur la société québécoise et qu'elle est même possiblement bénéfique pour favoriser l'intégration.

Le refus d'accommodement à l'égard du voile serait justifiable :

- s'il ne s'agit pas, pour une femme donnée, d'une croyance religieuse sincère mais d'une volonté de se soumettre aux volontés de son mari;
- la violation à son droit à l'égalité serait alors réelle et importante;
- son consentement ne pourrait pas être considéré comme étant libre et éclairé dans la mesure où il serait porté sous la pression de tiers (famille, conjoint, communauté), raison pour laquelle il est interdit dans les universités et les écoles en Turquie, pays où plus de 90 % des habitants sont musulmans;
- parce qu'une telle pratique a un effet négatif non négligeable pour la société en entretenant la soumission des femmes aux hommes au lieu de permettre leur intégration à la société québécoise et à ses valeurs.

Le port de la burka, du tchador ou du niqab

Par contre, que penser du port de la burka, ce vêtement cachant entièrement l'identité d'une femme en ne montrant que ses yeux, et allant même jusqu'à lui cacher les yeux?

Une telle tenue pourrait être valablement interdite à l'école parce que :

- elle entre en collision totale avec le principe d'égalité des sexes par l'effacement total de l'identité de la femme;
- cette pratique a un effet négatif sur l'éducation des élèves aux valeurs d'égalité et constitue un facteur d'isolement nuisant à l'intégration.

Piscines municipales – heures séparées selon le sexe

Une telle demande générale d’accommodement est irrecevable en droit parce que :

- elle ne repose pas sur une croyance religieuse sincère mais sur une perception culturelle de la notion de pudeur;
- il s’agit d’une violation grave et inacceptable au droit à l’égalité par la ségrégation forcée des sexes pour une activité relevant du domaine public;
- cela a un impact négatif certain sur la société et les valeurs d’égalité, de dignité et d’intégration qu’elle promeut.

Interpelé à ce sujet en 1993, le Conseil des communautés culturelles avait du reste indiqué dans un avis présenté au ministre des Communautés culturelles et de l’Immigration que la séparation des hommes et des femmes pendant tout l’été constituait une « contrainte excessive » pour les motifs indiqués ci-dessus. En revanche, il avait émis l’opinion qu’une séparation des sexes limitée à une période de 3 heures par semaine pouvait constituer une mesure raisonnable compte tenu que, dans ce contexte, l’effet discriminatoire pour les non-musulmans était mineur ou bénin alors que l’effet pouvait être bénéfique pour l’intégration progressive des musulmanes.

Exemption de cours d’éducation physique

Ces demandes sont irrecevables en droit pour les mêmes raisons que dans le cas des piscines municipales. La première raison étant que l’imposition d’un tel cours ne saurait porter atteinte ni à l’égalité ni à la liberté de religion de quiconque.

Ex. : Demande de transfert d’un élève dans une classe avec enseignant masculin; demande de traiter avec une direction d’école masculine, demande d’être interpellé uniquement par des policiers masculins; demande du mari que sa femme ne soit vue que par un médecin ou un juge féminin.

Toutes ces demandes de traitement particulier sont irrecevables en droit pour les mêmes raisons :

- elles ne reposent pas sur un précepte religieux mais sur des atavismes culturels;
- elles constituent une violation sérieuse et inacceptable du droit à l'égalité des femmes sur le marché du travail;
- elles constituent la négation du droit à l'autonomie des femmes dont le mari veut imposer une telle ségrégation;
- elles ont un effet très négatif sur la société dans son ensemble en institutionnalisant des pratiques discriminatoires contraires aux valeurs d'égalité proclamées dans nos chartes.

- **Conflit avec le droit à la sécurité**

Voici le principe : si le risque d'atteinte à la sécurité est peu élevé et s'il ne vise que le demandeur, la demande d'accommodement pourra difficilement être jugée déraisonnable ou excessive.

C'est ainsi que, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (1990), la Cour suprême est revenue sur son jugement rendu quelques années plus tôt dans l'arrêt *Bhinder* (1985). Dans cette affaire, un employé de religion sikh travaillait à la gare du CN et refusait de porter un casque de sécurité parce que sa religion, selon sa croyance sincère, lui demandait de porter un turban en tout temps. La Cour avait alors jugé que l'employeur avait eu raison de refuser la demande d'accommodement compte tenu qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée. Dans l'arrêt *Dairy Pool*, la Cour a estimé qu'elle avait erré dans *Bhinder* compte tenu de ce que le risque de sécurité était minime, d'une part, et que ce risque était personnel à l'employé à accommoder d'autre part. Dans ce contexte, comme les chartes sont, en droit, hiérarchiquement supérieures aux lois sur la santé et la sécurité au travail, un employeur est tenu de se conformer à l'obligation d'accommodement raisonnable puisqu'elle est effectivement imposée par les chartes.

