

**ACTUALITÉS DU DROIT DE LA LUTTE  
CONTRE LA DISCRIMINATION**

**ACTUELE TOPICS DISCRIMINATIERECHT**

Editors:

C. Bayart

S. Sottiaux

S. Van Drooghenbroeck

I. Arnouts – C. Bayart – E. Bribosia – D. Cuypers –

C. Deiteren – D. D'Hooghe – N. Denies – D. De Prins –

V. Ghesquière – K. Lemmens – J. Ringelheim – I. Rorive –

J. Sautois – V. van der Plancke – S. Van Drooghenbroeck –

C. Van Vyve

2010

riences flamande et étrangère tendent à montrer que celles-ci ne sont pas insurmontables.

Enfin, la question cruciale des modalités d'évaluation des plans reste à préciser. L'image positive dont jouit la notion de «diversité» dans le milieu des entreprises peut faciliter l'engagement de celles-ci dans une démarche qui, si elle est prise au sérieux, implique de leur part de questionner leurs pratiques d'embauche et, de manière générale, leur gestion des ressources humaines; or, la révision des représentations sociales des employeurs sur les (candidats) travailleurs demeure un aspect déterminant de la lutte contre les discriminations. Mais pour que les plans de diversité ne restent précisément pas limités à une question d'image, il est essentiel que les autorités qui subsidient de telles mesures assurent un contrôle rigoureux sur les actions effectivement mises en œuvre par les entreprises. Ce n'est qu'à cette condition que les plans de diversité peuvent constituer un véritable outil, parmi d'autres, contribuant à combattre les discriminations et l'exclusion sur le marché du travail.

## L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE POUR MOTIF RELIGIEUX: UN CONCEPT ISSU D'AMÉRIQUE DU NORD EN VOIE D'INTÉGRATION EN BELGIQUE ET EN EUROPE?!

**EMMANUELE BRIBOSIA**

Chargée de cours à l'Université Libre de Bruxelles, Directrice de la section juridique de l'Institut d'Études européennes,

**JULIE RINGELHEIM**

Chargée de recherches au FNRS et chargée de cours à l'Université catholique de Louvain,

**ISABELLE RORIVE**

Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles

<sup>1</sup> Cette contribution s'inspire pour partie de l'article rédigé par les mêmes auteurs, «Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse», paru à la revue trimestrielle des droits de l'homme, 2009, p. 319-373. Elle se fonde notamment sur des recherches menées dans le cadre de l'action de recherche concertée «L'étranger et l'autre à l'épreuve des transformations normatives et identitaires en Europe», coordonnée par le prof. Andrea Rea et financée par la Communauté française.

riences flamande et étrangère tendent à montrer que celles-ci ne sont pas insurmontables.

Enfin, la question cruciale des modalités d'évaluation des plans reste à préciser. L'image positive dont jouit la notion de «diversité» dans le milieu des entreprises peut faciliter l'engagement de celles-ci dans une démarche qui, si elle est prise au sérieux, implique de leur part de questionner leurs pratiques d'embauche et, de manière générale, leur gestion des ressources humaines; or, la révision des représentations sociales des employeurs sur les (candidats) travailleurs demeure un aspect déterminant de la lutte contre les discriminations. Mais pour que les plans de diversité ne restent précisément pas limités à une question d'image, il est essentiel que les autorités qui subsidient de telles mesures assurent un contrôle rigoureux sur les actions effectivement mises en œuvre par les entreprises. Ce n'est qu'à cette condition que les plans de diversité peuvent constituer un véritable outil, parmi d'autres, contribuant à combattre les discriminations et l'exclusion sur le marché du travail.

## L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE POUR MOTIF RELIGIEUX: UN CONCEPT ISSU D'AMÉRIQUE DU NORD EN VOIE D'INTÉGRATION EN BELGIQUE ET EN EUROPE?!

**EMMANUELLE BRIBOSIA**

Chargée de cours à l'Université Libre de Bruxelles, Directrice de la section juridique de l'Institut d'Études européennes,

**JULIE RINGELHEIM**

Chargée de recherches au FNRS et chargée de cours à l'Université catholique de Louvain,

**ISABELLE RORIVE**

Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles

<sup>1</sup> Cette contribution s'inspire pour partie de l'article rédigé par les mêmes auteurs, «Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse», paru à la revue trimestrielle des droits de l'homme, 2009, p. 319-373. Elle se fonde notamment sur des recherches menées dans le cadre de l'action de recherche...

## § 1. INTRODUCTION

Le concept d'accommodement ou d'aménagement raisonnable est originaire d'Amérique du Nord où il a émergé comme mode de gestion de la diversité religieuse, dans le cadre du droit de l'égalité, dans les années soixante-dix, aux États-Unis et dans les années quatre-vingt au Canada. Il repose sur un constat de base: certaines personnes, en raison d'une caractéristique qui leur est inhérente et qui constitue un motif prohibé de discrimination telle qu'un handicap, une croyance religieuse ou leur sexe, ne sont pas en mesure d'accomplir une tâche ou d'accéder à un lieu de manière conventionnelle. Dès lors que l'environnement dans lequel elles évoluent est organisé uniquement en fonction des individus qui ne présentent pas cette particularité, ces personnes se voient barrées l'accès à des emplois, à des services ou à d'autres activités. C'est donc l'interaction entre une caractéristique propre à un individu et l'environnement physique, social ou normatif, qui aboutit à priver celui-ci du bénéfice d'un emploi ou d'un service en principe ouvert à tous.<sup>2</sup> Or, il apparaît que dans un certain nombre de cas, un aménagement, c'est-à-dire une modification ou un ajustement, de cet environnement permettrait d'éviter aux personnes présentant cette spécificité d'être ainsi désavantagées par rapport aux autres individus. En conséquence, plusieurs systèmes juridiques considèrent que l'exigence d'égalité et de non-discrimination impose, dans ce type de situation, à l'employeur, à un autre acteur économique ou à une autorité publique, une obligation d'«aménagement raisonnable», c'est-à-dire l'obligation de prendre des mesures appropriées pour garantir à certaines catégories de personnes protégées contre la discrimination, la possibilité d'accéder à un emploi ou à un autre domaine d'activité. Mais cette obligation a une limite: l'aménagement envisagé doit être «raisonnable». Autrement dit, il ne doit pas entraîner une charge disproportionnée pour le titulaire de l'obligation.<sup>3</sup>

L'obligation d'aménagement raisonnable occupe une place à part dans le droit de l'égalité et de la non-discrimination. La doctrine est divisée sur la question de savoir s'il faut considérer le refus d'un tel accommodement comme une discrimination directe, une discrimination indirecte ou encore une forme distincte, *sui generis*, de discrimination.<sup>4</sup> D'un point de vue conceptuel, toutefois, l'obligation

<sup>2</sup> L. WADINGTON, «Reasonable Accommodations», dans D. SCHIEK, L. WADINGTON et M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart, Oxford and Portland, 2007, p. 629-756, p. 631.

<sup>3</sup> Voy. la définition proposée par P. BOSSET, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable», in M. JEZEQUEL, *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* (éd.) Yvon Blais, Cowansville (Québec), Canada, 2007, p. 3-28, p. 10.

<sup>4</sup> Sur cette controverse, voy. C. McCrudden, «Theorising European Law», in C. COSTELLO and E. BARRY (eds.), *Equality in Diversity – The New Equality Directives*, Irish Centre ...

tion d'aménagement raisonnable est étroitement liée à la notion de discrimination indirecte. Elle se fonde sur une conception substantielle de l'égalité (ou égalité réelle), qui reconnaît qu'une norme *a priori* neutre, au sens où elle n'opère pas formellement de distinction fondée sur un critère prohibé, peut se révéler discriminatoire dans ses effets, lorsqu'elle préjudicie dans les faits une catégorie d'individus protégés contre les discriminations – ce qui correspond précisément à la notion de discrimination indirecte. Le concept de discrimination indirecte, cependant, permet uniquement de déterminer si une disposition, un critère ou une pratique a un caractère discriminatoire. En principe, lorsque tel est le cas, cette disposition, ce critère ou cette pratique doit être abandonné et remplacé par une nouvelle mesure à portée générale non discriminatoire. Mais dans certaines situations, lorsqu'il apparaît que la mesure contestée, bien qu'entraînant un désavantage pour un groupe protégé, demeure la plus adaptée pour atteindre un objectif légitime, l'ajustement de celle-ci par l'introduction d'une exception peut se révéler le seul moyen d'en éliminer le caractère discriminatoire sans compromettre le but recherché. Vu sous cet angle, l'aménagement raisonnable peut être envisagé comme une réponse particulière, ayant valeur d'exception, à une discrimination indirecte.

Le concept juridique d'aménagement raisonnable puise ses origines en Amérique du Nord (États-Unis et Canada) où il a connu d'importants développements depuis les années soixante-dix, en lien notamment avec la gestion de la diversité religieuse (§ 2). Sa transposition ou son importation en Europe est aujourd'hui débattue. Formellement reconnu en droit communautaire en matière de handicap, depuis 2000, la question reste posée de savoir si, dans l'ordre juridique européen, l'interdiction de la discrimination indirecte ou la reconnaissance de la liberté religieuse entraînent une obligation d'aménagement de la diversité religieuse (§ 3). Quant à la Belgique, on y observe de nombreuses pratiques ou dispositifs, plus ou moins formalisés, dont la logique s'apparente à celle de l'aménagement raisonnable (§ 4).

## § 2. L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE DANS LE DROIT AMÉRICAIN ET CANADIEN

En Amérique du Nord, l'aménagement (ou accommodement) raisonnable s'est d'abord développé comme une application du principe d'égalité et de non-discrimination en matière religieuse. Les modèles américain et canadien ne sont cependant pas équivalents. L'origine du concept, sa portée, son champ d'appli-

.../...  
for European Law, 2003, p. 1-38, p. 27-28 et L. WASHINGTON, *op. cit.*, p. 740-754. Pour un aperçu des débats dans la doctrine américaine sur les rapports entre les concepts d'aména-

cation et ses interactions avec le droit constitutionnel de la liberté religieuse diffèrent de manière significative.

### I. Le droit américain

Le législateur américain est le premier à avoir consacré une obligation d'aménagement raisonnable, d'abord pour motif religieux, ensuite pour cause de handicap. À l'origine, c'est l'*Equal Employment Opportunity Commission* – l'agence fédérale chargée de veiller au respect de l'interdiction de la discrimination dans l'emploi, édictée par le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 – qui énonça, en 1968, dans l'une de ses directives, que l'employeur qui refuse d'accommoder les pratiques religieuses de ses employés alors que cela ne lui aurait pas causé une charge excessive (*undue hardship*), viole la législation fédérale anti-discriminatoire.<sup>5</sup> Ce point de vue fut rejeté par plusieurs juridictions fédérales dont la Cour suprême.<sup>6</sup> Aussi, en 1972, suite à un amendement déposé par le sénateur Randolph, membre des baptistes du septième jour qui pratiquent le sabbat le samedi, le Congrès modifia le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 pour y ajouter une obligation, pour l'employeur (privé ou public), d'adapter de manière raisonnable les conditions de travail d'un employé ou d'un candidat à un emploi, afin de lui permettre d'observer sa religion, à moins que cela n'entraîne pour l'employeur une contrainte excessive.<sup>7</sup> Dans l'affaire *TWA v. Hardison*,<sup>8</sup> la Cour suprême en a précisé les critères d'application. Le travailleur qui allègue un défaut d'aménagement raisonnable doit prouver qu'un précepte de sa religion, auquel il croit sincèrement, entre en conflit avec une règle de travail, qu'il a informé son employeur de cette situation, et qu'il a été sanctionné pour ne pas s'être conformé à cette règle. Il revient ensuite à l'employeur de démontrer, soit qu'il a proposé un aménagement raisonnable pour permettre à son employé de respecter les prescrits de sa religion, soit que tout aménagement raisonnable aurait entraîné une contrainte excessive pour son entreprise. S'il est généralement admis qu'un aménagement n'est pas «raisonnable» lorsqu'il porte at-

<sup>5</sup> 29 C.F.R. § 1605.1 (1968).

