

Postface - Une photo vaut-elle mille ...maux ?

Christian BRUNELLE*

Le programme de ce Congrès annuel 2008 avait notamment pour objectif de nourrir une réflexion, devenue nécessaire, sur le rôle de l'État dans la reconnaissance du principe d'égalité et la mise en œuvre des accommodements raisonnables requis pour en assurer le respect.

Dans nos sociétés marquées par la diversité, l'ampleur de ce défi démocratique apparaît d'autant plus considérable qu'il est susceptible de s'imposer dans toutes les facettes de l'action gouvernementale. Que l'État exerce l'autorité, à titre de gardien de l'ordre ou d'employeur, qu'il dispense des services aux citoyens ou qu'il agisse comme législateur, son action devrait se conformer aux valeurs et principes essentiels consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cela étant, c'est sans doute dans l'exercice de sa fonction *législative* que l'État fait face aux défis les plus importants. De fait, alors que le processus visant à mettre en œuvre des mesures d'accommodement raisonnable a un « caractère individualisé »,¹ le processus législatif consiste plutôt à concevoir des règles obligatoires d'application générale.² L'obligation d'accommodement raisonnable peut-elle, dans ces conditions, véritablement s'imposer au législateur ?

Jusqu'à tout récemment, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada militait fortement en faveur d'une réponse affirmative. D'une part, dans une affaire mettant en cause les droits à l'égalité constitutionnels, elle avait clairement affirmé que « ...le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des « limites raisonnables »... »³ de l'article premier de la *Charte canadienne*.

* Avocat ; Professeur titulaire, vice-doyen aux programmes de premier cycle et secrétaire, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

¹ *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4 (para. 22).

² *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31.

³ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 (para. 79).

De tels propos permettaient ainsi de penser que le législateur était bel et bien assujéti à l'obligation d'accommodement raisonnable mais qu'il pouvait exceptionnellement s'y soustraire, pourvu qu'il le fasse au moyen d'une « règle de droit » jugée raisonnable et justifiée « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

D'autre part, dans une affaire portant cette fois sur la liberté de religion garantie par la Constitution, une majorité de juges de la Cour estimait « logique » de faire un « rapprochement entre la notion d'accommodement raisonnable et l'analyse de la proportionnalité » inférée de l'article premier de la *Charte canadienne* :⁴

En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au cœur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne.⁵

Enfin, la Cour n'avait pas hésité à imposer aux concepteurs de normes, en milieu de travail, l'obligation de « tenir compte de tous les membres de la société dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire » et d'intégrer ainsi des modalités d'accommodement raisonnable dans ces mêmes normes :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. [...] La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement

⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6 (para. 52).

⁵ *Ibid.*, para. 53 (citant, avec approbation, le professeur José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, p. 360). Voir dans le même sens : Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans BARREAU DU QUÉBEC ET TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où ?*, Textes des conférences du colloque tenu à Montréal les 28 et 29 avril 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, 343, p. 372-374.

possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente.⁶

Or, dans un arrêt rendu le 24 juillet 2009⁷ — soit à peine 10 mois suivant la clôture du Congrès — la plus haute juridiction du pays vient de faire voler en éclats quelques certitudes...

L'AFFAIRE DES HUTTÉRITES : UNE PHOTOGRAPHIE DES FAITS...

Dès 1974, l'Alberta a contraint les automobilistes de la province à détenir un permis de conduire comportant obligatoirement leur photo. À l'époque, les autorités disposaient cependant d'un pouvoir discrétionnaire permettant de dispenser certains titulaires de permis de l'obligation de se faire photographier. C'est ainsi que, pendant de nombreuses années, les membres de la colonie Wilson, un petit groupe de dissidents de la communauté huttérite albertaine, avaient pu être exemptés de l'obligation d'être titulaires d'un permis de conduire avec photo. Selon la croyance sincère partagée par les membres de ce groupe, le fait de consentir à être photographié constitue un péché d'idolâtrie prohibé par le deuxième commandement.