Corollaire du principe : si, au contraire, un accommodement présente un **risque sérieux** pour la sécurité ou la vie d'autrui, la demande constituera une contrainte excessive. Deux exemples peuvent illustrer l'application de ce principe.

Un chauffeur d'autobus épileptique

La possibilité d'effacement d'une obligation juridique d'accommodement en raison d'une contrainte excessive dépendra, comme toujours, des faits précis de l'espèce.

Premier cas de figure : les médicaments n'arrivent pas à contrôler efficacement l'épilepsie du chauffeur de sorte que celui-ci est susceptible de faire des crises à tout moment, notamment lorsqu'il est au volant de son véhicule. Une demande d'accommodement, de quelque nature qu'elle soit, devient déraisonnable et elle pose une contrainte excessive à l'employeur puisqu'il n'y a pas moyen d'aménager ses conditions de travail de manière à assurer la sécurité des passagers.

Second cas de figure : les médicaments contrôlent bien l'épilepsie du chauffeur mais, par mesure de sécurité supplémentaire, l'horaire de nuit est déconseillé par le médecin, même si le risque de convulsions est négligeable, voire improbable. Dans ce cas, l'accommodement demandé ne peut pas être refusé. Il ne constitue vraisemblablement pas une contrainte excessive puisque l'employé ne pose pas de risque de sécurité accru pour les passagers. De fait, l'obligation d'accommodement raisonnable fondée sur le droit à l'égalité a précisément pour objet d'éviter qu'une personne soit exclue ou marginalisée en raison des préjugés que l'on peut entretenir à l'égard de ceux qui sont atteints d'épilepsie (ou de tout autre handicap).

Le port du kirpan

Il est très important, en matière d'accommodement, de bien identifier tous les faits pertinents, surtout lorsqu'il est question de sécurité. Ici encore, deux cas de figure serviront à bien illustrer dans quelles circonstances le port du kirpan peut constituer ou non une contrainte excessive.

Premier cas de figure : le port du kirpan à l'école

Les faits de la célèbre affaire *Multani* (2006) étaient les suivants : un élève a échappé le poignard rituel qu'il portait sur lui en tant qu'adepte de la religion sikh. Le poignard en question était à la fois une arme blanche et un symbole

religieux. Une entente avec les parents et l'établissement a été entérinée par un juge de la Cour supérieure, entente selon laquelle le kirpan devait être porté sous les vêtements de l'enfant et dans un étui le rendant très difficile d'accès. Aucun antécédent de violence n'avait été relevé chez l'enfant en question. De même, aucun incident de violence n'a pu être trouvé dans une école canadienne en rapport avec l'utilisation d'un kirpan. Enfin, l'école que fréquentait l'élève n'avait pas non plus d'historique particulier en matière de violence.

Face à ces faits objectifs, la Cour suprême a jugé que le degré de risque pour la sécurité que comportait le port du kirpan dans les conditions convenues entre les parents et l'établissement scolaire était minime et que, partant, la commission scolaire ne pouvait plaider qu'il y avait contrainte excessive. La Cour suprême a noté que l'erreur de la Cour d'appel, qui avait jugé qu'il était excessif et déraisonnable d'autoriser le port d'un kirpan dans les écoles de la commission scolaire appelante, avait été d'évaluer le risque de sécurité dans l'abstrait. En matière d'accommodement, la question du risque pour la sécurité pour autrui n'est pas seulement une affaire de principe. Il faut au contraire la traiter à partir de faits vérifiables, objectifs et démontrables dans le contexte précis dans lequel il se pose. Il en est ainsi parce que, au départ, refuser à un adepte de la religion sikh le droit de porter le poignard rituel, c'est porter atteinte à sa liberté fondamentale et constitutionnelle de religion. Il en serait de même si un établissement refusait le port d'un crucifix, d'une kippa, d'un voile islamique ou du turban. On ne peut pas porter atteinte à la légère aux droits enchâssés dans nos chartes si tant est que ces dernières consacrent solennellement des droits fondamentaux, c'est-à-dire des droits essentiels à la sauvegarde de la dignité humaine.