<sup>6</sup> Voy. R. L. CORRADA, «Toward an Integrated Disparate Treatment and Accommodation Framework for Title VII Religion Cases», *University of Denver Sturm College of Law, Legal Research Paper Series, Working Paper No. 07-12*, 2007, p. 19; *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971). Notez que cette décision de la Cour suprême fut rendue à quatre contre quatre (*equally divided court*). L'un des juges de la Cour suprême n'y ayant pas participé.

<sup>7</sup> «...to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business» (Title VII Civil Rights Act, § 701 (j)). Sur l'origine de cet amendement, voy. J. M. OLESKE, Jr., «Federalism, Free Exercise and Title VII: Reconsidering Reasonable Accommodation», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2004, Vol. 6, p. 525-572, p. 532.

teinte aux droits des autres travailleurs, plus controversée est l'interprétation extensive que la Cour suprême a donnée de la notion de contrainte excessive. Pour la Cour, il y a contrainte excessive dès que l'aménagement envisagé représente plus qu'un coût minimal pour l'employeur: «*To require TWA to bear more than a de minimis cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship*».<sup>9</sup> Cette approche contraste avec le critère posé plus tard par l'*American with Disabilities Act*, adopté en 1990, lequel définit la contrainte excessive comme une «*action exigeant une dépense ou une difficulté significative*».<sup>10</sup> Néanmoins, les employeurs ont pu être contraints, sur le fondement du titre VII du *Civil Rights Act*, d'accorder certains aménagements, tels que des dérogations aux règles d'habillement, des changements d'horaire n'impliquant ni le paiement d'heures supplémentaires, ni l'atteinte aux droits des autres employés (comme des dérogations aux avantages liés au système d'ancienneté mis en place dans l'entreprise) ou des autorisations d'absence ponctuelle à l'occasion de fêtes religieuses.<sup>11</sup>

Parallèlement à la législation anti-discriminatoire, la question de savoir si une obligation d'aménagement, à charge des législateurs fédéral et fédérés, peut être déduite du droit à la liberté de religion, tel que protégé par le premier Amendement à la Constitution des États-Unis, par la clause dite «du libre exercice» (*Free Exercise Clause*), est vivement débattue par la doctrine constitutionnelle américaine depuis plusieurs décennies. Pour Kent GREENAWALT, il s'agit là de l'interrogation la plus cruciale que soulève la garantie constitutionnelle de la liberté de religion à l'époque contemporaine.<sup>12</sup> La position de la Cour suprême sur ce point a varié au cours du temps. Dans l'affaire *Sherbert v. Verner* (1963), la Cour pose en principe qu'une législation qui restreint de manière substantielle, quoique indirecte, la liberté d'un individu d'observer un prescrit de son culte, ne peut lui être appliquée, à moins que l'État fédéral ou fédéré ne prouve que l'application de cette loi à cette personne répond à un intérêt public impérieux.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 84. Voy. les critiques de K. ENGLE, «The Persistence of Neutrality: The Failure of the Religious Accommodation Provision to Redeem title VII», *Texas Law Review*, 1997, Vol. 76, p. 312-433, p. 387-406.

<sup>10</sup> *American with Disabilities Act* (1990), 42 U.S.C. § 12111(10).

<sup>11</sup> Sur cette jurisprudence, voy. J. M. OLESKE, Jr., *op. cit.*, p. 533-535; K. ENGLE, *op. cit.*, p. 387-406; S.A. ROSENZWEIG, «Restoring Religious Freedom to the Workplace: title VII, RFRA and Religious Accommodation», *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, vol. 144, p. 2513-2536, p. 2517-2522; C. L. EISGRUBER and L. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 87-108.

<sup>12</sup> K. GREENAWALT, *Religion and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, Vol. I, p. 15. Voy. aussi B. NOWIT EVANS, *Interpreting the Free Exercise of Religion. The Constitution and American Pluralism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1997, spec. chap. 8, p. 204-227.

Mais en 1990, dans *Employment Division v. Smith*,<sup>14</sup> elle revient sur cette position et déclare que, sauf exception, la Constitution n'oblige pas le législateur à accorder d'exemption pour motif religieux: lorsqu'une loi est valide, il suffit d'établir qu'elle n'est pas dirigée contre une pratique religieuse ou un groupe professionnel pour justifier son application à des individus qui auraient des objections de nature religieuse à son encontre.<sup>15</sup> Suite à cet arrêt, le Congrès américain est intervenu et a adopté en 1993 le *Religious Freedom Restoration Act* pour rétablir un «droit d'exemption» dans les limites énoncées dans l'arrêt *Sherbert*.<sup>16</sup> En conséquence, à l'heure actuelle, un individu peut, en vertu du *Religious Freedom Restoration Act*<sup>17</sup> ou d'une loi semblable adoptée par un État fédéré, bénéficier, en vertu de son droit à la liberté religieuse, d'une dérogation à certaines obligations légales, lorsque la loi en cause, bien que neutre et de portée générale, restreint de manière substantielle sa liberté de pratiquer sa foi, et ce sans justification suffisante. Cette possibilité d'exemption suppose, cependant, la réunion de plusieurs conditions qui en restreignent substantiellement la portée: la personne qui allègue une atteinte à son droit à la liberté de religion doit être sincère, c'est-à-dire qu'elle doit croire sincèrement au précepte religieux qu'elle invoque. Le critère de «sincérité» vise à éviter qu'un individu ne réclame abusivement, par opportunisme, une exemption pour motif religieux.<sup>18</sup> Ensuite, la restriction à la pratique d'un culte doit être substantielle, c'est-à-dire qu'elle doit atteindre un certain seuil de gravité. Enfin, l'exemption ne peut être accordée si elle a pour conséquence d'entraver la réalisation d'un objectif public impérieux.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> 494 U.S. 872 (1990).

<sup>15</sup> Pour plus de détails sur ces affaires, permettons-nous de renvoyer à notre article «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *op. cit.*, p. 327-333.

<sup>16</sup> La Cour suprême déclara cette loi invalide pour ce qui concerne les États fédérés, au motif que le Congrès, agissant sur la base du 14<sup>ème</sup> Amendement de la Constitution, n'avait pas, à l'égard des États, le pouvoir de redéfinir les droits fondamentaux d'une manière incompatible avec sa jurisprudence (*City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)). Plusieurs États ont toutefois adopté des lois au contenu similaire.

<sup>17</sup> Pour une application de cette législation par la Cour suprême, voy. *Gonzalez v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

<sup>18</sup> Une condition similaire a été dérogée par la jurisprudence canadienne (*infra*, point II du § I). Les modalités, mais aussi la légitimité, d'un tel «contrôle de sincérité», suscitent toutefois la controverse. Voy. K. GREENAWALT, *op. cit.*, p. 109-123 et p. 205-207; D. E. STREINBERG, «Rejecting the Case Against the Free Exercise Exemption: A Critical Assessment», *Boston University Law Review*, 1995, Vol. 75, p. 241-320, p. 277-286.

<sup>19</sup> Sur l'interprétation de ces critères, voy. K. GREENAWALT, *op. cit.*, p. 200-228. Les tribunaux américains ont appliqué avec une grande indulgence le critère de l'intérêt public impérieux, lorsqu'il s'agissait de justifier le refus des autorités d'exempter un individu de l'application d'une norme générale pour motif religieux. Tandis que certains auteurs critiquent cette attitude, K. GREENAWALT est d'avis que c'est ce critère lui-même qui est inadapté dans ce type de cas. Il est excessif, selon lui, d'exiger des autorités qu'elles prouvent un intérêt public impérieux.



## II. Le droit canadien

Le Canada ne fut pas pionnier quant à l'introduction du concept juridique de l'aménagement – dit accommodement – raisonnable dans le droit de l'anti-discrimination, puisqu'il avait été précédé sur ce terrain par les États-Unis. Mais c'est le pays dans lequel cette notion a connu les plus importants développements, au point de devenir, en tant qu'outil de gestion de la pluralité ethnoculturelle et religieuse, une véritable question de société. La couverture médiatique et les débats qui s'en sont suivis, depuis le début des années 2000, témoignent de la place centrale acquise par cette notion au Québec et, plus largement, au Canada.<sup>20</sup> Ce qu'on a appelé la « crise des accommodements »<sup>21</sup> s'est traduit par le retentissement médiatique hors-norme de cas d'accommodements pour motifs religieux ou de pratiques apparentées dans la province du Québec. Cette « période d'ébullition » s'est étendue sur les années 2006 et 2007<sup>22</sup> et a débouché sur la mise sur pied, par le Premier ministre du Québec, de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, dite « Bouchard-Taylor », en février 2007.<sup>23</sup> La Commission a d'emblée pris le parti de ne pas s'en tenir à la dimension juridique du problème mais de voir dans le débat sur les accommodements raisonnables le symptôme d'un questionnement plus fondamental sur le modèle d'intégration socioculturelle mis en place au Québec depuis les années 1970.

L'apparition du concept juridique d'accommodement raisonnable au Canada remonte aux années 1980.<sup>24</sup> Cette création prétorienne fut d'abord l'œuvre des

.../... de justification intermédiaire, entre l'intérêt public impérieux et le simple caractère rationnel de la loi, par exemple un intérêt public significatif, serait selon lui plus approprié (*op. cit.*, p. 215).

<sup>20</sup> Même si le développement des accommodements raisonnables et leur médiatisation venaient pour l'ensemble du Canada, la crise qu'ils ont engendrée s'est surtout manifestée au Québec.

<sup>21</sup> *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements liés aux différences culturelles, Gouvernement du Québec, 2008 (disponible sur le site de la Commission: [www.accommodements.gc.ca/](http://www.accommodements.gc.ca/)), p. 46 et suiv.

<sup>22</sup> Pour une chronologie détaillée reprenant la majeure partie des pratiques d'accommodement ayant donné lieu à la crise, voy. Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 47-60.

<sup>23</sup> Décret du gouvernement du Québec n° 95-2007 concernant la constitution de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 8 février 2007.

