

LES FONDEMENTS JURIDIQUES ET L'ÉVOLUTION DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Pierre Bosset ¹

Introduction générale de l'ouvrage
Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?
Des outils pour tous

Éditions Yvon Blais
(Publication prévue : 2007)

¹ Avocat, M. Phil. (Cambridge), LL.M. (Essex), LL.L. (Montréal). Directeur de la Recherche et de la Planification à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. L'auteur s'exprime à titre personnel.

TABLE DES MATIÈRES

1	L'ÉMERGENCE ET L'EXTENSION DU CONCEPT D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE	2
A	L'émergence du concept.....	2
B	L'extension du concept	5
2	LES LIMITES DU CONCEPT D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE	9
A	Les limites externes	9
B	Les limites internes	11
	CONCLUSION	16

*L'attitude du droit est constructive : elle vise [...] à superposer le principe à la pratique pour montrer la meilleure voie vers un meilleur avenir, tout en respectant comme il convient la fidélité au passé. C'est [...] une attitude fraternelle, une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions.*¹

Le droit est en principe l'expression d'une volonté partagée, parfois d'un rapport de forces; mais il lui arrive aussi d'exprimer un idéal. C'est le cas de l'obligation d'accommodement raisonnable, construction juridique qui se veut au service de l'égalité, et qui est aussi le produit des « forces imaginantes du droit »².

L'accommodement raisonnable fait d'abord appel à l'imagination conceptuelle. En effet, l'idée d'un traitement différentiel rendu nécessaire par les exigences de l'égalité, idée qui sous-tend l'accommodement raisonnable, procède d'une *conception* de l'égalité, conception qui tranche avec celle qui veut que l'égalité signifie un traitement identique. En ce sens, l'accommodement raisonnable est une construction intellectuelle. L'accommodement raisonnable fait aussi appel à l'imagination pratique, car une fois l'idée d'un traitement différentiel admise, il faut en tirer les conséquences concrètes. Ici, les juristes laissent la place aux spécialistes de la gestion des ressources humaines, aux enseignants, aux intervenants de la santé ou encore aux administrateurs publics. Enfin, l'accommodement raisonnable fait appel à l'esprit éthique : il suppose le respect d'autrui tel qu'il est, mais tient aussi compte d'un tissu social sans lequel il ne saurait exister de communauté humaine.

Qu'on l'envisage sous l'angle de la pratique, sous l'angle de l'éthique ou sous l'angle des concepts, l'accommodement raisonnable n'est cependant jamais désincarné. Il s'inscrit toujours dans le cadre d'un droit à l'égalité qui présente un caractère foncièrement subversif. En effet, revendiquer l'égalité, c'est remettre en question un certain ordre établi :

« L'égalité n'est [...] pas un simple objectif idéaliste, il s'agit bien au contraire d'un champ de lutte idéologique particulièrement féroce. L'égalité met en péril les avantages. Sous sa forme la plus radicale, elle déstabilise tout ce qui est familier, place chacun face aux risques personnels que les transformations requises lui feraient courir : son statut, ses pouvoirs, ses biens matériels, ses habitudes. Même sous ses formes plus réduites ou partielles, les arguments contre tel ou tel objectif d'égalité ne manquent pas : on invoque la liberté des choix, le poids à porter par des personnes qui ne sont pas responsables des inégalités observées, ou plus prosaïquement les coûts. »³

À l'origine, l'accommodement raisonnable fut un terme technique à l'usage des juristes. Aujourd'hui, il est passé dans le langage populaire sous une forme qui, tout en témoignant de l'actualité du concept, trahit néanmoins une certaine mécompréhension de celui-ci. De moyen visant à rétablir l'égalité dans une situation concrète et individualisée de discrimination, l'accommodement raisonnable semble être devenu un terme générique désignant l'ensemble des arrangements auxquels aboutit la « gestion » des conflits

¹ Ronald DWORKIN, *L'empire du droit* (trad. fr. E. Soubrenie), Paris, Presses Universitaires de France, coll. Recherches politiques, 1994, p. 450.

² Nous avons emprunté à Mireille Delmas-Marty le titre de sa trilogie, consacrée aux défis de l'internationalisation du droit dans un monde où s'entremêlent valeurs universelles contradictoires (droits de la personne, droits du marché) et relativismes nationaux. Voir *Le Relatif et l'Universel* (Paris, Seuil, 2004) et *Le Pluralisme ordonné* (Paris, Seuil, 2006). Un troisième tome (*La Refondation des pouvoirs*) est en préparation.

³ Muriel GARON et Pierre BOSSET, « Le droit à l'égalité : des progrès indéniables, des inégalités persistantes », dans *La Charte québécoise des droits et libertés après 25 ans* (Vol. 2), Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 64.

de valeurs ou de droits, particulièrement dans les rapports interculturels. Dans ce sens plus populaire, l'accommodement raisonnable perd sa filiation avec l'idée d'égalité et peut se voir attribuer une portée collective qu'il n'avait pas nécessairement à l'origine. De plus, un tel glissement de sens se fait souvent au prix de l'oubli d'un élément essentiel du concept – la « raisonabilité » – et de l'une de ses caractéristiques principales, qui est son application à l'ensemble des motifs de discrimination interdits.

Toute approche de l'accommodement raisonnable suppose un retour aux sources, auquel on est convié ici avant d'aller plus loin : celles de l'égalité et de la discrimination. C'est l'objet de cette introduction. L'évolution du concept de discrimination permet de situer dans son contexte et de mieux comprendre l'émergence de l'obligation d'accommodement raisonnable, puis son extension subséquente (I). De là, il devient possible de s'interroger ensuite sur les limites aussi bien internes qu'externes du concept, réduisant ainsi les risques de dérive (II).

1. L'ÉMERGENCE ET L'EXTENSION DU CONCEPT D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

L'accommodement raisonnable découle de deux concepts juridiques, l'égalité et la discrimination. Au milieu des années 1980, il fait son apparition en droit québécois et canadien dans le cadre des lois et chartes dites « quasi constitutionnelles » qui garantissent le droit à l'égalité et interdisent en conséquence les pratiques discriminatoires ⁴.

L'émergence du concept d'accommodement raisonnable est le produit d'une extension qualitative et significative de la notion de discrimination (A). Une fois consacré dans la jurisprudence, le concept d'accommodement raisonnable sera ensuite lui-même étendu à une grande variété de formes et de motifs de discrimination, ainsi que d'acteurs (B).

A- L'émergence du concept

Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, l'obligation d'accommodement raisonnable découle moins d'une formulation législative particulière que d'une conception du droit à l'égalité. Car, en tournant dans tous les sens le texte de la *Charte des droits et libertés de la personne* ⁵, on constate que les mots « accommodement raisonnable » n'y figurent pas ou, du moins, pas explicitement.