On notera en outre la référence que la Cour suprême a fait à la mission éducative de l'école dans cette affaire. Dans le contexte scolaire, insiste-t-elle, il revient aux éducateurs de faire comprendre aux élèves les particularités de chaque religion et l'esprit de tolérance qu'il convient de cultiver à l'égard des adeptes de chacune d'elles dans le but d'éviter de les exclure de façon discriminatoire ou de violer leurs droits fondamentaux. Avec les nouveaux cours d'éthique et de culture religieuse, le MÉLS fait certainement un bon pas dans cette direction.

Second cas de figure : le port du kirpan dans une salle d'audience

On a jugé dans les affaires *Hothi* (CA Man. 1985) et *Kaur* (CM Mtl 1997) qu'une partie à un litige ou une personne appelée à témoigner dans une salle d'audience devait laisser son poignard rituel sikh à la porte. Ce refus d'accommodement a été justifié par le contexte particulier d'une salle d'audience qui est marquée par la relation conflictuelle entre deux parties, c'est donc dire par une confrontation chargée d'émotion et qui donne souvent lieu à des incidents fâcheux. Le risque accru pour la sécurité du juge et de chacune des personnes présentes dans la salle d'audience a donc conduit les tribunaux à confirmer la politique judiciaire de refuser le port de quelque arme que ce soit dans un palais de justice.

- **Conflit avec le droit de propriété**

L'affaire *Anselem* rendue en 2004 est une excellente illustration de la difficulté de traiter ce type de conflit de droits.

En voici les faits : des juifs orthodoxes possèdent des appartements en copropriété dans un immeuble de luxe. Ils ont installé sur leurs balcons, pour se conformer à ce qu'ils estiment sincèrement (cela n'a pas été contesté) être une obligation religieuse, de petites huttes temporaires (durée de 9 jours), appelées souccahs, pour la fête religieuse du Souccoth. Le syndicat des copropriétaires a demandé une injonction pour faire enlever ces huttes compte tenu que la déclaration de copropriété, signée par les demandeurs d'accommodement, inclut un règlement interdisant d'installer des décorations ou d'effectuer des constructions sur les balcons.

La Cour supérieure a jugé que la construction d'une souccah n'est pas une obligation religieuse comme telle dans la religion juive en se fondant sur le témoignage d'un rabbin. Ce jugement a été confirmé en Cour d'appel qui a jugé qu'en signant la déclaration de copropriété les appelants avaient renoncé à l'exercice de leur liberté de religion. La Cour suprême a infirmé les jugements des deux tribunaux québécois dans un jugement extrêmement divisé (5 à 4).

D'une part, la renonciation qu'aurait faite les demandeurs n'était pas valide parce qu'elle n'a pas été faite de façon claire, expresse et volontaire. Dans les cas

où le titulaire d'un droit n'a pas d'autre choix que de renoncer à ce droit, il n'est pas possible d'affirmer qu'il y a vraiment renoncé (cf. *Godbout c. Longueuil*, 1997).

D'autre part, la construction d'une souccah est, dans une perspective subjective et personnelle, une obligation religieuse sincère et honnête pour les appelants.

Enfin, la question de l'obligation d'accommodement raisonnable et de son contraire, la contrainte excessive, y est analysée dans une opération de conciliation du droit à la liberté de religion avec les droits à la propriété et à la sécurité. Pour la majorité des juges de la Cour suprême, la construction temporaire de huttes rituelles ne constitue PAS une contrainte excessive pour les copropriétaires dans le contexte précis de cette affaire pour les raisons suivantes. En ce qui a trait à l'argument de l'atteinte au droit de propriété, aucune preuve de baisse de valeur des autres unités n'a été présentée et l'argument fondé sur l'esthétique des lieux a été jugé mineur compte tenu du caractère très temporaire des constructions. En revanche, le refus d'accommoder les copropriétaires juifs constituait une atteinte grave à leur liberté religieuse. Quant à l'argument fondé sur une violation du droit à la sécurité, aucune preuve d'atteinte à la sécurité des copropriétaires n'a été présentée de manière convaincante puisque les appelants s'étaient engagés à installer leurs souccahs de manière à permettre l'évacuation de l'immeuble en cas d'incendie.