En mai 2003, le gouvernement albertain adoptait une nouvelle réglementation dont l'effet était de supprimer le pouvoir discrétionnaire jusque-là reconnu aux fonctionnaires pour consentir à des exemptions justifiées par des motifs religieux. Du coup, les membres de la colonie Wilson ne pouvaient plus bénéficier de l'exemption aménagée en leur faveur depuis 1974.

Invoquant leur liberté de religion et leurs droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne*, les Huttérites contestaient la validité constitutionnelle du nouveau règlement albertain. Selon eux, l'impossibilité d'obtenir un permis de conduire sans devoir se laisser photographier menaçait la viabilité de leur mode de vie communautaire, rural et largement autosuffisant en les privant de la possibilité de se véhiculer pour aller vendre leurs produits agricoles, se procurer des denrées essentielles ou encore se rendre chez le médecin.

⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (para. 68) (La Cour souligne).

⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37.

En défense, le gouvernement de l'Alberta soutenait que sa nouvelle réglementation contribuait principalement à prévenir le phénomène du vol d'identité par la mise en place d'un système informatisé de reconnaissance faciale. Selon le ministère public, l'utilisation de ce système associé au processus de délivrance des permis de conduire empêchait un individu d'obtenir frauduleusement un permis en usurpant l'identité d'une personne déjà titulaire d'un permis, en plus d'éviter qu'une personne, elle-même déjà titulaire d'un permis, puisse tenter d'en obtenir un autre à des fins illicites.

À titre de mesure d'accommodement, les membres de la colonie proposaient qu'un permis de conduire sans photo puisse leur être émis comme par le passé, tout en consentant à ce qu'une mention y soit inscrite afin d'indiquer que ce permis ne peut constituer une pièce d'identité valide en Alberta.

L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT CONFINÉE À LA CHAMBRE NOIRE...

Dans une décision partagée où la voix d'un seul des sept juges qui ont entendu le pourvoi fait pencher la balance, la Cour conclut que la réglementation albertaine — jugée *a priori* contraire à la liberté de religion des Huttérites mais non à leurs droits à l'égalité — est pleinement raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dès les premiers paragraphes écrits sous la rubrique « Analyse », le ton est donné :

[...] la portée étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* représente un véritable défi. La plupart des règlements d'un État moderne pourraient être contestés par différentes personnes selon lesquelles ils auraient un effet plus que négligeable sur une croyance religieuse sincère. Donner suite à chacune de ces revendications religieuses pourrait nuire gravement à l'universalité de nombreux programmes réglementaires — dont celui en cause en l'espèce, qui vise à réduire l'utilisation des permis de conduire à mauvais escient — *au détriment de l'ensemble de la population.*⁸

Manifestement, il y a là une rupture de ton au regard des précédents de la Cour en matière de liberté de religion. Comment

⁸ *Ibid.* (para. 36) (nos italiques).

expliquer ce nouveau vocabulaire de la part d'une Cour qui, hier encore, vénérât d'emblée « l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent »,⁹ tout en insistant sur le fait que « [l]a tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne », une « valeur qui est à la base même de notre démocratie »¹⁰? Se pourrait-il que les braises encore chaudes de la « crise » des accommodements raisonnables vécue au Québec¹¹ mais aussi ressentie ailleurs au Canada, au lendemain de l'arrêt *Multani* de 2006, puissent expliquer cette soudaine modération judiciaire¹²? Un fait semble à tout le moins indéniable : les revendicateurs d'accommodements raisonnables connaissent depuis ce moment très peu de succès devant la plus haute Cour du pays.¹³

Non seulement l'affaire des Huttérites s'inscrit dans cette tendance mais elle tend manifestement à la renforcer. En effet, la Cour y affirme que l'obligation d'accommodement raisonnable n'a tout simplement pas sa place quand vient le moment de déterminer si une mesure législative ou réglementaire contestée en vertu de la *Charte canadienne* porte le moins possible atteinte aux droits constitutionnels :

À mon avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en

⁹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, supra note 4 (para. 79).

¹⁰ *Ibid.* (para. 76).

¹¹ Voir à ce propos le rapport de la COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation* (rédaction : Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR), Québec, 2008, 307 pages.