Nous avons identifié les principaux éléments de cette conception de l'égalité dans une contribution déjà ancienne ⁶. Essentiellement, il s'agit d'une conception *matérielle* plutôt que formelle, caractérisée par

⁴ Voir, au premier chef, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (Québec) et, au fédéral, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6 et modifications. Des lois équivalentes existent dans toutes les provinces, ainsi que dans les territoires. Pour une présentation d'ensemble qui garde sa pertinence malgré le passage des ans, voir : Walter S. TARNOPOLSKY, « The Iron Hand in the Velvet Glove : Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada », (1968) 46 *Can. Bar Rev.* 565. La jurisprudence semble avoir fixé son choix sur le qualificatif « quasi constitutionnelles » pour désigner ces lois « fondamentales », d'une « nature spéciale », qui « sortent de l'ordinaire » : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366; *Action Travail des femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156; *Robichaud c. Conseil du Trésor du Canada*, [1987] 2 R.C.S. 84.

⁵ Sauf mention contraire, nous nous référerons désormais exclusivement à la Charte québécoise des droits et libertés.

⁶ Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi – Aspects juridiques*, coll. Études et Documents de recherche sur les droits et libertés (n° 1), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

deux éléments de base. D'une part, cette conception de l'égalité se veut objective, en ce sens qu'elle ne dépend plus de l'existence, chez l'institution ou la personne à laquelle on reproche un comportement discriminatoire, d'une volonté consciente ou délibérée d'exercer de la discrimination : seul compte désormais l'effet d'exclusion discriminatoire⁷. D'autre part, elle est attentive aux déséquilibres socialement ou historiquement constitués entre groupes d'individus, ce qui permet entre autres de jeter un regard critique sur des normes et pratiques sociales faussement « neutres »⁸. La combinaison de ces deux approches donne au droit à l'égalité une portée normative beaucoup plus grande que celle qui était jusqu'alors axée sur les seules différences de traitement inspirées par les préjugés. On peut parler d'une façon qualitativement différente de voir la discrimination, axée sur la prise en compte des systèmes institutionnels, lesquels n'échappent plus à un examen fondé sur les chartes des droits⁹.

Tel était le contexte juridique, au milieu des années 1980, lorsque la Cour suprême du Canada fut, pour la première fois, confrontée dans l'affaire *Simpsons-Sears* à une demande d'accommodement raisonnable présentée, en l'occurrence, par une vendeuse de magasin dont la pratique religieuse entraînait en conflit avec son horaire de travail¹⁰. Dans une telle situation, la Cour a constaté une forme indirecte de discrimination, découlant de « l'effet préjudiciable » de l'horaire de travail¹¹. L'existence de la discrimination étant ainsi établie aux yeux de la Cour, se posait la question de l'accommodement. L'employeur devait-il aménager l'horaire de travail de cette vendeuse pour lui permettre de respecter ses obligations religieuses ? La Cour décrira le problème dans des termes qui, deux décennies plus tard, restent actuels :

« La question [de l'accommodement] n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. [...] Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse ? À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepasset-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances ? [...] Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce : dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général ? »¹²

⁷ William BLACK, « From Intent to Effect : New Standards in Human Rights », (1980) 1 *C.H.R.R.* C1-C/6. Au Québec, l'intentionnalité reste néanmoins une condition pour l'octroi de dommages punitifs (Charte, art. 49, al. 2.).

⁸ P. BOSSET, *op. cit.*, p. 57-91 (ch. III).

⁹ Cette conception de l'égalité permet notamment d'envisager des mesures de correction active de certaines inégalités collectives. Voir : Pierre BOSSET et Madeleine CARON, « Un nouvel outil de lutte contre la discrimination : les programmes d'accès à l'égalité », (1987) 21 *R.J.T.* 71-124. De telles mesures font aujourd'hui partie intégrante de la Charte (art. 86 à 92). Sur la notion de « discrimination systémique », lire : Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique – Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, coll. Études et Documents de recherche sur les droits et libertés (N° 2), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 49-50.

¹⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

¹¹ *Ibid.*, p. 551.

¹² *Ibid.*, p. 553-554.

La Cour adoptera une approche fondée sur l'objet des chartes des droits. Celles-ci garantissent le droit de ne pas être victime de discrimination dans l'emploi. De ce droit, déduira la Cour, découle « l'obligation générale [...] de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger »¹³. Cette obligation consiste :

« [...] à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. »¹⁴

Il importe de souligner que la Cour considère cette obligation d'accommodement comme une « conséquence naturelle » du droit à l'égalité. Ainsi, une telle obligation est *implicitement* présente dans le texte des lois anti-discrimination. Du même souffle, la Cour indique aussi les limites de cette obligation : aucun accommodement causant une contrainte excessive ne pourra être exigé. Cette fois, c'est la nécessité de « délimiter de façon réaliste »¹⁵ l'étendue de l'obligation qui dictera l'analyse de la Cour.

Depuis la décision rendue par la Cour suprême dans cette affaire, l'obligation d'accommodement raisonnable peut être considérée comme étant inhérente au droit à l'égalité¹⁶. Nous la définirons comme étant une *obligation juridique*, applicable dans une situation de *discrimination*, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du *raisonnable*, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme. Dans le contexte d'une relation d'emploi, c'est à l'employeur qu'une telle obligation incombe, puisque c'est lui qui est généralement à l'origine de la discrimination et qu'il est le mieux placé, par ailleurs, pour évaluer les possibilités d'accommodement envisageables¹⁷. L'obligation d'accommodement raisonnable comporte également certaines obligations qu'on peut qualifier d'accessoires ou de procédurales, dont celle de faire des efforts « significatifs, sérieux et sincères »¹⁸ en vue de trouver un accommodement et celle, pour la partie qui réclame l'accommodement, de donner à l'autre partie le temps nécessaire pour ce faire¹⁹.

Nous reviendrons plus loin sur les limites du concept d'accommodement raisonnable. Pour l'instant, distinguons ce qui, dans un tel concept, relève des droits fondamentaux et ce qui découle – pour reprendre les termes employés par la Cour elle-même – du besoin de « préserver la structure sociale

¹³ *Ibid.*, p. 554.

¹⁴ *Ibid.*, p. 555. La Cour n'a pas eu à se prononcer sur la forme qu'aurait pu prendre l'accommodement en l'espèce, la plaignante ayant quitté son emploi.

¹⁵ *Ibid.*, p. 555.