En somme, le refus d'accommodement était injustifié puisque, d'une part, il constituait une violation sérieuse à la liberté de religion et que, d'autre part, l'accommodement demandé n'enfreignait pas les droits à la propriété et à la sécurité d'autrui ou, à la limite, y portaient atteinte de façon négligeable.

À noter que la valeur dite de la laïcité n'a pas été abordée. La chose est parfaitement normale puisque cette affaire ne concernait en aucune façon des institutions publiques. La laïcité ne peut être mise de l'avant que dans le cadre du volet de la liberté de religion qui signifie que l'État et ses institutions doivent faire preuve de neutralité en matière religieuse.

d) L'atteinte aux valeurs et missions fondamentales de l'institution

Il est clair que les institutions publiques, l'école publique au premier chef, poursuivent des objectifs d'intérêt public, lesquels sont du reste prescrits par la loi.

L'école publique a, entre autres, pour mission d'intégrer les jeunes à la société, de leur transmettre les valeurs communes, notamment celles qui sont garanties dans nos chartes, de les éduquer à la citoyenneté, de les socialiser, de les qualifier pour le marché du travail et d'assurer leur formation intégrale.

On aura raison de mettre de l'avant ces valeurs si une demande d'un élève ou d'un parent sont incompatibles avec elles. Les demandes fondées sur le refus de la mixité (et qui s'expriment par des exemptions de cours d'éducation physique notamment) sont, *a priori*, en conflit direct avec l'égalité des sexes. De plus, elles risquent de priver les jeunes filles musulmanes de leur plein droit à l'éducation, lequel passe par leur développement intégral.

Les demandes d'accommodement tendant à imposer à l'école des valeurs religieuses particulières ou des atavismes culturels devront être repoussées si elles portent atteinte aux valeurs d'égalité et de neutralité religieuse de l'école publique. On notera cependant que la neutralité religieuse pratiquée au Canada et entérinée par les tribunaux est la neutralité ouverte qui ne s'oppose pas à la présence de symboles religieux portés par les individus tant dans l'espace privé que dans l'espace public.

La délicate question de la demande de locaux de prière doit être analysée dans ce contexte. L'école peut, tout en restant neutre, favoriser l'exercice de la religion à la condition de le faire à l'égard de toutes les religions. Elle ne doit pas autoriser des locaux de prière pour les musulmans seulement. Elle pourrait également refuser l'octroi de tels locaux s'il y a pénurie de locaux pour les activités régulières de l'école et impossibilité d'en fournir un sur une base régulière ou encore s'il pouvait être démontré, par des faits précis et vérifiables, que cette demande menace l'ordre public. Ce serait le cas si on démontrait que ces locaux de prière sont des lieux d'endoctrinement politique plutôt que religieux ou qu'ils ont pour effet d'augmenter les tensions, conflits ou divisions fondées sur des revendications identitaires dans l'école. C'est sur cette base que la France a interdit le port du voile islamique dans ses écoles publiques en 2004. En ce qui concerne la demande de locaux de prière dans les établissements scolaires du Québec, on voit mal comment l'argument de la menace à l'ordre public pourrait être sérieusement soutenu. Cependant, on pourrait prétendre que si l'école publique neutre doit respecter et tolérer toute manifestation d'expression religieuse personnelle comme le port de signes religieux, elle n'a pas

nécessairement à favoriser l'exercice du culte dans ses lieux. Chose certaine, elle ne doit pas favoriser l'exercice d'un culte en particulier en sorte que si on devait accorder un local de prière ou de recueillement, celui-ci devrait être disponible pour les élèves de toutes les confessions et non être à l'usage exclusif d'un groupe religieux en particulier.

5. CONCLUSION

En matière de handicap et de sexe, le droit à l'accommodement raisonnable est bien accepté et reçu dans la société puisqu'il est impossible de traiter les femmes et les personnes handicapées en pleine égalité, c'est-à-dire de les intégrer véritablement à la société, sans tenir compte de leurs besoins propres. En milieu scolaire, la question du handicap pose parfois problème lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accommodement doit passer par l'intégration de l'élève handicapé en classe régulière ou par sa ségrégation en classe spéciale. En tout état de cause, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue le critère ultime et qui dictera la mesure d'accommodement qui convient (*Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, CA (1994); *Eaton* (1997); *Commission scolaire des Phares*, CA (2006)).