¹² Jean-Claude HÉBERT, « Permis de conduire et religion », *Journal du Barreau du Québec*, vol. 41, n° 9, septembre 2009, p. 10 : « On peut croire que certains juges de la haute Cour ont pris acte de la réaction négative d'une importante part de la société envers cette mesure d'arbitrage des litiges ».

¹³ Nous en voulons pour preuve les arrêts *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, supra, note 1; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 ; *Honda Canada Inc. c. Keays*, [2008] 2 R.C.S. 362, 2008 CSC 39. En fait, seul l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, semble faire exception mais rappelons qu'il s'agit d'une décision rendue par une faible majorité de cinq juges contre quatre...

application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la *Charte*.

[...]

De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. [...] On ne peut s'attendre à ce [que le législateur] adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. [...] [L]e tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.¹⁴

Ainsi comprise, l'obligation d'accommodement ne serait susceptible d'application à l'État que dans les cas où l'atteinte à une liberté ou un droit garanti par la *Charte canadienne* résulte d'« un acte gouvernemental ou une *pratique* administrative »¹⁵ — par opposition à une loi ou un règlement. À titre d'illustration, si le gouvernement-employeur doit « intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail »,¹⁶ le gouvernement-législateur n'aurait pour sa part aucune obligation similaire dans l'élaboration de normes obligatoires d'application générale.

Pour tenter de nous convaincre qu'il vaut mieux soustraire le législateur à l'obligation de démontrer l'existence d'une « contrainte excessive » dans les cas où une mesure législative ou réglementaire n'est pas suffisamment adaptée aux besoins de certaines personnes, la majorité y va d'une remarque surprenante. Elle affirme en effet que, « dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit », laissant ainsi sous-entendre que la notion de « contrainte

¹⁴ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 7 (para. 66 et 69).

¹⁵ *Ibid.* (para. 67).

¹⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra* note 6.

excessive » est trop rigide pour être raisonnablement applicable à l'exercice de la fonction législative ou réglementaire.¹⁷ Pourtant, la Cour elle-même a déjà répudié ce critère de la menace à la viabilité de l'entreprise en matière de discrimination, le jugeant précisément trop exigeant.¹⁸ Une solution de rechange — ou une mesure d'accommodement — « pourrait ne pas être pratique », écrivait-elle, « même si son adoption ne risque pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise ». ¹⁹ Tout cela laisse l'étrange impression que l'on tente subtilement de dénaturer la notion de « contrainte excessive » pour mieux l'évacuer de l'analyse.

Une fois l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive neutralisée, le ministère public se trouve du coup dispensé du fardeau de démontrer que la mesure d'accommodement sollicitée par la colonie — soit l'émission d'un permis de conduire sans photo comportant la mention « Non valide comme pièce d'identité » — n'est pas raisonnable. Cet allègement du fardeau de la preuve favorisera d'autant la conclusion de la majorité selon laquelle « la seule solution de rechange proposée compromettrait grandement l'objectif de réduire le risque [de vol d'identité] au minimum ». ²⁰

Dans les faits, l'application du critère de proportionnalité par la majorité, aux termes de l'article premier, est empreinte d'une telle déférence envers le gouvernement qu'elle suscitera, chez les juges minoritaires, des remarques très critiques à l'endroit de leurs collègues. Madame la juge Abella, dissidente, écrira « que les juges majoritaires font irrémédiablement fausse route », ²¹ jugeant même, à certains égards, leur « raisonnement troublant ». ²² Pour sa part, Monsieur le juge LeBel, également dissident, déplorera « le traitement plutôt superficiel des droits revendiqués par les intimés dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier ». ²³

¹⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, supra note 7 (para. 70).

¹⁸ Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1993, p. 44 et 95.

¹⁹ *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 349–350.

²⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, supra note 7 (para. 104).

²¹ *Ibid.* (para. 150).

²² *Ibid.* (para. 171).

²³ *Ibid.* (para. 182).

UN SOMBRE PORTRAIT POUR L'ÉGALITÉ...

Quant à l'allégation d'atteinte aux droits à l'égalité, elle sera réfutée en peu de mots. « À supposer que les intimés puissent démontrer que le règlement établit une distinction fondée sur le motif énuméré de la religion », écrit la majorité, « celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel ». ²⁴ Ces propos appellent deux remarques.