<sup>24</sup> Voy. notamment pour une présentation du concept et de ses origines, l'excellent article de J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill* 1008 Vol. 43, n° 275, 2011.

tribunaux spécialisés dans l'application des lois sur les droits de la personne,<sup>25</sup> avant d'être mobilisée devant les tribunaux judiciaires et d'être consacrée, pour la première fois, par la Cour suprême, en 1985,<sup>26</sup> à l'occasion de l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears Limited*.<sup>27</sup> En l'occurrence, Madame O'Malley, vendeuse de grand magasin, s'était vu refuser un aménagement de ses horaires de travail, alors qu'elle avait signalé à son employeur qu'ils étaient incompatibles avec sa religion lui prescrivant l'observance stricte du sabbat. Elle s'estimait par conséquent victime d'une discrimination indirecte fondée sur sa religion. En l'absence de toute référence expresse à cette notion dans le Code ontarien des droits de la personne,<sup>28</sup> la Cour suprême déduit du principe d'égalité et de non-discrimination une obligation d'accommodement raisonnable à charge de l'employeur.<sup>29</sup> En droit canadien, la notion d'accommodement raisonnable apparaît comme intrinsèquement liée à une conception substantielle du droit à l'égalité<sup>30</sup> et, en particulier, à l'interdiction de la discrimination indirecte, c'est-à-dire la discrimination résultant de l'effet préjudiciable d'une norme et non de la formulation de celle-ci.<sup>31</sup> L'obligation d'accommodement, corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte, consiste en un devoir, pour celui qui est à l'origine de la norme, pratique ou politique apparemment neutre ayant un effet préjudiciable sur une personne en raison d'un motif de discrimination interdit, de recourir à tous les moyens raisonnables pour tenir compte des besoins particuliers de cette personne et la soustraire aux effets discriminatoires de la norme, pratique ou mesure en cause. Cette obligation s'impose dès lors indépendamment d'une référence textuelle

<sup>25</sup> Il s'agit de lois adoptées au niveau de chaque province ou au niveau fédéral, qui ont pour principal objectif de combattre les discriminations fondées sur certains motifs et dont la mise en œuvre est assurée par des organes spécialisés institués à cet effet. Ces lois présentent la particularité, à la différence de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982, d'imposer des obligations tant aux autorités publiques que dans les rapports « horizontaux » entre particuliers.

<sup>26</sup> J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable... », *op. cit.*, 1998, p. 329.

<sup>27</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après *O'Malley*).

<sup>28</sup> Le Code ontarien des droits de la personne a été modifié depuis cette affaire, en 1986, pour prévoir explicitement l'obligation d'accommodement raisonnable (*L.R.O. 1990 (Ontario) c. H 19*, art. 11, 24).

<sup>29</sup> *O'Malley*, [1985] 2 R.C.S., p. 554-555.

<sup>30</sup> Les principes d'égalité et de non-discrimination sont reconnus dans les différentes lois sur les droits de la personne ainsi que dans les Chartes québécoise (art. 10) et canadienne (art. 15).

<sup>31</sup> Par la suite, la Cour suprême canadienne a établi, de manière claire, que l'obligation d'accommodement s'appliquait également dans des cas de discrimination directe (*Colman/In-*

expresse, même si elle a été intégrée, à la suite de sa consécration jurisprudentielle, dans certaines lois sur les droits de la personne.<sup>32</sup>

Fondée sur le droit de l'égalité lui-même, l'obligation d'accommodement raisonnable a un large champ d'application. Contrairement à ce que laisse penser la publicité donnée aux accommodements pour motifs religieux, les cas d'application les plus nombreux relevés au Canada sont ceux relatifs au handicap, suivis de ceux fondés sur d'autres motifs tels que le sexe, l'origine nationale<sup>33</sup> ou l'âge<sup>34</sup>. Le caractère transversal du principe d'accommodement raisonnable se manifeste également dans l'étendue de son champ d'application matériel. S'il a connu ses principaux développements dans le domaine des relations d'emploi, il n'y est pas cantonné puisqu'il s'applique également dans le domaine de l'offre de biens et services destinés au public – en particulier l'éducation ou les soins de santé.<sup>35</sup> En outre, il s'impose tant aux individus dans leurs rapports avec d'autres personnes privées qu'aux autorités publiques.<sup>36</sup> Dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* du 24 juillet 2009,<sup>37</sup> rendu à une majorité de quatre juges contre trois, la Cour suprême marque toutefois une limite à l'extension de la notion d'aménagement raisonnable dans les relations avec les pouvoirs publics. Elle admet que celle-ci peut être utile lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité d'une restriction à un droit garanti résultant d'un acte gouvernemental

ou d'une pratique administrative affectant un individu en particulier.<sup>38</sup> En revanche, à la différence des tribunaux inférieurs s'étant prononcés dans cette même affaire, elle juge qu'il en va autrement lorsqu'est en jeu une mesure législative d'application générale. «De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées (...)».<sup>39</sup> La validité d'une législation d'application générale doit être appréciée en fonction de critères moins exigeants que celui de l'obligation d'accommodement raisonnable: le gouvernement peut la justifier en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné.<sup>40</sup> Néanmoins, en contrôlant le caractère minimal de l'atteinte, la Cour tient compte de la possibilité ou non de solutions alternatives. En l'espèce, les membres de la colonie hutterite Wilson, invoquaient leur croyance, qualifiée de sincère, selon laquelle le deuxième des dix commandements leur interdirait de se faire photographe volontairement. Ils dénonçaient le règlement de la Province d'Alberta qui imposait, sans exemption possible, le port d'une photo sur le permis de conduire. Pour la Cour, cette mesure poursuit l'objectif légitime de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire en réduisant les risques de fraudes ou de vols d'identité. Elle est, en outre, convaincue par les arguments de la Province qu'aucune solution de rechange n'aurait permis de rencontrer substantiellement cet objectif tout en évitant aux plaignants de se faire photographe.

En droit canadien, l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse peut également découler de la liberté religieuse, telle que garantie notamment par la Charte canadienne des droits et libertés (article 2a) et par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec (article 3).<sup>41</sup> De ce point de vue, la liberté de conscience et de religion, d'une part, et l'interdiction des discriminations fondées sur la religion ou les convictions, de l'autre, sont largement interchangeables en tant que fondement d'une telle obligation d'accommodement.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> *Ibid.*, [67].

<sup>33</sup> *Ibid.*, [69]. De même, le concept de «contrainte excessive» lui paraît malaisé à appliquer au législateur qui adopte des mesures législatives (*ibid.*, § 70). À propos des difficultés de transposer, à l'activité législative et réglementaire, la notion d'accommodement raisonnable, initialement développée dans les domaines de l'emploi et de l'offre des biens et services, voy. aussi les observations de J. WOERHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 357-359.

<sup>34</sup> *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [71].

<sup>35</sup> J. WOERHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 369 et suiv.; J. WOERHLING, «La place de la religion dans les écoles publiques du Québec», in *Actes de la XVIII<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, éd. Yvon Blais, Cowansville, 2006, p. 3-62, spéc. p. 12 et suiv.

<sup>36</sup> J. WOERHLING, «La liberté de religion, l'obligation de neutralité religieuse de l'État et le

<sup>37</sup> Voy., notamment, la disposition introduite en 1998 dans la loi canadienne sur les droits de la personne qui reconnaît que tous les individus ont droit, en vertu du principe de non-discrimination, «à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins» (*L.R.C.* (1985), ch. H-6, art. 2; 1996, ch. 14, art. 1; 1998, ch. 9, art. 9). Cette consécration législative n'apporte cependant guère de précision essentielle quant au contenu et aux limites de l'obligation d'accommodement raisonnable par rapport à la jurisprudence de la Cour suprême (P. Bossier, *op. cit.*, 2007, p. 10).

<sup>38</sup> Pour un exemple d'application, voy. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency*, J.E. 2004-966 (T.D.P.). Il s'agissait, en l'espèce, de l'obligation pour un cégep (établissement d'enseignement supérieur) de tenir compte des difficultés particulières éprouvées par des migrants pour produire certains documents officiels.

<sup>39</sup> Pour des cas de jurisprudence relatifs à d'autres critères de discrimination que la religion, voy. P. BOSSIER, *op. cit.*, 2007, p. 13-14). Cet auteur relève à cet égard que «la plupart d'entre nous sommes susceptibles de bénéficier un jour d'un accommodement raisonnable au titre d'un motif de discrimination [prohibé]» (p. 14). Il signale, en outre, les nombreuses potentialités subversives d'un tel principe, notamment lorsqu'il est appliqué dans une démarche sociale militante, pour compenser le fait que la pauvreté est souvent un obstacle à l'exercice de droits, tels que l'accès aux biens et services destinés au public.

<sup>40</sup> Concernant les difficultés particulières à appliquer le concept d'aménagement raisonnable dans le domaine des services publics, voy. A. SARIS, «L'obligation juridique d'accommodement raisonnables», in H. DORVILLE (dir.), *Problèmes sociaux, PUQ, Coll. Problèmes sociaux et interventions sociales*, 2007, titre IV, p. 385-425.

<sup>41</sup> Il importe de noter qu'à la différence des lois sur les droits de la personne et de la Charte québécoise, la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 n'impose que des obligations



Les accommodements, comme en témoigne la description très détaillée qui en est faite dans le rapport *Bouchard-Taylor*, sont susceptibles de prendre des formes variées. Qu'il soit imposé par un tribunal ou négocié à l'amiable, il peut résider soit dans une dispense pure et simple de l'application de la règle indirectement discriminatoire,<sup>43</sup> soit dans l'aménagement d'un régime d'exception.<sup>44</sup> L'accommodement peut également consister en la mise à disposition des intéressés d'installations ou de services particuliers, tels que l'accès à des menus spécifiques dans les hôpitaux ou les prisons. Si l'accent mis sur la contextualisation des solutions aboutit à une grande diversité des types d'accommodements qui seront, le plus souvent, identifiés au cas par cas, il n'en reste pas moins que, pour que naisse l'obligation juridique d'accommodement, il faut qu'une atteinte à la liberté religieuse ou une discrimination fondée sur la religion ait été préalablement constatée.<sup>45</sup>

L'obligation d'accommodement n'existe que dans la mesure du «raisonnable», une exigence progressivement précisée de manière prétorienne. Cette limitation et, par conséquent, les moyens de défense opposables à une demande d'accommodement diffèrent selon le contexte (emploi, biens et service, éducation) et selon que la demande est adressée à un particulier ou à une autorité publique.

<sup>43</sup> La Gendarmerie royale du Canada a ainsi autorisé les Sikhs à servir dans ses rangs en les dispensant de l'obligation de porter le chapeau de feutre traditionnel. Cette décision de la Gendarmerie a été attaquée comme contraire à la liberté religieuse des membres du public susceptibles d'entrer en contact avec les gendarmes portant le turban, la barbe et le poignard rituel Sikhs. La Cour fédérale (Section de 1<sup>ère</sup> instance) a toutefois rejeté cet argument (*Grant c. Canada (Procureur Général)*, [1995] 1 C.F. 158).

<sup>44</sup> C'est cette dernière solution qui a prévalu relativement au port du *kirpan* (poignard rituel porté par les Sikhs) dans une école publique, à l'occasion de la fameuse affaire *Multani*. Un règlement d'une école interdisant la possession d'armes a été jugé, par la Cour suprême, indirectement discriminatoire à l'égard des élèves Sikhs. En l'espèce, le requérant, un élève Sikh, a été autorisé à porter le *kirpan* à l'école publique, à condition «que le *kirpan* soit porté sous ses vêtements; que le fourreau dans lequel le *kirpan* se trouve ne soit pas en métal mais en bois; de façon à ce qu'il perde son aspect contondant; que le *kirpan* soit placé dans son fourreau, enveloppé et cousu d'une façon sécuritaire dans une étoffe solide; que le personnel de l'école puisse vérifier, de façon raisonnable, que les conditions imposées ci-dessus sont respectées; que l'élève ne puisse en aucun temps se départir de son *kirpan* et que la disparition de ce dernier soit rapportée aux autorités de l'école immédiatement». (*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] C.S.C. 6) tel que présenté par J. WOERHLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, note 45.