En matière culturelle, il n'y a pas, sur le plan juridique, de droit à l'accommodement parce que le droit à l'égalité n'interdit pas les discriminations fondées sur la culture et parce que la liberté de religion n'est pas la liberté de pratiquer sa culture.

En matière de pratiques religieuses, la question de l'accommodement raisonnable provoque un débat social plus large qui déborde le droit comme tel et qui est contesté par plusieurs sur la base du danger que cette pratique risque d'empêcher l'intégration des minorités, les femmes appartenant à ces minorités en particulier, plutôt que de la favoriser.

La réponse donnée à cette objection par les supporters de la notion d'accommodement raisonnable est que, à long terme, les mesures d'accommodement auront pour effet de favoriser l'intégration des minorités même si, à court terme, elles peuvent exacerber les différences religieuses.

En effet, pour intégrer les jeunes Sikhs et les jeunes musulmans à la société québécoise, n'est-il pas préférable de les accepter avec nous dans nos écoles publiques avec leur voile et leur kirpan porté à des conditions qui les rendent inoffensifs, plutôt que de les voir se réfugier dans des ghettos où ils ne se retrouvent qu'entre eux pour pouvoir vivre les préceptes de leur religion et où ils peuvent continuer à vivre en marge de la société québécoise et des valeurs de la majorité?

La question est posée dans tous les pays occidentaux et la réponse varie d'un endroit à l'autre en fonction de l'histoire et des réalités sociologiques et constitutionnelles de chacun.

Au Canada, contrairement à la France, la Constitution ne prévoit pas la stricte laïcité des institutions. Notre constitution prévoit au contraire la liberté de religion pour tous et le principe interprétatif de l'article 27 de la Charte canadienne selon lequel nous formons une société multiculturelle.

Or, la liberté de religion jumelée aux droits à l'égalité imposent, comme nous l'avons vu, deux obligations aux institutions publiques, à savoir : 1° une obligation de neutralité (qui ne permet pas de favoriser ostensiblement une religion en particulier, fut-elle historiquement celle de la majorité via, par exemple, la présence d'un crucifix dans l'école, à l'hôtel de ville ou à l'Assemblée nationale) et 2° l'obligation, dans la mesure du possible, de respecter les différences religieuses lorsqu'elles sont exprimées par des individus sur la base de croyances sincères.

Des histoires distinctes, des contextes nationaux et juridiques distincts produisent donc des solutions distinctes.

Par ailleurs, notre droit fait-il preuve de candeur, voire d'un romantisme dangereux, en évacuant complètement de l'analyse, en matière d'accommodement, l'élément d'oppression ou d'exclusion sociale de certaines pratiques religieuses et en occultant la dimension politique de la religion pour certains groupes?

Peut-être est-ce une question qui appartient davantage à nos hommes et femmes politiques. Chose certaine, il faut veiller à ce que la dynamique de zèle religieux

que permettent et même encouragent les demandes d'accommodement raisonnable n'ait d'impact que pour ceux et celles qui y consentent.

* * * * *

En résumé, on retiendra, **en premier lieu**, qu'il y a ouverture à une obligation juridique d'accommodement raisonnable en droit si l'une ou l'autre des deux conditions suivantes est remplie :

1. *lorsque l'application générale de normes ou pratiques communes a pour effet d'exclure, de marginaliser ou de pénaliser des individus en fonction de leur sexe, de leur handicap ou de leur religion, en les privant de leurs droits ou d'avantages normaux (prévus par la loi, une convention collective ou quelque autre règle);*
2. *lorsque, sans mesure d'accommodement, le droit au libre exercice de la liberté de religion, incluant le droit de manifester ses croyances par des pratiques et le port de vêtements distinctifs, est compromis par une règle, politique ou pratique commune.*

On retiendra, **en second lieu**, que le droit à un accommodement n'est pas un droit absolu et que l'obligation d'accommodement raisonnable qui en découle n'est pas non plus une obligation absolue. La société et les institutions n'ont donc pas toujours à se plier à toutes les demandes d'accommodement réclamées par divers individus.

L'obligation d'accommodement raisonnable est une **obligation de moyens** qui ne peut se réaliser que dans la mesure où il est possible, raisonnablement, d'y donner suite avec la collaboration active du demandeur. L'accommodement raisonnable repose en effet sur la négociation raisonnée et de bonne foi d'une mesure qui puisse satisfaire minimalement toutes les parties.