¹⁶ Notons que la Cour suprême du Canada n'a pas inventé le concept d'accommodement raisonnable. Certains précédents existaient en effet dans la législation américaine. V. ainsi les modifications de 1972 au *Civil Rights Act* de 1972 (obligation d'accommoder les pratiques religieuses), ainsi que le *Rehabilitation Act* de 1973 (handicap). Notons aussi que certains parlements canadiens ont intégré des dispositions expresses concernant l'accommodement dans leur législation anti-discrimination. Par exemple, v. la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (précitée, art. 15) ou encore le *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1990 (Ontario), c. H.19 (art. 11). Vu la jurisprudence de la Cour suprême, ces dispositions législatives ne nous paraissent rien ajouter de très substantiel au contenu ou à la portée de l'obligation d'accommodement raisonnable.

¹⁷ Sous réserve de ce qui sera dit plus loin à l'égard de la responsabilité syndicale (*infra*, B).

¹⁸ *Autobus Legault c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, T.D.P. Abitibi n° 615-53-000001-945, J.E. 94-1965 (T.D.P.), p. 26, inf. pour d'autres motifs à : [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.).

¹⁹ *Autobus Legault*, précitée (C.A.). L'employée avait démissionné 48 heures après avoir exposé son problème à l'employeur. Cette démission « soudaine, prématurée et non motivée » n'avait donné à l'employeur aucune chance de chercher un accommodement.

dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres²⁰ ». En tant que moyen de redresser une situation de discrimination, l'obligation d'accommodement se rattache sans contredit au principe d'égalité. En tant que limite à cette obligation, la « raisonnable » agit comme un tempérament à ce principe – un tempérament rendu nécessaire par le fait que le droit à l'égalité s'exerce dans un contexte social dont il est impossible de faire abstraction²¹.

B- L'extension du concept

L'obligation d'accommodement raisonnable connaît une phase d'expansion depuis sa consécration par la Cour suprême. Cette expansion touche aussi bien les formes de discrimination auxquelles elle s'applique que les motifs de discrimination visés et les acteurs assujettis.

■ Extension aux formes de discrimination

La Cour suprême a étendu la portée de l'obligation d'accommodement raisonnable d'une première façon, en finissant par établir, de façon non ambiguë, que cette obligation s'applique même dans les situations où la discrimination peut être qualifiée de directe²². À l'origine, seule la discrimination indirecte (« par suite d'un effet préjudiciable ») donnait ouverture à l'accommodement raisonnable²³. Pour déterminer si une situation de discrimination donnait ouverture à l'accommodement raisonnable, il fallait donc procéder à une gymnastique intellectuelle assez acrobatique, consistant à qualifier la discrimination. Cet exercice de qualification était foncièrement artificiel, entre autres parce que bien peu de situations de discrimination peuvent être considérées comme relevant exclusivement de l'une ou l'autre de ces formes de discrimination. Par ailleurs, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte risquait de conduire les tribunaux, inconsciemment, à qualifier la discrimination selon le type de réparation envisagée, faisant ainsi prévaloir la forme sur le fond.

Dans *Meiorin*, la Cour souligne le caractère « factice » de cette distinction et institue plutôt un critère unifié qui dispense d'un tel exercice :

« Les employeurs et autres personnes régies par les lois concernant les droits de la personne sont maintenant requis, *dans tous les cas*, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe. »²⁴

²⁰ *Simpsons-Sears*, p. 554.

²¹ Pour employer à nouveau une formule dworkinienne, c'est un principe (l'égalité) qui sous-tend l'obligation d'accommodement, mais c'est une politique (la nécessité de préserver la structure sociale) qui en fixe les limites. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (trad. fr. M.-J. Rossignol), Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 156. Sur la distinction entre principes et politiques, voir, du même auteur : « Le positivisme » (trad. fr. M. Troper), *Droit et Société*, 1-1985, p. 41-48.

²² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après « *Meiorin* »).

²³ *Simpsons-Sears* (précitée); *Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

²⁴ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), par. 19 (les italiques sont dans le texte).

Le critère unifié n'élimine pas seulement la nécessité de qualifier la situation de discrimination. Il fait en sorte que les normes susceptibles d'être discriminatoires – que ce soit de manière directe ou indirecte – incluent dans leur formulation même la mesure d'accommodement qui les rendra acceptables²⁵. Cette incorporation de l'accommodement raisonnable dans les normes elles-mêmes est devenue une condition à la possibilité d'invoquer l'existence d'exigences professionnelles justifiées, possibilité que prévoient les dispositions telles que l'article 20 de la Charte québécoise. Ainsi, un employeur désireux de ne pas faire preuve de discrimination devra chercher à adapter le contenu même de ses normes et pratiques et ce, que la discrimination soit directe ou indirecte²⁶.

▪ *Extension aux motifs de discrimination*

Le fait que l'obligation d'accommodement raisonnable soit considérée comme une conséquence naturelle du droit à l'égalité induit un deuxième phénomène, qui est l'application potentielle de ce concept à l'ensemble des motifs de discrimination interdits par la loi.

On constate en effet que le concept d'accommodement raisonnable s'est affranchi du contexte historique qui lui a donné naissance (celui de la discrimination religieuse) pour devenir, en quelque sorte, un concept transversal. Sans controverses ni déchirements, l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique aujourd'hui à des motifs de discrimination dont l'extrême variété interdit de réduire l'accommodement raisonnable, comme on est trop souvent porté à le faire, à un outil de gestion de la diversité religieuse. Ces motifs de discrimination auxquels s'applique l'obligation d'accommodement raisonnable sont, notamment :

- le handicap (qui dispute la première place à la religion, pour ce qui est de la fréquence des cas d'accommodement raisonnable répertoriés dans la jurisprudence québécoise)²⁷;
- le sexe²⁸;
- la grossesse²⁹;

²⁵ Chantal MASSE, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise », dans *Les 25 ans de la Charte québécoise* (coll.), Barreau du Québec, Service de la formation permanente (n° 142), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 74.

²⁶ Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », dans *Développements récents en droit du travail* (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 219.

²⁷ Voir notamment les affaires suivantes : *Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, [2006] R.J.Q. 426 (C.A.), en appel (C.S.C. n° 31395); *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392 (C.A.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.); *CEGEP John-Abbott c. Blouin*, C.S. Montréal, n° 500-17-018750-045, 10 juin 2004; *Québec (Procureur général) c. Commission de la fonction publique*, J.E. 2003-259 (C.S.); *Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéronautique c. Hamelin*, [2002] R.J.Q. 168 (C.S.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2005-780, [2005] R.J.D.T. 1110 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal, Pavillon Notre-Dame*, J.E. 2000-1914 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Emballages Polystar*, (1997) 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.); *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

²⁸ *Meiorin*, précitée; *Commission scolaire des Rives-du-Saguenay c. Rondeau*, J.E. 2002-2147, REJB 2002-35373 (C.S.).