<sup>45</sup> C'est précisément ce qui permet de distinguer les accommodements raisonnables des simples *ajustements* «offerts ou consentis pour faciliter l'intégration des membres des minorités religieuses ou culturelles ou pour favoriser la bonne entente entre majorité et minorités.» (J. WOERHLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, p. 20). Le rapport *Bouchard-Taylor* emploie cette distinction dans un sens quelque peu différent puisqu'il limite les accommodements raisonnables aux aménagements obtenus par voie judiciaire et englobe sous l'appellation d'«ajustements concertés» ceux qui résultent d'une négociation citoyenne, que l'obliga-

C'est dans le domaine de l'emploi que l'on dispose des indications les plus développées quant aux limites de l'obligation d'accommodement. Pour y échapper, l'employeur doit d'abord démontrer le caractère rationnel, par rapport à l'emploi en cause ou au fonctionnement de l'entreprise, de la politique ou de la norme génératrice d'une discrimination indirecte fondée sur la religion. Cette condition, qui correspond aux impératifs de gestion<sup>46</sup> («*business necessity*» en droit américain), n'est pas particulièrement exigeante mais, dans certains cas, elle pourra entraîner l'invalidation de la norme.<sup>47</sup> Une fois le caractère rationnel de la norme ou de la politique établi, reste encore à l'employeur à apporter la preuve qu'il a fait tous les efforts nécessaires afin de trouver un accommodement,<sup>48</sup> mais que cela implique pour lui une contrainte excessive (*undue hardship*). La jurisprudence de la Cour suprême invite à apprécier cette contrainte excessive avec une grande souplesse. Ainsi, plutôt que de définir cette notion de manière exhaustive, la Cour préfère énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier,<sup>49</sup> tels que les limites des ressources financières et matérielles, l'atteinte aux droits et le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution.<sup>50</sup> Ces facteurs doivent être considérés dans le contexte de chaque demande et avec une grande flexibilité. Au-delà de cette approche casuistique,

<sup>46</sup> L'exigence de lien rationnel est définie comme «une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires également applicables à tous ceux qu'elle vise» (Juge Wilson, in *Central Alberta Dairy Pool* [1990] 2 R.C.S. p. 520-521).

<sup>47</sup> Si le caractère rationnel de la norme ou de la politique indirectement discriminatoire ne peut être démontré, la sanction sera l'invalidation de la norme plutôt que son accommodement raisonnable (J. WOERHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 342).

<sup>48</sup> L'obligation de négocier de bonne foi est réciproque et l'auteur de la demande d'accommodement ne peut refuser des propositions qui lui seraient faites au simple motif qu'il ne s'agit pas selon lui de la solution idéale ou de celle qu'il demandait. Ainsi, dans l'affaire *Islamic Schools Federation of Ontario*, (1997) 145 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 659 (Cour divisionnaire de l'Ontario), alors que les requérants demandaient que la Commission scolaire ferme ses écoles à l'occasion de deux grandes fêtes musulmanes (pour «compenser» le fait que les fêtes chrétiennes majeures sont des jours fériés légaux), la Cour a considéré que l'obligation d'accommodement avait été remplie dans la mesure où la Commission scolaire avait prévu que des enseignants pourraient aider les enfants absents pour ces fêtes religieuses à rattraper leur retard et avait donné comme directive de ne pas prévoir d'examen ou d'activité importante lors de ces fêtes. L'obligation d'accommodement n'allait pas jusqu'à obliger la Commission à fermer ses écoles durant ces fêtes. Une telle solution aurait pour effet, dans la mesure où il faudrait l'étendre aux fêtes des autres confessions représentées dans les écoles, de créer des difficultés logistiques insurmontables pour les écoles et la commission scolaire (la référence à cette affaire est reprise de J. WOERHLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, note 46). Sur l'obligation de collaboration dans la négociation de l'accommodement, voy. aussi: A. SAGS, «L'obligation juridique d'accommodement raisonnable», *op. cit.*, p. 385 et suiv.

<sup>49</sup> Il s'agit de la position du juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (*Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)* [1990] 2 R.C.S. p. 520-521).

<sup>50</sup> Ces facteurs ont notamment été synthétisés par Christian BRUNELLE (*Discrimination et*

le rejet du critère de *minimis*, d'application aux États-Unis, a clairement été établi.<sup>51</sup> Cela signifie notamment que des preuves factuelles et concrètes de la contrainte excessive doivent être apportées: de simples hypothèses ou spéculations ne suffisent pas. Ainsi, le refus d'un congé pour motif religieux ne peut se justifier par la seule crainte d'une avalanche de demandes, cet effet «boule de neige» doit être prouvé *in concreto*.<sup>52</sup> Il en va de même de l'éventuel argument tiré de la protection des droits des autres travailleurs: il faudra prouver qu'au sein de l'entreprise considérée, les différentes demandes d'aménagements des horaires de travail pour motifs religieux aboutiraient à déstructurer l'entreprise. Si les critères d'appréciation de la contrainte excessive ont été identifiés de manière relativement précise dans le domaine des relations d'emploi, la question reste plus indéterminée pour ce qui concerne le secteur des services et, en particulier, des services publics, à propos duquel la jurisprudence est rare.<sup>53</sup>

Au rang des nombreux défis qu'engendre le développement de la notion d'accommodement raisonnable pour la société québécoise et plus largement pour le Canada,<sup>54</sup> la question des conditions à remplir pour pouvoir se prévaloir d'un accommodement en matière religieuse retient l'attention. Que l'on se fonde sur le droit à l'égalité ou sur la liberté religieuse, il faut pouvoir démontrer en quoi la règle, norme ou pratique a un effet préjudiciable sur une personne en raison de sa religion. Mais l'auteur de la demande d'accommodement doit-il établir le caractère objectif de sa croyance ou, simplement, qu'il croit sincèrement au précepte religieux en cause? La Cour suprême s'est prononcée, en 2004, dans un

<sup>51</sup> *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud* [1992] 2 R.C.S. p. 984. Dans cette affaire, un accommodement des horaires de travail avait été refusé à un gardien, adventiste du septième jour, travaillant pour le conseil scolaire en Colombie-britannique, au motif notamment que la seule mesure pratique envisageable (créer un roulement des équipes du dimanche au jeudi plutôt que le vendredi soir) entraînerait une exception à la convention collective refusée par le syndicat. À cette occasion, la Cour suprême a refusé qu'un employeur soit purement et simplement libéré de son obligation d'accommodement raisonnable lorsque cela nécessiterait une modification de la convention collective à laquelle s'oppose le syndicat. À propos d'un autre argument parfois invoqué, à savoir l'effet de l'accommodement sur le moral des employés, la Cour précise que «[c]e facteur doit être appliqué avec prudence. Il faut tenir compte des craintes légitimes des employés que leurs droits soient lésés. Cependant, des oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes».

<sup>52</sup> Un tel argument – risque d'effet boule de neige s'il accordait à la demanderesse, adventiste du septième jour de ne pas travailler le dimanche – avait été soulevé par l'employeur dans l'affaire *Smart c. T. Eaton*, en 1993. Le tribunal des droits de la personne l'avait écarté car il n'était pas prouvé *in concreto*. Dans les faits, seuls 3 employés sur 1500 ont demandé un tel accommodement à la suite du jugement intervenu (*Smart c. Eaton Liée* [1993] J.T.D.P.Q. n° 2, 1993 TDPQ 602).

<sup>53</sup> P. BOSSERT, *op. cit.*, 2007, p. 24; Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 163.

<sup>54</sup> M. BOSSERT, *op. cit.*, 2007, p. 24; Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 163.

arrêt controversés<sup>55</sup> rendu par une majorité de cinq juges contre quatre, en faveur d'une conception subjective et individualiste de la liberté de religion.<sup>56</sup> Les avantages de cette approche subjective privilégiée par la Cour suprême ont été mis en exergue par la Commission «Bouchard-Taylor». Elle évite aux tribunaux de devoir s'immiscer dans l'interprétation des textes ou dogmes religieux ou d'avoir à définir ce qu'est une religion – problème jugé quasiment insoluble par certains.<sup>57</sup> Cette technique contre également le risque que les tribunaux ne marginalisent les religions minoritaires ou les voix minoritaires au sein d'une communauté de foi et leur permet de s'inscrire dans l'évolution contemporaine du fait religieux dans le sens de l'individualisation et de la subjectivisation.<sup>58</sup> Ces avantages ont toutefois leurs revers. En particulier, en axant l'examen judiciaire sur le point de vue subjectif du requérant, elle pourrait indûment faciliter les revendications opportunistes et frauduleuses. Autre difficulté, la vérification de la sincérité pourrait être de nature à entraver le droit au respect de la vie privée des individus.<sup>59</sup>

Un autre défi de taille réside dans la situation de conflit de droits que certaines demandes d'accommodement engendrent. Fondée sur des droits plus généraux, l'obligation juridique d'accommodement n'est pas absolue; elle peut être limit-

<sup>55</sup> Pour une analyse critique de la position de la Cour suprême dans cette affaire, voy. notamment: A. SARIS, «La prise en considération des convictions religieuses par le droit positif au Canada», à paraître dans M.-C. FOBLERS, P. FOUCHER, M. GRAZIADEI, R. GTARI et J. VANDERLINDEN (dir), *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Bruylant, Bruxelles, 2009 (Actes du Septième Colloque international du CICLEF).

<sup>56</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 [2004] 2 R.C.S. Dans cette affaire, était en cause une demande de dérogation à un règlement de copropriété d'un immeuble émanant de juifs orthodoxes désireux de construire une *souccah* (cabane construite à l'occasion de la fête de *Souccot* ou fête des cabanes) individuelle sur le balcon de leur appartement. Le syndicat des copropriétaires avait formulé une proposition d'accommodement consistant à installer une *souccah* commune dans les jardins de l'immeuble mais cette solution avait été refusée par les demandeurs qui l'estimaient incompatible avec leurs croyances religieuses, selon leur interprétation des présents de leur foi. Le juge de première instance, suivi par la Cour d'appel, avait considéré que, pour qu'une pratique soit protégée par la liberté de religion, le demandeur devait démontrer qu'elle était prescrite par les enseignements officiels de sa foi. En l'espèce, le juge avait expressément accordé plus de crédit à l'expertise du rabbin témoignant pour le syndicat des copropriétaires qu'à celle du rabbin témoignant pour les plaignants. Les cinq juges majoritaires de la Cour suprême ont accueilli l'appel en accordant, au contraire, une importance décisive à la croyance subjective des plaignants. Ils ont conclu qu'il y avait eu atteinte à leur liberté de religion, celle-ci ne pouvant être justifiée par la défense du droit de propriété des autres copropriétaires. Pour une analyse approfondie de cette affaire et de ses conséquences, voy. J. WOERNLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, p. 390 et suiv.

<sup>57</sup> En principe, le droit à l'accommodement raisonnable n'est pas restreint aux convictions religieuses mais doit s'étendre aux convictions laïques, vu que les deux Chartes protègent non seulement la liberté de religion, mais également la liberté de conscience. Voy. en ce sens, *Maurice c. Canada (P.G.)*, (2002) 210 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 186.