Premièrement, on se rappellera qu'en 2008, la Cour a finalement libéré les justiciables de l'obligation de prouver une atteinte à leur dignité pour être admis à se prévaloir de la garantie constitutionnelle d'égalité. ²⁵ Elle justifiait cette relecture par le fait que la notion de dignité « s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer ». ²⁶ Ce faisant, elle reformulait l'objet de la garantie d'égalité comme étant « la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes ». ²⁷ Or, voilà qu'elle réfère soudainement à un « stéréotype *méprisant* ». Est-ce à dire que pour pouvoir bénéficier de la protection de la *Charte canadienne*, les revendicateurs d'égalité seraient désormais tenus d'établir non seulement qu'ils sont l'objet d'un stéréotype mais aussi que celui-ci est au surplus « méprisant » ? Si tel devait être le cas, n'assisterions-nous pas à la résurgence, sous une autre forme, de ce « fardeau additionnel » auquel la Cour disait pourtant vouloir soustraire les personnes qui s'estiment victimes de discrimination ?

Deuxièmement, les considérations relatives à « un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel » ne devraient pas présenter la moindre pertinence au stade de la détermination de l'existence ou non d'une atteinte *prima facie* aux droits à l'égalité. D'une part, si tant est qu'un choix politique puisse être « neutre », ses *effets* ne le sont pas forcément. Or, il est admis depuis longtemps que la garantie constitutionnelle d'égalité permet d'attaquer non seulement les mesures gouvernementales dont l'*objet* apparaît discriminatoire mais aussi celles

²⁴ *Ibid.* (para. 108).

²⁵ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41.

²⁶ *Ibid.* (para. 22).

²⁷ *Ibid.* (para. 24).

dont les *effets* peuvent l'être.²⁸ D'autre part, toute discussion relative à la justification et à la rationalité des choix politiques devraient plutôt relever de l'article premier.²⁹

* * *

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire des Huttérites semble avoir reçu un accueil assez favorable dans l'opinion publique.³⁰ D'aucuns y verront sans doute un changement de cap salutaire, dont l'effet net pourrait être de freiner la multiplication des demandes d'accommodement et minimiser les risques conséquents qu'elle peut faire peser sur la cohésion sociale. Mais était-il bien nécessaire de mettre la fonction législative et réglementaire de l'État complètement à l'abri du principe de l'accommodement raisonnable sans contrainte excessive ? La promesse d'égalité dont ce principe est porteur pourra-t-elle jamais être réalisée si les concepteurs de normes, qu'elles soient législatives ou réglementaires, n'ont pas à se soucier outre mesure des effets de leurs règles de droit sur les minorités ? Si, comme nous le croyons, « l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité »,³¹ ne fallait-il pas que du sommet de la hiérarchie judiciaire émane un message clair voulant que la protection des minorités demeure constamment au centre des préoccupations des législateurs ? À cet égard, il nous semble que la Cour dans l'affaire des Huttérites a peut-être manqué, en toute déférence, de photosensibilité...

²⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra* note 3 (para. 60 et suiv.).

²⁹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; Jennifer KOSHAN, « Security Trumps Freedom of Religion for Hutterite Drivers », 10 août 2009 [En ligne: <http://ablawg.ca/author/jkoshan/>], p. 9.

³⁰ Voir notamment : Colby COSH, « On Hutterites, McLachlin demonstrates the clearer view », *National Post*, 28 juillet 2009 ; HÉBERT, *supra* note 12 ; André PRATTE, « Un coup de frein », *La Presse*, 28 juillet 2009; Jean-Louis ROY, « Des limites de l'accommodement raisonnable », *Le Devoir*, 29 juillet 2009; Jean-Robert SANSAÇON, « Liberté religieuse – Une décision fragile », *Le Devoir*, 29 juillet 2009; Alan SHANOFF, « Hutterite decision correct », *Toronto Sun*, 2 août 2009. Pour un point de vue plus critique : « No real risk of identity theft », *Globe & Mail*, 29 juillet 2009.

³¹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 (para. 33).