²⁹ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] R.J.Q. 1737 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.). Voir également : Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail : une solution s'impose, l'obligation d'accommodement », (1997) 57 *R. du B.* 1047.

- l'âge³⁰;
- l'origine nationale³¹.

Dans la mesure où l'accommodement raisonnable découle du droit à l'égalité lui-même, cette extension du concept à d'autres motifs que la religion était prévisible dès l'origine³². Il s'agit d'un développement majeur pour la gestion des organisations, qui doivent composer avec une obligation dont les minorités religieuses sont loin d'être les seules créancières. Pour cette raison, par ailleurs, il n'est pas exagéré d'affirmer que la plupart d'entre nous sommes susceptibles de bénéficier un jour d'un accommodement raisonnable au titre d'un motif de discrimination interdit par la Charte.

Si l'obligation d'accommodement raisonnable trouve à s'appliquer à d'autres motifs que la religion, son application à de nouveaux motifs encore inexploités, ou à des combinaisons de motifs, reste également possible. L'usage du concept d'accommodement raisonnable en matière de condition sociale pourrait fournir des illustrations inédites du potentiel subversif du droit l'égalité, évoqué plus haut, dans un domaine où la pauvreté est souvent un obstacle à l'exercice des droits, comme l'accès aux biens et services destinés au public. De même, n'est pas à exclure, à notre avis, l'application du concept d'accommodement raisonnable dans une situation de confluence ou « intersectionnalité » de motifs de discrimination. La confluence des motifs de discrimination désigne l'interaction dynamique entre des motifs présents chez une même personne (par exemple, le sexe et la race), interaction qui se traduit par des effets d'exclusion uniques et cumulatifs. Généralement, une approche fondée sur un seul de ces motifs, pris isolément, ne rend pas adéquatement compte de ce type de discrimination³³. Il serait intéressant de voir les résultats auquel l'obligation d'accommodement raisonnable pourrait donner lieu dans de tels cas.

▪ Extension aux secteurs d'activités

La transversalité du concept d'accommodement raisonnable se manifeste d'une troisième façon, qui est la diversité des secteurs d'activités où ce concept est susceptible de s'appliquer et, par conséquent, celle des acteurs tenus à une telle obligation.

À l'intérieur du secteur qui lui a donné naissance, celui des relations du travail, l'obligation d'accommodement raisonnable a vite étendu son emprise aux associations de salariés accréditées. Dans l'arrêt *Renaud*³⁴, la Cour suprême énonce deux façons par lesquelles un syndicat peut devenir assujéti à une obligation d'accommodement raisonnable. La manière et le moment dont la responsabilité syndicale est engagée varient selon la situation. Le syndicat peut d'abord être partie à la discrimination en participant à la formulation de la règle de travail ayant un impact discriminatoire. Cela est généralement le cas si la règle fait partie d'une convention collective de travail. Bien que l'initiative de prendre l'initiative de formuler des mesures de redressement dans un tel cas appartienne normalement à l'employeur, on considérera alors que le syndicat et l'employeur assument une responsabilité égale quant à l'effet de cette règle

³⁰ *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec-Cartier*, [1994] R.J.Q. 2729 (T.D.P.), appel accueilli pour d'autres raisons à J.E. 99-211 (C.A.).

³¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency*, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

³² P. BOSSET, *op. cit.*, p. 133.

³³ Voir : Colleen SHEPPARD, « Grounds of Discrimination : Towards An Inclusive and Contextual Approach », dans *Les 25 ans de la Charte québécoise* (coll.), *op. cit.*, p. 112-116 et COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Une approche intersectionnelle de la discrimination*, Toronto, La Commission, 2001.

³⁴ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

sur les salariés³⁵. Mais un syndicat peut aussi être tenu à une obligation d'accommodement raisonnable lorsque, sans avoir concouru à la formulation de la règle elle-même, sa collaboration est néanmoins nécessaire à la mise en œuvre d'une mesure d'accommodement raisonnable. Dans une telle situation, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accommodement, avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver d'autres solutions. Mais si aucune mesure raisonnable d'accommodement n'est possible sans la collaboration du syndicat, la responsabilité légale de ce dernier sera également engagée. Les principes de responsabilité syndicale énoncés dans cette décision confirment qu'en milieu de travail, la lutte contre la discrimination est bien l'affaire de tout le monde. Ils ouvrent à la pratique syndicale un champ d'action prometteur, encore largement inexploré³⁶.

Le concept d'accommodement raisonnable étant inhérent au droit à l'égalité, l'application de ce concept en dehors du domaine des relations du travail était en quelque sorte inscrite dans son code génétique. Dans l'affaire *Corporation de Saint-Sylvestre*, la Cour d'appel du Québec soulignait à ce propos, dès 1987, que « la Charte impose, en certaines circonstances à ces organismes publics [une municipalité en l'espèce] comme à d'autres, l'obligation d'adapter des aspects de leur organisation et de leur mode de fonctionnement à la présence de victimes de handicaps divers, de façon à en alléger les conséquences et à faciliter leur vie et leurs activités »³⁷. Aujourd'hui, l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique sans restriction au secteur des biens et services offerts au public, entraînant ainsi des conséquences importantes pour les fournisseurs de ceux-ci, qu'il s'agisse, par exemple :

- pour le propriétaire d'un hôtel³⁸, d'un restaurant³⁹ ou d'un bar⁴⁰, de permettre l'accès à une personne se déplaçant en fauteuil roulant ou encore accompagnée d'un chien guide;
- pour un tribunal, de fournir à un justiciable sourd les services d'un interprète en langue des signes⁴¹;
- pour une école privée, de ne pas refuser l'admission à une élève handicapée qui est en mesure de suivre le programme académique de l'établissement⁴²;
- pour une commission scolaire, d'autoriser un élève à porter un vêtement requis par sa religion, tant que sont respectées les exigences normales de sécurité⁴³;

³⁵ Cela, sans même avoir à s'interroger sur le contexte des négociations. « Il faut présumer que toutes les dispositions [d'une convention collective] sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés ». *Renaud*, p. 990.

³⁶ Sur ce point, voir : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

³⁷ *Morel c. Corporation de Saint-Sylvestre*, [1987] D.L.Q. 391 (C.A.), p. 393.

³⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, T.D.P. Montréal, 1998 IIJCan 43.

³⁹ *Commission des droits de la personne du Québec c. Restaurant Scampinata*, (1996) 23 C.H.R.R. D/392 (T.D.P.).

⁴⁰ *Commission des droits de la personne du Québec c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.).

⁴¹ *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, précitée.

⁴² *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, précitée.