<sup>58</sup> P. BOSSERT, *op. cit.*, p. 24.

tée, par la nécessité de protéger d'autres droits ou un intérêt public important. Dans une telle situation, les tribunaux procèdent à un exercice de pondération orienté vers la recherche d'une conciliation des droits en conflit, qui permette à chacune des parties d'exercer leur droit. Mais comme le reconnaît le rapport de la Commission «Bouchard-Taylor», la conciliation des droits ne sera pas toujours possible. Par exemple, lorsque des parents s'opposent, en raison de leurs convictions religieuses, à ce que leur enfant bénéficie d'une transfusion sanguine alors que cela est nécessaire à sa survie, l'exercice du droit à la liberté de religion se révèle incompatible avec le respect du droit à la vie de l'enfant. Dans un tel cas, la direction de l'hôpital de l'Ontario avait décidé de passer outre au refus des parents. Cette attitude a été jugée licite par la Cour suprême.<sup>60</sup> Un autre motif important de préoccupation réside dans les demandes tendant à constater la mixité entre les sexes ou mettant à mal le principe d'égalité entre les femmes et les hommes. À cet égard, le rapport considère que les critères élaborés par les tribunaux permettent déjà de refuser des demandes d'accommodement raisonnable fondées sur des convictions religieuses, qui porteraient indûment atteinte à l'égalité des sexes.<sup>61</sup>

### § 3. L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE DANS L'ESPACE JURIDIQUE EUROPEËN

Dans l'espace juridique européen, il n'y a guère de référence expresse à une obligation d'aménagement raisonnable en matière religieuse, à tout le moins au niveau supranational. Cela ne signifie pas que cette notion n'a aucune place dans les ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme (I) et de l'Union européenne (II). Sous l'influence du développement du droit de l'égalité et pour répondre aux problèmes pratiques que génère la diversification du religieux dans les sociétés contemporaines, l'Europe intègre progressivement la logique des aménagements raisonnables, quoique, le plus souvent, de manière informelle, embryonnaire ou implicite.

#### I. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Les institutions de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ont eu à connaître de plusieurs affaires dans lesquelles était en jeu une requête équivalant à une demande d'aménagement raisonnable pour motif religieux.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> *R. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S., p. 315.

<sup>61</sup> Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 175.

<sup>62</sup> Sur la question des aménagements raisonnables pour cause de handicap dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. O. DE SCHUTTER, «Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the ECHR», in A. I. AUSTON and C. GOODE,

Elles se sont longtemps montrées peu favorables à la reconnaissance d'un «droit à l'aménagement raisonnable», que ce soit en vertu du droit à la liberté religieuse (article 9 de la Convention) pris isolément, ou de l'article 9 combiné à l'article 14, qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. Du point de vue de l'article 9, ce concept pouvait pourtant trouver un appui dans le critère de proportionnalité qui conditionne la compatibilité avec la Convention d'une mesure limitant la liberté de manifester sa religion. Aux termes de l'article 9 § 2, en effet, une restriction au droit à la liberté religieuse n'est licite qu'à condition d'être prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de l'un des objectifs légitimes mentionnés dans cette disposition. La notion de «nécessité dans une société démocratique» est interprétée par la Cour comme impliquant une exigence de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but poursuivi. Or, dans plusieurs affaires, elle a considéré que le caractère proportionné d'une mesure supposait notamment que, parmi plusieurs moyens d'atteindre une finalité, les autorités optent pour le moins attentatoire aux droits et libertés.<sup>63</sup> Dans cette optique, il est possible de soutenir que lorsqu'une norme, justifiée par un objectif légitime, entrave la liberté de certains individus d'observer leur religion et qu'il apparaît qu'un aménagement de cette norme permettrait d'éviter cette ingérence dans la liberté religieuse sans pour autant compromettre la réalisation du but recherché, cette deuxième solution doit être privilégiée car elle constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre l'objectif poursuivi.<sup>64</sup>

La Cour et la Commission, toutefois, se sont refusées à s'engager dans cette voie dans leur interprétation de l'article 9.<sup>65</sup> En témoigne, par exemple, la décision

.../...

(eds), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart, Oxford, 2005, p. 35-63. Sur la question de l'aménagement, pour motif religieux, de normes générales et apparemment neutres dans la jurisprudence des instances de la Convention, voy. C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 168-199; S. STAVROS, «Freedom of Religion and Claims for Exemption from Generally Applicable, Neutral Laws: Lessons from Across the Pond?», *E.H.R.L.R.*, No. 6, 1997, p. 607-627 et J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 167-169 et 323-338.

<sup>63</sup> Voy. S. VAN DROOCHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, F.U.S.L., Bruxelles, 2001, p. 190-219.

<sup>64</sup> Pour une application d'un tel raisonnement en matière de handicap, sur la base de l'article 8 (droit à la vie privée) combiné avec l'article 14, voy. Cour européenne Dr. H. (1<sup>ère</sup> section), *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009.

<sup>65</sup> Il est à noter que dans d'autres domaines que celui de la liberté religieuse, l'examen du critère de proportionnalité a parfois conduit la Cour à considérer qu'une norme, bien que poursuivant un but légitime en général, entraînait, dans certaines de ses applications particulières, une restriction disproportionnée.

de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, du 12 juillet 1978, sur le recours d'un requérant britannique de religion sikhe alléguant que l'obligation imposée par la loi en Grande-Bretagne de porter un casque pour rouler à motocyclette emporte violation de sa liberté de religion puisqu'elle est incompatible avec le port du turban. Pour rejeter la requête, la Commission se contente de déclarer que la mesure poursuit un but légitime au regard de l'article 9 § 2, à savoir la protection de la santé.<sup>66</sup> Elle estime donc inutile de procéder à un contrôle de proportionnalité en examinant si une mesure alternative, garantissant la protection de la santé sans entraver la liberté des sikhs de pratiquer leur culte, était ou non- envisageable. La Commission a également été saisie de plusieurs requêtes introduites par des travailleurs relativement à des constatations sur leurs jours de congé. Dans une affaire *X. c. Royaume-Uni* décidée en 1981,<sup>67</sup> le requérant est un instituteur de confession musulmane travaillant dans une école publique de Londres, qui se plaint du refus des autorités scolaires d'aménager son horaire de travail de manière à lui permettre de s'absenter 45 minutes en début d'après-midi le vendredi afin d'assister à la prière à la mosquée. Tout en affirmant que l'article 9 peut entraîner pour l'État «des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la liberté de religion de l'individu»,<sup>68</sup> la Commission juge que les faits en cause ne révèlent aucune ingérence dans la liberté du requérant de manifester sa religion. L'élément déterminant, aux yeux de la Commission, est le fait que ce dernier a «de son plein gré, accepté des obligations pédagogiques en vertu de son contrat avec l'ILEA [l'*Inner London Education Authority*] et que c'est à la suite de ce contrat qu'il s'est lui-même mis dans l'incapacité de travailler pour l'ILEA et d'assister aux prières du vendredi». <sup>69</sup> Ce raisonnement a été largement critiqué par la doctrine pour son formalisme.<sup>70</sup> En considérant qu'il n'y a pas eu ingérence dans la liber-

.../...

maintien de la norme sans possibilité d'exception la rendait disproportionnée par rapport à l'objectif recherché et donc contraire à la Convention. Voy., par exemple, Cour européenne dr. h., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *Série A*, Vol. 160, § 49; Cour européenne dr. h. (Grande Chambre), *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 149-152. Voy., sur ce point, S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 213, n° 282 et J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme, op. cit.*, p. 330-332.

<sup>66</sup> Commission européenne dr. h., *X. c. Royaume-Uni*, 12 juillet 1978, *D.R.* 14, p. 234.

<sup>67</sup> Commission européenne dr. h., *X. c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981, *D.R.* 22, p. 39.

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 3, p. 44.

<sup>69</sup> *Ibid.*, § 9, p. 46.

<sup>70</sup> La Commission ignore le contexte juridique dans lequel le requérant a fait ce choix: la réglementation permet aux travailleurs de ne pas travailler le dimanche mais ne prévoit aucune protection pour ceux qui souhaiteraient s'absenter pour motif religieux un autre jour, fût-ce pour un laps de temps relativement court, comme en l'espèce. Dans ces conditions, le requérant n'était pas en position de négocier son horaire de travail; il ne pouvait que l'accepter tel qu'il lui était proposé ou renoncer à un poste à temps plein. Voy. notamment J. VELAERS et M.-C. FOLLETS, «L'appréhension du fait religieux par le droit. — À propos des minorités religieuses», *Rev. trim. dr. h.*, n° 30, 1997, p. 273-307; C. EVANS, *op. cit.*

té de religion de l'instituteur, la Commission fait l'économie d'un contrôle de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Un tel examen l'aurait conduite à vérifier si les autorités avaient des motifs légitimes de refuser d'adapter l'horaire du requérant pour éviter le conflit avec sa liberté de religion, par exemple parce qu'un tel aménagement aurait entraîné une atteinte aux droits d'autrui ou perturbé de manière excessive le fonctionnement de l'institution scolaire. La Commission rejette également le grief du requérant tiré de la violation de l'article 14. Celui-ci faisait valoir qu'à la différence des musulmans, les travailleurs chrétiens n'ont pas de difficulté à concilier leurs obligations professionnelles et la pratique de leur religion, puisque les dates des congés officiels correspondent aux grandes fêtes chrétiennes. Pour réfuter cet argument, la Commission observe simplement que «dans la plupart des pays, seules les fêtes religieuses de la majorité de la population sont déclarées jours fériés». <sup>71</sup> Elle semble ainsi admettre implicitement que la règle attaquée a un impact différent sur la liberté religieuse des individus, selon qu'ils adhèrent à la religion majoritaire ou à une foi minoritaire. Mais elle juge inutile de s'interroger sur la légitimité de cette distinction et sur la possibilité d'envisager des aménagements propres à atténuer le préjudice causé aux personnes pratiquant une religion minoritaire, pour la simple raison que cette situation lui paraît parfaitement naturelle puis- qu'elle correspond à la norme établie dans de nombreux États. <sup>72</sup>

Un point de vue différent sur la question de l'aménagement semble poindre dans une décision isolée *S. H. et H. V. c. Autriche* du 13 janvier 1993.<sup>73</sup> Les requérants, qui étaient juifs pratiquants, critiquaient le refus d'un tribunal autrichien d'accéder à leur demande de report d'une audience en justice prévue dans une affaire les concernant, au motif que la date à laquelle elle était fixée correspondait à une fête juive importante. La Commission laisse entendre que, si les requérants, une fois avertis de la date de l'audience, avaient dûment informé le tribunal de son caractère problématique au regard de leur religion, celui-ci aurait dû établir une nouvelle date. Mais en l'espèce, les requérants ont réagi trop tard: ils n'ont écrit au tribunal que dix jours avant la date fixée pour l'audience, alors qu'ils en étaient informés depuis quatre mois. Compte tenu de la complexité de l'affaire, qui impliquait un grand nombre de personnes, et de la tardiveté de la

.../...

p. 130-131; T.J. GUNN, «Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights», in J.D. VAN DER VYVER and J. WITTE, Jr. (ed.), *Religious Human Rights in Global Perspective - Legal Perspectives* (vol. 2), Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, p. 305-330, p. 312. Voy. toutefois, en faveur de cette décision, J.F. FLAUS, «Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française», *Rev. trim. dr. h.*, n° 22, 1995, p. 201-228, p. 226.

<sup>72</sup> *X. c. Royaume-Uni*, § 28.

<sup>73</sup> Comp. avec l'arrêt *Big M Drug Mart* de la Cour suprême canadienne.