Une demande d'accommodement peut par ailleurs être refusée lorsqu'elle est déraisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle constitue une **contrainte excessive** ou une mesure disproportionnée en raison :

- des coûts exorbitants qu'elle génère;
- du fait qu'elle entrave gravement le fonctionnement efficace d'une institution;

- du fait qu'elle porte atteinte sérieusement aux droits d'autrui, notamment le droit à l'égalité des femmes, le droit à la sécurité ou le droit de propriété d'autrui;
- du fait qu'elle heurte de plein fouet des valeurs fondamentales ou la mission essentielle de l'institution publique.

On retiendra surtout, en dernier lieu, que la question de savoir si un accommodement est raisonnable ou, au contraire, excessif, est toujours une **question de faits à évaluer dans chaque espèce particulière**. Cela ne peut pas se régler seulement au niveau des principes, comme les valeurs mises en cause par une demande particulière. Au-delà des principes, une institution qui refuse un accommodement doit être en mesure de démontrer, sur la base de faits précis, objectifs et vérifiables, qu'aucune mesure d'accommodement, quelle qu'elle soit, ne peut être envisagée afin de respecter à la fois les droits fondamentaux du demandeur et les valeurs, objectifs et préoccupations sociales légitimes défendues par cette institution publique.

Toute contestée qu'elle soit dans l'opinion publique, la récente affaire *Multani*, concernant le port d'un poignard rituel par un élève dans une école publique, est un rappel salutaire de ce principe : une demande d'accommodement doit toujours être traitée de façon contextuelle, c'est-à-dire en fonction de l'endroit précis où il doit s'exercer et sur la base des faits et non sur celle de craintes irrationnelles.

Il ne peut y avoir de lutte efficace aux préjugés et à l'exclusion sociale de ceux qui, par leur handicap, leur sexe ou leur religion, se distinguent de la majorité si on fait l'économie de ces principes juridiques issus à l'origine du droit fondamental à l'égalité.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE

1. Jurisprudence

On trouvera tous les jugements cités dans ce texte dans : H. BRUN, *Chartes des droits de la personne, Législation, Jurisprudence, Doctrine*, Wilson & Lafleur, 19^e édition, 2006.

N.B. : Les arrêts cités dans ce texte réfèrent aux jugements de la Cour suprême sauf si un autre tribunal est expressément indiqué (ex. : CA (Cour d'appel) ; CS (Cour supérieure); CM (Cour municipale); TDP (Tribunal des droits de la personne)).

2. Textes scientifiques et rapports gouvernementaux

P. BOSSET, « Pratiques et symboles religieux : quelles sont les responsabilités des institutions? », dans Barreau du Québec, Formation permanente, vol. 142, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Éd. Y. Blais, 2000, p. 39 à 63.

P. BOSSET, *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse*, Document de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 10 sept. 2004, révisé le 4 fév. 2005.

P. BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi : aspects juridiques*, éd. Y. Blais, 1989.

C. BROSSEAU, « Main d'œuvre vieillissante : une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire? », (2002) 62 R. du B. 239.

C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, éd. Y. Blais, 2001.

C. BRUNELLE, « Droits d'ancienneté et droits à l'égalité : l'impossible accommodement? », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 205, Éd. Y. Blais, 2004.

M-A DOWD, *Accommodement raisonnable : éviter les dérapages*, Document de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006.

J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'éducation*, Éd. Y. Blais, 2002.

P-G JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *Revue trimestrielle de droit civil*, mars 2007, no 1, Dalloz, p. 33 et suiv.

A.-M. LAFLAMME, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi? », (2002) 62 R. du B. 125.

D. LEPOFSKY, « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) 1 Can. L. J. 1.

D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, éd. Y. Blais, 1993.

D. PROULX, « L'obligation d'accommodement raisonnable : cet incompris », (1996) 41 R.D. McGill 669.

D. PROULX, « La dignité : élément essentiel de l'égalité ou Cheval de Troie? », dans Barreau du Québec, *Formation permanente, Les 25 ans de la Charte canadienne*, éd. Y. Blais, 2007.

G. OTIS & C. BRUNELLE, « La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique », (1995) 36 C. de D. 599.

QUÉBEC, MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *La gestion de la diversité et l'accommodement raisonnable*, 1993.

QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DES LOISIRS ET DES SPORTS (Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire), *Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs*, 15 nov. 2007.

J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 R.D. McGill 325.

J. WOEHLING, « Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence? », Options politiques, vol. 28, n° 8, sept. 2007, p. 20-27.