⁴³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques*, Montréal, La Commission, 1994; Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, « La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique : faut-il un accommodement sur mesure ? », (1995) 36 C. de D. 599-643. Dans le même sens, voir : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 (l'obligation d'accommodement raisonnable est ici invoquée par la Cour suprême pour sa valeur analogique, le fondement du jugement étant la liberté religieuse).

- pour un cégep, de tenir compte des difficultés particulières à produire certains documents officiels, éprouvées par les immigrants ⁴⁴;
- etc.

La généralisation de l'obligation d'accommodement raisonnable, tant sur le plan des formes et des motifs de discrimination que des acteurs qui y sont assujettis, traduit l'influence déterminante qu'a eu le paradigme de l'égalité matérielle sur l'évolution du droit canadien et québécois de la discrimination. Inévitablement, cette généralisation soulève une autre question : celle des limites de cette obligation.

2. LES LIMITES DU CONCEPT D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Nous distinguerons ici les limites externes du concept d'accommodement raisonnable de ses limites internes.

A- Les limites externes

L'extrême confusion qui entoure le concept même d'accommodement raisonnable dans le débat public exige que soient clarifiées ses limites externes, c'est-à-dire que ce concept soit distingué d'autres concepts qui, pour lui être parfois apparentés ou, au contraire, opposés, désignent néanmoins des réalités fort distinctes.

■ *Accommodement raisonnable et neutralité religieuse de l'État*

Comme on le sait, une obligation de neutralité religieuse de l'État découle implicitement des libertés fondamentales garanties par les chartes des droits ⁴⁵. Elle interdit à l'État de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres (par exemple, en reprenant à son compte une prescription religieuse et en astreignant l'ensemble des citoyens, quelle que soit leur croyance ou non-croyance religieuse, au respect de celle-ci ⁴⁶).

Dans le débat public, l'obligation d'accommodement raisonnable est parfois mise en opposition avec cette obligation de neutralité religieuse de l'État. Plus précisément, certains voient un paradoxe dans l'idée selon laquelle, au nom de la neutralité religieuse de l'État, les institutions publiques devraient s'abstenir d'observer certains rituels religieux ⁴⁷, alors qu'elles sont tenues de respecter les exigences religieuses des citoyens, cette fois au nom de l'accommodement raisonnable. Ce paradoxe n'est qu'apparent. En effet, l'obligation de neutralité religieuse de l'État et l'obligation d'accommodement raisonnable visent le même objectif, qui est de permettre l'exercice des libertés fondamentales de conscience et de religion, dans le premier cas en empêchant l'État de mettre son autorité au service d'une conception religieuse particulière ⁴⁸, dans le deuxième cas en permettant aux individus d'exprimer librement leur ferveur

⁴⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency*, précitée.

⁴⁵ José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société canadienne à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, p. 370-375.

⁴⁶ V. ainsi *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295. La *Loi sur le dimanche*, d'inspiration chrétienne, interdisait de travailler le dimanche, sous peine de sanction pénale. Parce que contraire à la neutralité religieuse de l'État, elle fut déclarée inopérante et a depuis été abrogée.

⁴⁷ V. par exemple *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, T.D.P. Laval n° 540-53-000021-042, 22 septembre 2006, (2006) QCTDP 17 [la récitation d'une prière à l'ouverture d'un conseil municipal porte atteinte, de manière discriminatoire, à la liberté de conscience et de religion de la plaignante, qui se déclare athée].

⁴⁸ *Big M Drug Mart*, précitée.

ou leur appartenance religieuse dans la sphère publique, sans être défavorisés ⁴⁹. En somme, il s'agit de façons distinctes de poursuivre le même objectif, dans des contextes différents. Tant que la ferveur ou l'appartenance religieuses s'expriment à titre individuel, sans que l'État les fasse siennes ou encore les cautionne, l'obligation d'accommodement raisonnable ne contredit en rien la neutralité religieuse de l'État.

▪ *Accommodement raisonnable et ordres normatifs parallèles*

Par ailleurs, les demandes d'accommodement raisonnable ne doivent pas être confondues avec les revendications qui viseraient à faire reconnaître des ordres normatifs parallèles à celui de l'État. La controverse qui a entouré, au cours des dernières années, la possibilité que des tribunaux d'arbitrage soient autorisés à appliquer les principes du droit religieux en matière familiale ⁵⁰ illustre cette problématique, qui n'a cependant rien à voir avec l'obligation d'accommodement raisonnable proprement dite.

En effet, c'est à tort que l'accommodement raisonnable fut invoqué dans le cadre de ladite controverse (en général, par ceux qui voyaient dans l'accommodement raisonnable le cheval de Troie d'un intégrisme religieux conquérant). La reconnaissance d'ordres juridiques parallèles à celui de l'État soulève des questions d'ordre existentiel : elle force à s'interroger sur le type de rapports que le droit étatique entretient avec les autres ordres normatifs qui aspirent à opérer une régulation des rapports sociaux ⁵¹. Sous sa forme radicale, le pluralisme juridique nie la spécificité de la norme juridique étatique et est probablement incompatible avec celle-ci. Même sous la forme atténuée d'un simple « dialogue internormatif » entre droit étatique et normes religieuses, les questions soulevées par le pluralisme juridique sont distinctes de celles que soulève l'obligation d'accommodement raisonnable, laquelle se borne à prescrire l'adaptation des règles et pratiques des institutions dans des cas individuels, en vue de redresser des situations de discrimination avérées et cela, sans incorporer des principes de droit religieux au sein du droit positif.

▪ *Accommodement raisonnable et conflits de valeurs*

Une autre forme de glissement conceptuel caractérise l'état du débat public sur l'accommodement raisonnable au Québec. Il est en effet courant de qualifier d'« accommodement raisonnable » tout arrangement auquel finit par aboutir la gestion d'un conflit interculturel, interreligieux, voire tout simplement interpersonnel. Ici encore, il s'agit d'un abus de langage, sinon d'un abus de concept.

Car si certains conflits, particulièrement en matière interculturelle ou interreligieuse, mettent en présence des façons différentes de voir le monde ⁵², tous ces conflits ne se traduisent pas nécessairement par de

⁴⁹ *Simpsons-Sears*, précitée.

⁵⁰ Rappelons qu'en Ontario, un rapport remis au Procureur général en 2004 était favorable à un arbitrage en matière familiale fondé sur des principes de droit religieux, assorti cependant d'un encadrement législatif et réglementaire. Voir : Marion BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : Pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, 2004. Le gouvernement ontarien a finalement choisi la voie inverse, resserrant considérablement les conditions dans lesquelles un différend familial peut être soumis à l'arbitrage. *Family Statute Law Amendment Act*, S.O. 2006, c. 1. Au Québec, ce débat est demeuré théorique, les matières familiales et celles qui intéressent l'ordre public étant d'office exclues des matières pouvant être tranchées par un arbitre (art. 2639 C.c.Q.).