<sup>74</sup> Commission européenne dr. h., *S. H. et H. V. c. Autriche*, 13 janvier 1993 (le texte de cette



demande, la Commission considère que la décision du tribunal n'était pas déraisonnable – un raisonnement comparable à celui de la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire *Vivien Prais*.<sup>74</sup>

Quoi qu'il en soit, c'est avec l'arrêt de Grande Chambre *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 que la problématique de l'aménagement raisonnable connaît un véritable tournant dans la jurisprudence de la Cour, sur le terrain de l'article 14. Jusque-là, la Cour considérait que la règle de non-discrimination inscrite à l'article 14 interdisait uniquement à l'État de conférer, sans justification objective et raisonnable, un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues. Dans l'arrêt *Thlimmenos*, elle reconnaît, pour la première fois, que la norme de non-discrimination présente une autre facette: elle fait également interdiction à l'État d'appliquer, sans justification objective et raisonnable, «un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes». <sup>75</sup> En l'espèce, le requérant, témoin de Jéhovah, conteste le refus des autorités grecques de le nommer expert-comptable, malgré sa réussite à l'examen prévu à cet effet, au motif que cinq ans auparavant, il a été condamné pour crime grave pour avoir refusé, en raison de ses convictions religieuses, d'effectuer son service militaire. La décision des autorités se fonde sur une loi qui interdit l'accès à la profession d'expert-comptable à toute personne reconnue coupable d'un crime. La Cour, tout en reconnaissant que cette loi poursuit en principe un objectif légitime, à savoir écarter de cette profession des personnes malhonnêtes ou peu fiables, déclare que son application à M. THLIMMENOS manque de justification pertinente et raisonnable: ce dernier, condamné pour avoir fait objection au service militaire, se trouve dans une situation notablement différente des autres personnes reconnues coupables d'un crime, car sa condamnation, vu ses motifs, «ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession». <sup>76</sup> La Grèce rétorque, cependant, que la loi étant générale, elle ne pouvait faire autrement que de l'appliquer au requérant. Mais la Cour écarte cette objection: c'est «en adoptant la législation critiquée sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime», <sup>77</sup> que l'État grec a enfreint le droit du requérant

<sup>74</sup> Voy. *infra* dans la présente contribution, point II du § 3. Mentionnons également une décision ancienne du 5 mars 1976, relative au recours d'un détenu de religion juive, qui se plaint de ne pas avoir obtenu de nourriture *casher* et qu'aucun office religieux juif ne soit célébré en prison. La Commission ne conclut au caractère manifestement mal fondé de la requête qu'après avoir observé que le détenu s'est vu offrir un régime *casher*, qu'il a eu des contacts avec un visiteur juif laïc, que les initiatives des autorités ont été approuvées par le Grand Rabbin, et que, par conséquent, les autorités «ont fait leur possible pour respecter les convictions du requérant». (Commission européenne dr. h., X. c. *Royaume-Uni*, 5 mars 1976, D.R. 5, p. 8). Sur cette décision, voy. les observations de J. VEUJ et R. ERGEC dans *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 590.

<sup>75</sup> Cour européenne dr. h. (Grande Chambre), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44. <sup>76</sup> *Ibid.* § 47.

de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit à la liberté religieuse. L'arrêt *Thlimmenos* consacre ainsi deux principes: d'abord, la règle de non-discrimination inscrite à l'article 14 de la Convention est transgressée lorsqu'un État, sans justification objective et raisonnable, n'applique pas un traitement différent à des personnes placées dans des situations dissemblables. Ensuite, pour éviter une discrimination de cet ordre, en particulier pour motif religieux, l'État peut être requis d'aménager une norme générale, le cas échéant en prévoyant des exceptions appropriées. Bien que ces termes ne soient pas utilisés, ce second principe peut être assimilé à une obligation d'aménagement raisonnable.<sup>78</sup>

Dans sa jurisprudence postérieure, cependant, la Cour n'a pas, à ce jour, fait de nouvelles applications de cette seconde conséquence de la règle de non-discrimination dégagée dans l'affaire *Thlimmenos*, bien qu'elle ait, par ailleurs, reconnu et développé la notion de discrimination indirecte.<sup>79</sup> Plusieurs décisions paraissent même en retrait par rapport à cet arrêt. Ainsi, dans l'arrêt *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 avril 2006, elle semble exprimer son adhésion à la jurisprudence de la Commission en matière de contestations sur les jours de congé.<sup>80</sup> L'affaire *El Morsli c. France* du 4 mars 2008, fondée, comme l'arrêt *Kosteski* sur l'article 9 pris isolément, est également révélatrice de la réticence de la Cour de Strasbourg à déduire de la liberté religieuse un droit à l'aménagement raisonnable. La Cour y déclare irrecevable la requête d'une femme de confession musulmane qui se plaint de ne pas avoir été autorisée à accéder au consulat de France à Marrakech pour y déposer une demande de visa d'entrée en France afin d'y rejoindre son mari, au motif qu'elle refusait de retirer son foulard à l'entrée pour se soumettre à un contrôle d'identité. La requérante soutient qu'elle était prête à ôter son foulard en présence d'une femme

<sup>78</sup> En ce sens, O. M. ARNARDOTTER, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2003, p. 101; et O. DE SCHUTTER, «Reasonable Accommodations and Positive Obligations...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>79</sup> Voy. Cour européenne dr. h. (Grande Chambre), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007.

<sup>80</sup> Cour européenne dr. h. (3<sup>ème</sup> section), *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006, § 37. L'objet du litige était différent de celui des affaires X. c. *Royaume-Uni* et *Kontineni*: le droit de l'ex-République yougoslave de Macédoine autorise les travailleurs de confession musulmane à prendre congé lors de fêtes musulmanes reconnues, tandis que les fêtes chrétiennes de Noël et de Pâques sont déclarées congés officiels pour tous les citoyens. Si le requérant avait fait l'objet de sanctions disciplinaires pour s'être absenté de son travail à la Compagnie d'électricité de Macédoine lors de fêtes musulmanes, c'est que ses employeurs estimaient qu'il n'était pas réellement musulman. Ils l'accusaient d'avoir exercé de manière abusive le droit conféré aux fidèles de cette religion de prendre congé à ces dates spécifiques. La Cour, après avoir rappelé la jurisprudence précitée de la Commission, saisit cette occasion pour déclarer ne pas être persuadée que le fait, pour un travailleur, de s'absenter pour célébrer une fête religieuse puisse être considéré comme une

et qu'elle aurait pu ainsi être identifiée. Mais la Cour énonce qu'à supposer que les autorités consulaires aient été saisies de cette question, le fait d'avoir refusé de charger un agent féminin de procéder à l'identification de Mme El Morsli, n'excédait pas la marge d'appréciation de l'État en matière de contrôle de sécurité.<sup>81</sup> Marge nationale d'appréciation, tel est également l'argument avancé par la Cour pour écarter la question de l'aménagement raisonnable dans les six décisions rendues le 30 juin 2009<sup>82</sup> à propos de l'expulsion d'élèves musulmans ou sikhs de leur école en France en application de la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux ostensibles à l'école publique.<sup>83</sup> Les élèves visés par la mesure avaient en effet proposé une solution alternative pour pouvoir continuer à fréquenter l'école – porter un bonnet ou un bandana à la place du foulard, un sous-turban («keski») à la place du turban sikh, alléguant que ces signes étaient discrets et n'avaient pas de connotation religieuse. Pour la Cour, dès lors que l'interdiction posée par la loi du 15 mars 2004 est jugée compatible avec l'article 9 de la Convention, apprécier si les alternatives suggérées par les élèves constituent ou non des signes religieux ostensibles, relève de la marge discrétionnaire de l'État.<sup>84</sup>

Ce survol de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme autorise une conclusion nuancée: si, dans l'état actuel de la jurisprudence, le droit à la liberté de religion, tel qu'il est interprété par la Cour, n'offre pas un terrain favorable au développement d'une obligation d'aménagement raisonnable, il en va autrement de la règle de non-discrimination garantie à l'article 14. Depuis l'arrêt *Thlimmenos*, la Cour reconnaît en effet, sur le plan des principes, qu'il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, un État s'abstient d'aménager une norme générale, au besoin en y introduisant des exceptions, pour éviter d'appliquer un traitement identique à des personnes placées dans des situations dissemblables, lorsque ce traitement pénalise les personnes pratiquant une religion déterminée.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Cour européenne dr. h. (3<sup>ème</sup> section), *El Morsli c. France*, 4 mars 2008.

<sup>82</sup> Ces décisions ont été rendues le 30 juin 2009 par la cinquième section de la Cour: *Aktas c. France* (requête n° 43563/08), *Ghazal c. France* (requête n° 29134/08), *Bayrak c. France* (requête n° 14308/08) et *Gamaleddyn c. France* (requête n° 18527/08) concernent l'interdiction du port du foulard à l'école. *Jasvir Singh c. France* (requête n° 25463/08) et *Ranjit Singh c. France* (requête n° 27561/08) concernent l'interdiction du port du turban sikh.

<sup>83</sup> Loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *J.O.*, n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190.

<sup>84</sup> Voy. les décisions citées à la note 82. Ces deux affaires, antérieures à la loi française du 15 mars 2004, concernent l'expulsion de leur école d'élèves musulmans qui refusaient d'ôter leur foulard durant les cours d'éducation physique, mais qui avaient proposé de le remplacer par un bonnet. Voy. aussi Cour européenne dr. h. (5<sup>ème</sup> section), *Dogru c. France* et *Kervanci c. France*, arrêts du 4 décembre 2008, § 75.

<sup>85</sup> Voy. aussi en matière de handicap, Cour européenne dr. h. (1<sup>ère</sup> section), *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, par. 94-95. Le requérant, diabétique, avait été déclaré inapte au service militaire et astreint à payer une taxe d'exemption au motif qu'il était atteint d'un handicap léger.

## II. Le droit communautaire

La notion d'aménagement raisonnable est relativement nouvelle en droit communautaire. Elle a été consacrée le 27 novembre 2000 par la directive 2000/78/CE<sup>86</sup> (ci-après «directive Emploi») visant à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, plus particulièrement, à lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.<sup>87</sup> Cette consécration demeure limitée: l'obligation d'accorder des aménagements raisonnables ne vaut qu'en faveur des personnes handicapées<sup>88</sup> et dans le secteur de l'emploi.<sup>89</sup> Elle pourrait être étendue, toujours exclusivement pour les personnes handicapées, aux domaines de la sécurité sociale, de l'éducation et de l'accès aux biens et services si la proposition de directive présentée le 2 juillet 2008 par la Commission<sup>90</sup> obtenait l'unanimité<sup>91</sup> au Conseil.

...

– taxe à laquelle n'étaient pas soumises les personnes atteintes de handicap lourd. La Cour, pour conclure que la mesure n'était pas proportionnée au but poursuivi, observe que plutôt que de contraindre le requérant à payer une taxe, alors que celui-ci était disposé à effectuer son service, il aurait été possible de mettre en place des formes particulières de service militaire ou de remplacement adaptées aux personnes dans sa situation. Il était donc possible d'atteindre le but visé par une mesure moins attentatoire aux droits du requérant.

<sup>86</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.* n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16).

<sup>87</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78/CE. Par contre, la notion d'aménagement raisonnable n'est pas mentionnée dans la directive 2000/43/CE (ci-après «directive Race») relative au principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O.* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22).

<sup>88</sup> Pour une définition autonome et uniforme de la notion de handicap en droit communautaire, voy. l'arrêt *Chacon Navas* (CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-13/05).

<sup>89</sup> La notion d'emploi et travail est entendue de manière large par la directive 2000/78/CE. Elle englobe, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, les conditions de recrutement, de promotion, de travail et de licenciement ainsi que l'accès à tous les types de formation professionnelle et l'affiliation à une organisation de travailleurs ou d'employeurs (art. 3(1) de la directive 2000/78/CE).

<sup>90</sup> Articles 3 (champ d'application) et 4 (égalité de traitement des personnes handicapées) de la proposition de directive du Conseil présentée par la Commission, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM(2008) 426 final). Cette proposition de directive tend à aligner le champ d'application matériel de la directive Emploi sur celui de la directive Race.

<sup>91</sup> La proposition de directive du 2 juillet 2008 est basée, comme les directives «race» et «emploi», sur l'art. 13 CE, introduit à l'occasion du Traité d'Amsterdam, qui exige que le Conseil statue à l'unanimité. Sur la portée de cette disposition, voy. notamment E. Dubour.



En revanche, aucune obligation d'aménagement raisonnable n'est reconnue par les textes de droit communautaire quand il s'agit de tenir compte, non plus du handicap dont souffre une personne, mais de sa religion ou de ses convictions particulières. Il n'en reste pas moins que la question d'une telle obligation peut se poser dans l'appréciation de certains cas de discrimination indirecte. Rappelons qu'une discrimination indirecte «se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions [données], à moins que [...] cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires [...]».<sup>92</sup> Construite par la Cour de justice des Communautés européennes pour assurer une portée effective au principe de l'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes,<sup>93</sup> la notion de discrimination indirecte se fonde sur une conception substantielle de l'égalité (ou égalité réelle) qui reconnaît qu'une norme *a priori* neutre, au sens où elle n'opère pas formellement de distinction fondée sur un critère prohibé, peut se révéler discriminatoire dans ses effets, lorsqu'elle préjudicie dans les faits une catégorie d'individus protégés.

Alors que discriminer directement une personne pour un motif religieux est totalement illicite, sauf dans le cas particulier des entreprises dites «de tendance»,<sup>94</sup> une discrimination indirecte fondée sur la religion peut être justifiée selon les critères classiques encadrant les atteintes aux droits fondamentaux: la légitimité de l'objectif poursuivi couplée au rapport de proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés. Or, dans l'exercice de ce contrôle de proportionnalité peut se poser la question de l'aménagement raisonnable. Une mesure entraînant un désavantage particulier pour les personnes d'une certaine confession mais poursuivant un but légitime, peut-elle passer avec succès le test de proportionnalité s'il s'avère qu'un aménagement raisonnable de celle-ci permettrait d'éviter le préjudice causé à ces personnes? Songeons, par exemple, au règlement d'un laboratoire de chimie qui interdirait, pour des raisons de sécurité le port de tout couvre-chef et imposerait de se vêtir d'un tablier *ad hoc*. Cette règle, «apparemment neutre», a pour effet de désavantager les personnes de confession musulmane portant le voile. Si elle poursuit incontestablement un objectif légitime, est-elle pour autant «appropriée» ou même «nécessaire» quand elle s'applique à une personne qui porte un voile ignifuge, pour concilier l'impératif

de sécurité avec la pratique de sa foi? En d'autres termes, la possibilité d'un aménagement raisonnable, quand elle se vérifie, ne vient-elle pas paralyser la justification de la discrimination indirecte?<sup>95</sup>

La question est délicate et les enseignements fournis par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sont maigres. À ce jour, seul l'arrêt *Vivien Prais*,<sup>96</sup> prononcé en 1976 dans le cadre du contentieux de la fonction publique européenne, est directement pertinent pour notre propos. En l'espèce, Madame Vivien Prais avait présenté sa candidature à un concours général organisé par le Conseil des Communautés européennes en vue de procéder au recrutement d'un traducteur. Après avoir été informée que les épreuves écrites se dérouleraient un vendredi, elle a fait savoir au Conseil qu'il s'agissait du premier jour de la fête juive de Chavouoth, une date à laquelle les prescrites de sa religion lui interdisaient de se déplacer et d'écrire. Sa demande de passer cette épreuve à une autre date lui ayant été refusée, elle saisit la Cour de justice alléguant notamment que cette décision violait la clause du statut des fonctionnaires selon laquelle ceux-ci sont choisis sans distinction de race, de croyance ou de sexe. Tout en déboutant la requérante, la Cour reconnaît qu'il est «souhaitable que l'autorité investie du pouvoir de nomination s'informe, de façon générale, des dates qui pourraient ne pas convenir pour des motifs d'ordre religieux, et tâche d'éviter de fixer les épreuves à de telles dates».<sup>97</sup> D'un autre côté, la Cour rappelle qu'un concours qui a lieu sur épreuves écrites implique qu'elles soient identiques pour tous et aient lieu dans les mêmes conditions.<sup>98</sup> Partant, l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est tenue d'adapter la date des épreuves que si elle a été avertie en temps utile, c'est-à-dire avant la convocation des autres candidats. La Cour semble faire implicitement application du concept d'aménagement raisonnable: pour ne pas discriminer (indirectement) les candidats fonctionnaires, les institutions européennes doivent, dans la mesure du possible et dans les limites de la bonne organisation des concours, aménager la date des épreuves. Le concept d'aménagement raisonnable se retrouve donc bien en filigrane dans le droit communautaire antérieur à la directive Emploi et ce dans le contexte de la discrimination religieuse.

<sup>92</sup> Art. 2(2)(b) de la directive 2000/78/CE précitée.

<sup>93</sup> Voy. principalement les arrêts *Jenkins* (CJCE, 31 mars 1981, aff. 96/80) et *Bilka-Kaufhaus* (CJCE, 13 mai 1986, aff. 170/84) pour lesquels la Cour de justice s'est inspirée d'une jurisprudence de la Cour suprême américaine (*Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)), que cette dernière a par la suite abandonnée (voy., en particulier, *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) et *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642, 109 S.Ct. 2115 (1989)).

<sup>94</sup> Art. 4(2) de la directive 2000/78/CE précitée.

<sup>95</sup> Sur les liens entre discrimination indirecte et aménagement raisonnable pour motif religieux en droit communautaire, voy. aussi L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination - The EU Law*, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2006, p. 20-22.

<sup>96</sup> CJCE, 27 octobre 1976, *Vivien Prais*, aff. 130-75.

#### § 4. L'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE DE LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE EN DROIT BELGE

Dans la consultation relative aux «expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la sphère publique»<sup>99</sup> menée, en 2005, par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (ci-après, le Centre), le terme «aménagement» n'apparaît que de manière épisodique. Aucune approche théorique de ce concept n'est, par ailleurs, proposée. Quatre ans plus tard, la question des aménagements raisonnables en matière religieuse paraît monter en puissance dans notre pays. En témoigne la place réservée à ce concept dans le dernier rapport annuel du Centre diffusé en juillet 2009.<sup>100</sup> En attestent également la «carte blanche» polémique publiée par la *Libre Belgique* le 18 mai 2009, sous le titre «'Raisonnables', les accommodements?»<sup>101</sup> et signée par des personnes défendant une vision stricte de la laïcité<sup>102</sup> ainsi que le débat organisé deux jours plus tard dans *Le Soir* sur le thème «Faut-il accepter les particularismes?»<sup>103</sup>. Ces différents articles sont, par ailleurs, parus à l'annonce d'une journée de réflexion organisée par Bruxelles laïque et le Centre Bruxellois d'action interculturelle sur le thème «Accommodements raisonnables: une voie possible vers une laïcité interculturelle?»<sup>104</sup>. Cette journée devait s'insérer, à l'origine, dans les Assises de l'interculturalité dont l'agenda inclut la question des accommodements raisonnables mais celles-ci ont été reportées en septembre 2009. À l'occasion du colloque «Actualités du droit de la non-discrimination»,<sup>105</sup> dont le présent ouvrage rassemble les actes, la ministre Joëlle Milquet n'a-t-elle pas placé cette thématique parmi les cinq priorités de sa politique d'égalité des chances?<sup>106</sup>

<sup>99</sup> Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Les expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la sphère publique. Situations – pratiques – gestion*, mars 2005 (sous la supervision des profs. M.-C. FOBLERS et M. MARTINIELLO), disponible sur le site du Centre ([www.diversite.be/?action=publicatie\\_detail&id=83&thema=2](http://www.diversite.be/?action=publicatie_detail&id=83&thema=2)).  
<sup>100</sup> Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Rapport annuel 2008. Discrimination/Diversité*, disponible sur le site du Centre: [www.diversite.be/?action=publicatie\\_detail&id=106&thema=2](http://www.diversite.be/?action=publicatie_detail&id=106&thema=2). À ce sujet, voy. développements ci-dessous point II.  
<sup>101</sup> Le titre continuait par «Un modèle où on traite les individus différemment les uns des autres, en fonction de leurs différences. Cette approche comporte plusieurs risques. Appel...»  
<sup>102</sup> Selon nos informations, l'initiative de cette carte blanche reviendrait au collectif *Rappel* (Réseau d'actions pour la promotion d'un État laïque) qui n'apparaît toutefois pas expressément. Certains membres de ce collectif se sont, par ailleurs, abstenus de signer cette carte blanche.  
<sup>103</sup> *Le Soir*, 20 et 21 mai 2009, p. 20-21.  
<sup>104</sup> Journée de réflexion organisée le 22 mai 2009. Pour plus de détails voy. le site de Bruxelles laïque ([www.bxlaique.be](http://www.bxlaique.be)).  
<sup>105</sup> Colloque organisé aux Facultés Universitaires Saint-Louis, le 19 mai 2009.  
<sup>106</sup> Les quatre autres priorités mentionnées par la ministre sont la réglementation, les actions

Si l'influence de l'exemple canadien est indubitable dans l'intérêt et les débats suscités sur la scène belge par l'aménagement raisonnable, il ne s'agit pas de l'importation pure et simple d'un concept étranger, sans rapport avec la réalité de notre pays. Certaines lois en Belgique consacrent déjà des dispositifs qui correspondent au principe de l'aménagement raisonnable (I), tandis que de nombreuses pratiques s'apparentent à ce mécanisme de gestion de la diversité religieuse peuvent être observées (II).

#### I. Des consécutions normatives ponctuelles

En droit belge, il n'existe pas de droit général à l'aménagement raisonnable qui s'imposerait aux institutions publiques ou privées en matière religieuse.<sup>107</sup> Seul le parlement flamand a, dans le décret de 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi, repris la définition de l'aménagement raisonnable de la directive européenne Emploi sans en restreindre l'application au handicap, alors que ce décret s'applique aussi, parmi d'autres motifs de discrimination, à la religion.<sup>108</sup> À notre connaissance cependant, ce décret n'a donné lieu à aucun cas d'application formelle de cette notion en dehors du domaine du handicap. En ne consacrant pas de droit général à l'aménagement raisonnable, la Belgique s'inscrit dans la même démarche que la plupart des États de l'Union européenne. Parmi les rares exceptions figure notamment la Suède où l'obligation, pour les employeurs, d'adopter des mesures actives destinées à adapter le lieu de travail aux personnes appartenant à des communautés ethniques et religieuses particulières est parfois présentée comme une exigence d'aménagement raisonnable.<sup>109</sup>

Le droit positif belge comporte cependant des consécutions légales ou réglementaires ponctuelles, dans des secteurs précis, de modalités qui équivalent, de

<sup>107</sup> Voy., en ce sens, le *Rapport annuel 2008* précité du Centre pour l'égalité des chances, p. 60.  
<sup>108</sup> Art. 5, § 4 du décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle dans le marché du travail (*M.B.*, 26 juillet 2002), tel que modifié le 9 mars 2007 (*M.B.*, 6 avril 2007). Le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement (*M.B.*, 23 septembre 2008) érige quant à lui au rang de discrimination «le refus d'adaptations raisonnables pour une personne handicapée» (art. 19). Ce décret précise que, pour les relations de travail, ses dispositions ne valent pas dans les cas de discrimination repris au décret de 2002 relatif à une participation proportionnelle au marché du travail (art. 20, § 2).