⁵¹ Pierre BOSSET et Paul EID, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif? », dans *Actes de la XVII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 63-95.

⁵² Fin 2006, les médias montréalais ont fait grand cas, par exemple, de la décision des autorités d'un centre sportif de faire installer des fenêtres givrées, afin d'épargner aux usagers du lieu de culte voisin la vue de femmes en tenue de sport. Des conceptions divergentes, sinon opposées, de la pudeur et de la liberté de son corps s'entrechoquaient ici.

la discrimination, qui est – rappelons-le – une exclusion fondée sur un motif interdit et devant se traduire par une atteinte à l'exercice des droits et libertés d'une personne⁵³. Lorsque aucun droit n'est affecté de manière discriminatoire, il est proprement abusif de parler d'une obligation d'accommodement raisonnable. On se trouve alors face à une problématique différente, abordée dans certaines contributions au présent ouvrage, soit celle des conflits de valeurs où aucun droit n'est compromis.

Dans un tel cas, des raisons n'ayant rien à voir avec une obligation juridique – la courtoisie, le respect du client, le souci de maintenir de bonnes relations avec ses voisins, par exemple – peuvent légitimement inspirer la recherche d'un terrain d'entente. Mais en tant qu'obligation juridique applicable dans une situation de discrimination, l'accommodement raisonnable doit être distingué de tels arrangements facultatifs.

▪ *Accommodement raisonnable et politiques de gestion de la diversité*

L'obligation d'accommodement raisonnable doit enfin être vue comme un élément dans un contexte plus global, qui est celui des politiques publiques de gestion de la diversité et de lutte contre la discrimination. Dans la mesure où l'obligation juridique d'accommodement raisonnable est compatible avec les politiques officielles de gestion de la diversité que sont l'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien, elle s'intègre harmonieusement à de telles politiques⁵⁴. Mais elle est loin de les incarner à elle seule, car une politique de gestion de la diversité et de lutte contre la discrimination doit aller au-delà de la gestion de situations de discrimination individualisées. Une telle politique exige aussi des mesures des mesures d'intégration à l'emploi, par exemple, des mesures visant à redresser certaines inégalités historiques, d'autres encore visant à favoriser le rapprochement interculturel, et ainsi de suite⁵⁵.

En somme, si l'accommodement raisonnable s'intègre à une politique de lutte contre la discrimination et de gestion de la diversité, il ne saurait tenir lieu d'une telle politique. Il importe de garder cette réserve à l'esprit à l'heure où l'état du débat public peut facilement laisser croire que la gestion de la diversité se limite à une recherche frénétique d'accommodements raisonnables !

B- Les limites internes

Inhérentes à la notion même d'accommodement *raisonnable*, qui exclut ce qui amènerait sur le terrain du déraisonnable, les limites internes du concept sont également l'expression de l'idée selon laquelle les droits et libertés de la personne sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général⁵⁶. Rappelons que, dans l'affaire *Simpsons-Sears*, la Cour suprême s'exprimait ainsi :

« 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. »⁵⁷

⁵³ Charte, art. 10. La présence de sapins de Noël dans les lieux publics illustre cette problématique : en l'absence de toute contrainte sur des individus, elle comporte un caractère purement symbolique ne portant atteinte aux droits de personne.

⁵⁴ P. BOSSET et P. EID, *op. cit.*, p. 75-80.

⁵⁵ Voir par exemple : QUÉBEC (MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION), *Au Québec pour bâtir ensemble – Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, Gouvernement du Québec, 1991, ou encore : MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Pour la pleine participation des Québécoises et des Québécois des communautés culturelles – Vers une politique gouvernementale de lutte contre le racisme et la discrimination – Document de consultation*, Gouvernement du Québec, 2006.

⁵⁶ V. le préambule de la Charte (4^e considérant).

⁵⁷ *Simpsons-Sears*, précitée, p. 554-555.

L'obligation d'accommodement raisonnable trouve sa limite dans une notion importante, introduite dans *Simpsons-Sears*, celle de la « contrainte excessive ».

Telle que définie à l'origine par la Cour suprême (dans le contexte, rappelons-le, d'une relation d'emploi), la contrainte excessive – dont la preuve de l'existence incombe, dans un litige, à la partie qui l'invoque – renvoyait à deux types de critères, soit les coûts de l'accommodement et l'entrave à l'exploitation de l'entreprise⁵⁸. Dans l'arrêt *Renaud*, où la responsabilité syndicale était également en jeu, la Cour ajoutera un troisième ordre de critères, à savoir les droits des co-employés⁵⁹.

Cette classification, dessinée à grands traits, n'évoque pas la souplesse avec laquelle il convient de manier la notion de contrainte excessive. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a décrit ainsi l'approche qui s'impose (tout en apportant d'utiles précisions quant aux critères applicables) :

« Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce – le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas. »⁶⁰

Dans l'arrêt *Bergevin*, la Cour renchérit sur ce thème de la souplesse, en soulignant que les facteurs permettant d'apprécier la contrainte excessive « ne sont pas coulés dans le béton » et qu'il y a lieu d'appliquer ces critères « d'une manière souple et conforme au bon sens »⁶¹. C'est ainsi que la taille d'une entreprise rendra plus ou moins facile le remplacement d'un employé par un autre, ou qu'un coût financier, qu'il serait raisonnable de supporter en période de prospérité pourra devenir excessif en période de restrictions budgétaires ou de récession. « Les situations changeront sans cesse », pour reprendre les mots candides de la Cour⁶².

Le secteur des relations du travail reste néanmoins celui où les critères permettant de juger du caractère excessif d'un accommodement donné sont les mieux circonscrits et les mieux balisés⁶³. L'évolution de la jurisprudence a permis, en effet, de raffiner les critères applicables et d'en préciser le sens, quitte, parfois, à rectifier le tir... Par exemple, le critère de l'atteinte au moral du personnel, initialement énoncé

⁵⁸ *Ibid.*, p. 555. Voir : P. BOSSET, *op. cit.*, p. 107. Dans *Renaud*, précitée, à la p. 984, la Cour suprême souligne que l'idée selon laquelle l'accommodement doit être « raisonnable » et celle suivant laquelle celui-ci ne doit pas entraîner de « contrainte excessive » ne sont pas des critères distincts, mais bien deux façons différentes d'exprimer le même concept.

⁵⁹ *Renaud*, précitée, p. 987-989.

⁶⁰ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, précitée, p. 520-521.

⁶¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 546.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Pour une liste particulièrement exhaustive (et éclairante) des critères utilisés dans la jurisprudence, voir : C. BRUNELLE, *op. cit.*, p. 248-252.

dans *Central Alberta Dairy Pool*, fut discrètement reformulé dans *Renaud*, où la Cour insiste sur la « prudence » avec laquelle il convient d'appliquer ce critère. C'est pourquoi, en particulier, les craintes légitimes d'employés que leurs *droits* soient lésés méritent d'être prises en considération, mais non les *attitudes* incompatibles avec les droits de la personne. Dans cette dernière catégorie, la Cour inclut les oppositions fondées sur le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte en dépit de son impact discriminatoire – position que la Cour considère comme une échappatoire facile, dans la mesure où elle équivaldrait à dire que l'employeur peut se soustraire à la Charte à condition que les employés soient d'accord avec lui ⁶⁴.

De la même façon, et pour des raisons analogues, la portée du critère de l'atteinte à la convention collective sera précisée, toujours dans *Renaud*, de manière à exclure l'incidence économique que représenterait la menace d'un grief consécutif à une mesure d'accommodement sortant du cadre de la convention collective. La Cour reconnaîtra certes qu'une « dérogation importante » à l'effet normal des conditions d'emploi prévues par la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur, mais elle rappellera aussi que les dispositions d'une convention collective ne peuvent dégager les parties de leur obligation d'accommodement. Dans la mesure où la menace d'un grief n'entraîne que le coût d'une défense contre ce grief, il ne s'agit pas, en soi, d'une contrainte excessive ⁶⁵.

L'arrêt *Renaud* est digne de mention pour une troisième raison. En effet, cet arrêt a permis à la Cour suprême du Canada de s'émanciper d'une jurisprudence américaine qui atténue de manière indûment restrictive, à notre avis, le degré de contrainte requis. Depuis un arrêt de la Cour suprême des États-Unis rendu à la fin des années soixante-dix, les tribunaux américains sont tenus, en effet, d'appliquer un critère selon lequel est excessif tout effort plus que minime ou négligeable ⁶⁶. Si l'on tient compte de l'importance fondamentale qu'est censé avoir le droit à l'égalité dans notre société, ce critère paraît singulièrement peu exigeant. Dans *Renaud*, la Cour suprême du Canada a souligné qu'un critère aussi laxiste supprimait à toutes fins pratiques l'obligation d'accommodement ⁶⁷. La Cour a plutôt opté pour un critère selon lequel il faut davantage que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. S'agissant des droits des autres employés, par exemple, il faut établir une atteinte « réelle » et « importante » à ces droits, plutôt qu'une atteinte anodine ⁶⁸. Cette approche nous paraît être plus en phase que l'approche américaine avec le besoin de « préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter indûment atteinte aux autres », besoin qui exige selon nous une perspective d'ensemble, dans laquelle les droits des uns et des autres sont pesés pour en arriver à un équilibre acceptable.

▪ Deux enjeux

Si les critères qui permettent d'apprécier la contrainte dans le cadre d'une relation d'emploi sont maintenant assez bien identifiés (à défaut d'être toujours faciles d'application !), ce n'est pas le cas du secteur des biens et services offerts au public. Ce secteur est lui aussi assujéti à l'obligation d'accommodement raisonnable, comme nous l'avons vu plus haut. Or, l'un des enjeux actuels en matière d'accommodement raisonnable est la prise en compte de la spécificité du secteur des services (et celle de la relation client-fournisseur) dans l'appréciation de la contrainte. Rappelons que la liste des facteurs d'appréciation de la

⁶⁴ *Renaud*, précitée, p. 987-988.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 985-987.

⁶⁶ *Trans World Airlines c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Pour une critique de cet arrêt, voir : Barbara SCHLEI et Paul GROSSMAN, *Employment Discrimination Law*, 2^e éd.; Washington, American Bar Association, 1983, p. 235-239.

⁶⁷ *Renaud*, p. 984.

⁶⁸ *Ibid.*

contrainte n'est pas exhaustive⁶⁹. En somme, il y a place pour des critères d'appréciation qui soient spécifiquement adaptés à la nature des établissements de services (et notamment, des services publics, lesquels n'échappent pas aux demandes d'accommodement). C'est un champ encore peu exploré par les juristes. Ceux-ci trouveront dans l'encadrement législatif et réglementaire applicable aux institutions publiques amplement matière à réflexion (et, n'en doutons pas, à argumentation). Parmi les aspects juridiques qui mériteraient d'être pris en considération, certains nous semblent incontournables :

- la mission d'une institution publique⁷⁰;
- les obligations particulières qui peuvent lui être faites envers certaines sous-catégories de personnes⁷¹;
- la nature de sa « clientèle » (captive ou vulnérable)⁷²;
- le cadre d'organisation des services, ainsi que la disponibilité des ressources⁷³.

⁶⁹ *Central Alberta Dairy Pool*, précitée, p. 520-521.

⁷⁰ Le jugement rendu par la Cour suprême dans la célèbre affaire du kirpan à l'école est un exemple d'une approche tenant compte de la mission d'une institution publique. Voir *Multani c. CS Marguerite-Bourgeoys* (précitée). Ce jugement se fonde sur la garantie constitutionnelle de la liberté religieuse, et non sur le droit à l'égalité proprement dit. Néanmoins, à plusieurs reprises, la Cour se réfère à l'accommodement raisonnable (l'analogie avec cette notion étant qualifiée d'« utile » et de « logique »). Dans son approche, la Cour a le souci de mettre en lumière la spécificité de l'institution scolaire, laquelle constitue « un environnement unique », un « milieu de vie où enseignants et élèves sont appelés à collaborer dans le cadre de [la] mission éducative ». À défaut d'être nécessairement d'accord sur la portée donnée à la liberté religieuse dans cette affaire (ce qui est une autre histoire), sachons reconnaître à la Cour le mérite de n'avoir pas fait abstraction de la mission éducative de l'école. Au Québec, la mission de l'école est prévue, en termes assez platement fonctionnalistes, à l'article 36 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3.

⁷¹ V. par exemple l'art. 2 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2 : « [L]a présente loi établit un mode d'organisation des ressources humaines, matérielles et financières destiné à [...] :

5° tenir compte des particularités géographiques, linguistiques, socio-culturelles, ethno-culturelles et socio-économiques des régions;

6° favoriser, compte tenu des ressources, l'accessibilité à des services de santé et à des services sociaux selon des modes de communication adaptés aux limitations fonctionnelles des personnes;

7° favoriser, compte tenu des ressources, l'accessibilité à des services de santé et des services sociaux, dans leur langue, pour les personnes des différentes communautés culturelles du Québec ».

⁷² En raison de la nature particulière de leur clientèle, l'obligation d'accommodement raisonnable qui incombe à certaines institutions publiques peut aller au-delà de la simple tolérance. L'école publique, dont la clientèle est par définition captive et vulnérable (et qui est par ailleurs tenue de « faciliter le cheminement spirituel de l'élève » (L.I.P., art. 36)), pourrait être tenue à certaines obligations positives à l'égard des élèves ayant des besoins religieux particuliers. Un raisonnement semblable peut être tenu à propos des établissements de détention, puisque la « clientèle » de ces établissements est captive, cette fois au sens propre. Ces établissements doivent remplir leurs fonctions en respectant les droits et libertés des personnes sous leur garde, notamment en tenant compte de leurs convictions religieuses. Voir : Nations Unies, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, reproduit dans *Droits de l'homme (recueil d'instruments internationaux)*, Doc. N.U. ST/HR/Rev.2 (1983), p. 81-89 (règle n° 6). Un raisonnement semblable est susceptible de s'appliquer aux établissements du réseau de la santé caractérisés par une clientèle en perte d'autonomie.

⁷³ V. l'art. 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* : « Le droit aux services de santé et aux services sociaux [s'exerce] en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose ». Mais voir aussi l'art. 100 de la même loi : « Les établissements ont pour fonction d'assurer la prestation de services de santé et de services sociaux de qualité, qui soient continus, accessibles, sécuritaires et respectueux des droits des personnes et de leurs besoins spirituels [...]. À cette fin, ils doivent gérer avec efficacité et efficience leurs ressources humaines, matérielles, informationnelles, technologiques et financières ».

Un deuxième enjeu est d'intégrer de manière plus explicite les valeurs fondamentales protégées par la Charte dans le raisonnement juridique qui permet d'identifier les limites de l'accommodement raisonnable⁷⁴. Bien que l'obligation d'accommodement raisonnable repose sur l'une des valeurs qui sous-tendent les chartes des droits – l'égalité – les limites de cette obligation sont rarement définies en se référant de façon explicite au droit à l'égalité d'autrui, ou encore à d'autres droits consacrés. C'est sur cette base que la légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable est parfois remise en question. Cette problématique se pose tout particulièrement en matière religieuse, où une dimension communautaire (plutôt que « libérale » ou « sociale ») est souvent présente⁷⁵. Faut-il rappeler que, si la Charte québécoise se montre, en matière d'accommodement, tout aussi ouverte au pluralisme communautaire que les lois anti-discrimination du reste du Canada, elle n'accorde pas de primauté de principe à la liberté religieuse lorsque celle-ci entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à l'égalité ou le droit au respect de la vie privée⁷⁶ ?

On peut déplorer à cet égard la structure de la Charte, qui recourt à pas moins de *trois* procédés distincts pour limiter la portée des droits et libertés qui y sont reconnus, soit : l'article 9.1 pour les libertés et droits fondamentaux au sens strict; les articles 20 et 20.1 pour le droit à l'égalité; et les limitations dites « intrinsèques » propres à certains droits⁷⁷. Pourtant, un retour aux sources historiques de l'obligation d'accommodement raisonnable suffit à rappeler l'intime parenté qui existe entre cette obligation et le libre exercice des libertés fondamentales. En effet, n'est-ce pas en se référant à une liberté fondamentale (la liberté de religion) que la Cour suprême a introduit, dans *Simpsons-Sears*, l'obligation d'accommodement raisonnable en droit canadien⁷⁸ ? Le fait que la liberté religieuse et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion soient, en pratique, quasi interchangeables⁷⁹ amènera probablement à reconnaître un jour que l'ordre public, les valeurs démocratiques et le bien-être général dont parle l'article 9.1 de la Charte sont pertinents à l'identification des limites de l'obligation d'accommodement raisonnable. De cette reconnaissance, la réflexion juridique ne pourrait sortir qu'enrichie.

⁷⁴ Pierre BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », dans *Citoyenneté et droits fondamentaux. Une citoyenneté limitée, fragmentée, illusoire?*, (M. Coutu, P. Bosset, C. Gendreau et D. Villeneuve, dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 303-321.

⁷⁵ Sur l'émergence de la perspective communautaire dans la sphère du droit, voir : Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 61.

⁷⁶ Michel COUTU, « Les libertés et droits fondamentaux, entre individu et société », dans *La Charte québécoise des droits et libertés après 25 ans*, *op. cit.*, vol. 2, p. 190.

⁷⁷ Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, textes des conférences d'un colloque tenu les 28-29 septembre 2005 sous les auspices du Tribunal des droits de la personne et du Barreau du Québec; Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343-377.

⁷⁸ V. le passage de l'arrêt *Simpsons-Sears* cité plus haut sous la note 12.

⁷⁹ Voir : J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société canadienne à la diversité religieuse », *op. cit.*, p. 364.

CONCLUSION :

LE RÔLE DES JURISTES DANS LE DÉBAT SUR L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

*Nous nous intéressons au droit [...] parce que le droit est notre institution sociale la plus structurée et la plus révélatrice.*⁸⁰

Création de juristes, l'obligation d'accommodement raisonnable continue d'être définie par des juristes. Ils le font à la façon des juristes, en puisant dans les ressources conceptuelles de leur discipline, ressources qui sont autrement plus complexes et plus sensibles à la réalité sociale que ce que laisse croire une analyse superficielle de la jurisprudence, ou encore la « couverture » médiatique de l'accommodement raisonnable.

Face à la montée des revendications (non toujours fondées, il est vrai), on assiste cependant à l'émergence d'un consensus sur la nécessité d'une délibération publique élargie autour de l'accommodement raisonnable. Il nous paraît normal et même souhaitable que la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable n'échappent pas à la délibération publique, dans la mesure où des intérêts fort importants sont en jeu, notamment sur le plan des droits et libertés de la personne. Mais à son tour, la délibération publique saurait-elle se passer de la contribution des juristes ? À l'heure où des appels insistants se font pour que le débat sur l'accommodement raisonnable soit retiré des mains des juristes pour être abordé sous l'angle politique, il importe de rappeler que le droit exprime, sous une forme particulièrement achevée, les valeurs fondamentales d'une société. C'est donc à ses risques et périls qu'une société accepterait une forme de délibération publique qui exclurait d'emblée la contribution des juristes. En somme, si le droit est bien cette « attitude fraternelle » dont parle Dworkin, alors la voix des juristes méritera de s'exprimer, d'être entendue et d'être écoutée dans toute délibération publique sur l'accommodement raisonnable.

PB/cl

Édition pour le site Web de la Commission

Le présent document a été édité par la Direction des communications de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à partir du texte officiel, en vue de répondre à des besoins pratiques.

⁸⁰ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., p. 12.