<sup>109</sup> M. BELL, I. CHOPIN et F. PALMER, *Le développement des législations contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Union*, Luxembourg, Commission européenne, 2006, p. 41. Le rapport publié en 2007 ne contient pas d'informations à cet égard, voy. p. 29. Voy. l'art. 4 de la loi suédoise relative à la discrimination ethnique de 1999. Voy. aussi la décision du Tribunal suédois de Stockholm n° 10007 en date du 10 mai 2007.

<sup>110</sup> M. BELL, I. CHOPIN et F. PALMER, *Le développement des législations contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Union*, Luxembourg, Commission européenne, 2006, p. 41. Le rapport publié en 2007 ne contient pas d'informations à cet égard, voy. p. 29. Voy. l'art. 4 de la loi suédoise relative à la discrimination ethnique de 1999. Voy. aussi la décision du Tribunal suédois de Stockholm n° 10007 en date du 10 mai 2007.

fait, à des aménagements raisonnables.<sup>110</sup> L'adaptation des menus des personnes détenues, l'autorisation de l'abattage des animaux selon le rite juif et musulman ainsi que l'octroi de jours de congé en constituent trois exemples emblématiques. Les instructions générales pour les établissements pénitentiaires, définies par arrêté ministériel, garantissent, depuis 2002, la possibilité pour les détenus d'obtenir des repas tenant compte des exigences de leur culte «lorsque ceux-ci ne doivent pas être préparés selon des formes rituelles».<sup>111</sup> En conséquence, des détenus juifs ou musulmans peuvent obtenir des repas du même type que ceux fournis en général à tous les détenus, mais ne contenant pas de viande de porc. En revanche, ils ne peuvent exiger des autorités pénitentiaires qu'elles leur fournissent de la viande abattue selon le rite prescrit par leur religion. Ils peuvent néanmoins recevoir des repas provenant de l'extérieur et préparés selon les formes rituelles, à l'intervention de l'aumônier ou du conseiller islamique, si leur communauté religieuse prend en charge la différence de prix entre le coût de ces repas et le montant maximum journalier couvert par le Trésor pour la nourriture des détenus. En outre, les détenus peuvent, à leur demande, recevoir leurs repas à d'autres heures que les heures normales, lorsque leurs convictions religieuses l'exigent.<sup>112</sup> Cette disposition permet aux musulmans de recevoir leurs repas après le coucher de soleil pendant la période du Ramadan. Ensuite, comme la plupart des États européens, la Belgique prévoit une exception à la règle légale selon laquelle l'abattage des animaux ne peut se pratiquer qu'après étourdissement de l'animal: cette norme ne s'applique pas aux abattages prescrits par un rite religieux,<sup>113</sup> à condition d'être effectués selon les conditions énoncées par arrêté royal. En particulier, de tels abattages ne peuvent être pratiqués que selon le rite israélite ou musulman et par des sacrificateurs habilités par le Consistoire central israélite ou l'organe représentatif des musulmans de Belgique.<sup>114</sup> Initialement, la législation prévoyait que ces abattages ne pourraient être pratiqués que dans un abattoir public. Mais il est apparu que les abattoirs publics ne pouvaient faire face à la demande lors de la fête de l'*Aïd el Ke-*

*bir*, où il est de tradition, dans plusieurs pays musulmans, que chaque famille abatte un mouton. Aussi, pour permettre aux musulmans d'observer leurs traditions religieuses, tout en assurant le respect des normes d'hygiène et de sécurité, la législation a-t-elle été modifiée pour autoriser le ministre compétent à désigner d'autres lieux que les abattoirs publics où l'abattage pourrait temporairement être pratiqué, pendant la période de fête, par des sacrificateurs habilités.<sup>115</sup>

L'organisation des jours de congé fournit un autre exemple d'aménagement raisonnable pour motif religieux consacré par le droit positif belge. Cette question est intrinsèquement liée au fait que les principales fêtes religieuses chrétiennes constituent des jours fériés publics alors que tel n'est pas le cas pour les autres cultes, même officiellement reconnus.<sup>116</sup> Dans le cadre scolaire, un arrêté du Gouvernement flamand autorise les élèves de l'enseignement fondamental en Communauté flamande, à s'absenter pour célébrer un jour férié «conformément aux convictions philosophiques de l'élève, reconnues par la Constitution».<sup>117</sup> En Communauté française, par contre, à défaut d'un texte équivalent, les élèves doivent se contenter de mesures *ad hoc*. Ainsi, en décembre 2008, lorsque la fête musulmane de l'*Aïd el Kebir* (fête du Sacrifice) a coïncidé avec la période des examens dans l'enseignement secondaire et fondamental, les pratiques ont varié parmi les écoles de la Région de Bruxelles: certaines ont accepté de décaler les examens d'un jour, parfois même en organisant une journée pédagogique ce jour-là. D'autres, par contre, ont exigé que les élèves justifient leur absence pour raison familiale en suivant le règlement scolaire à la lettre. Cette situation a conduit certains à réclamer un calendrier multiculturel en Communauté française. Parallèlement, le calendrier scolaire a déjà abandonné une partie de son empreinte catholique. À l'instar de la Flandre, les «congrés d'automne» ont remplacé ceux de la Toussaint, les «vacances d'hiver», celles de Noël, et les «vacances de printemps», celles de Pâques. Restent les congrés de la Pentecôte et de l'Ascension...<sup>118</sup> Dans le domaine de l'emploi, la question d'un jour férié «flottant»

<sup>110</sup> Article 16, § 2 de la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, telle que modifiée par la loi du 4 mai 1995 (*M.B.*, 28 juillet 1995) et article 1 de l'arrêté royal du 11 février 1988 relatif à certains abattages prescrits par un rite religieux, tel que modifié par l'arrêté royal du 25 mars 1998 (*M.B.*, 4 avril 1998).

<sup>111</sup> La Commission du Dialogue interculturel avait déjà abordé cette thématique. Voy. son rapport final, approuvé en mai 2005, p. 77 (disponible sur le site du Centre: [www.diversite.be/faction/publicatie\\_detail&id=20&thema=2](http://www.diversite.be/faction/publicatie_detail&id=20&thema=2)). Edouard DELRUELLE (Professeur de philosophie morale à l'Université de Liège et aujourd'hui co-directeur du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme) et Rik TORSF (Professeur de Droit canonique à l'Université Catholique de Louvain) étaient les rapporteurs des travaux de la Commission.

<sup>112</sup> Art. 10ter, 2°, f) de l'arrêté du Gouvernement flamand du 12 novembre 1997 relatif au contrôle des inscriptions d'élèves de l'enseignement fondamental (*M.B.*, 6 janvier 1998, p. 136), tel que modifié par l'arrêté du Gouvernement flamand du 21 mars 2003.

<sup>113</sup> Voy. la circulaire n° 2747 du 16 juin 2009 établissant les vacances et congés scolaires dans l'enseignement fondamental et secondaire pour l'année scolaire 2009-2010. *Voy.*

<sup>110</sup> Voy. les exemples cités dans Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Thematic Comment No. 3 – The Protection of Minorities in the European Union*, *op. cit.*, p. 35-37. Plus spécifiquement, sur les aménagements accordés aux personnes de religion musulmane dans les pays européens, voy. F. D'ASSETTO, S. FERRARI, B. MARÉCHAL, *Islam in the European Union: What's at Stake in the Future?*, European Parliament, DG for Internal Policies of the Union, Policy Department – Structural and Cohesion Policies, May 2007, spéc. p. 43-51 et 56-59.

<sup>111</sup> Art. 87 de l'arrêté ministériel du 12 juillet 1971 portant instructions générales pour les établissements pénitentiaires (*M.B.*, 10 août 1971), tel que modifié par l'art. 12 de l'arrêté ministériel du 15 avril 2002 (*M.B.*, 11 mai 2002).

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Art. 16, § 1 de la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux (*M.B.*, 3 décembre 1986).

au choix du travailleur, notamment pour un motif religieux ou philosophique a récemment été remise à l'agenda politique. Sollicité par la ministre de l'Emploi, le Conseil national du travail s'est gardé de rendre un avis tranché et a renvoyé la balle aux entreprises, mieux placées pour gérer les problèmes d'organisation du travail que ce système pourrait engendrer.<sup>119</sup> S'il déclare «comprendre les raisons qui sous-tendent le souhait d'offrir aux travailleurs la possibilité de bénéficier d'un jour férié flottant, à prendre pour une fête liée aux convictions religieuses ou philosophiques», il considère toutefois «qu'il n'est pas opportun d'introduire un jour férié légal payé supplémentaire ou de consacrer un jour existant à cet effet».<sup>120</sup> Dans l'hypothèse du remplacement d'un jour férié coïncidant avec un dimanche ou un jour habituel d'inactivité, «le Conseil rappelle que le système en cascade, prévu par la loi du 4 janvier 1974, relative aux jours fériés permet de fixer un jour de remplacement, de manière paritaire, au niveau des secteurs et, à défaut, dans le cadre des entreprises (...). Il recommande dès lors aux commissions paritaires et aux entreprises de faire usage de la possibilité de fixer le jour de remplacement d'un jour férié au jour d'activité de leur choix, afin de prendre en compte les réalités multiples des conceptions religieuses ou philosophiques des travailleurs».<sup>121</sup>

## II. Des pratiques implicites d'aménagements raisonnables

Au-delà des consécutions normatives ponctuelles et d'ampleur encore limitée dans l'ordre juridique belge, de nombreuses pratiques développées dans différentes institutions s'apparentent à des aménagements raisonnables de la diversité culturelle<sup>122</sup> et religieuse sans pour autant être désignées comme telles. Le rapport final rendu, en 2005, par la Commission du Dialogue interculturel<sup>123</sup> mise sur pied à l'initiative du gouvernement fédéral,<sup>124</sup> est à cet égard révéla-

teur. L'objectif assigné au Dialogue Interculturel était, selon la présentation qui en est faite par le Centre pour l'égalité des chances, «de faire le point sur les questions liées à la société multiculturelle telle qu'elle se développe en Belgique, [...] sans éviter les questions 'dérangeantes', mais sans non plus se laisser aveugler par des éléments trop médiatiques (voile, terrorisme, contexte international etc.) qui, certes importants, occultent parfois la réalité quotidienne du 'vivre ensemble'». À l'instar de ce large mandat,<sup>125</sup> le rapport couvre de nombreuses thématiques relatives au «vivre ensemble» dans une société multiculturelle, telles que le dialogue des cultures en Belgique, les politiques d'action positive et de lutte contre les discriminations, l'interaction entre culture et diversité. En ce qui concerne les expressions actives des convictions religieuses dans la sphère publique, la majeure partie des développements se concentre sur les signes religieux,<sup>126</sup> tout en évitant de trancher les controverses qui se sont manifestées au sein de la Commission. L'on chercherait en vain le terme «aménagement raisonnable» qui n'est jamais mentionné expressément. Toutefois, certaines des solutions concrètes proposées pour appréhender la diversité religieuse reflètent précisément une logique similaire à celle qui sous-tend ce concept. C'est notamment le cas des mesures préconisées dans le domaine de la fonction publique afin de permettre «à chaque fonctionnaire de vivre sa culture, sa religion (en matière de jours fériés et de pratiques alimentaires, par exemple), dans le respect des missions de l'État et de l'exigence de neutralité»<sup>127</sup> ainsi que de la recommandation «aux pouvoirs publics d'étudier les possibilités de choix de jours de congé» sur le fondement «du droit élémentaire pour tout individu de pouvoir bénéficier des jours fériés les plus importants à ses yeux».<sup>128</sup> Parallèlement aux travaux de cette Commission, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme avait lancé une consultation relative aux

.../...

coopérer dans un climat d'ouverture, de tolérance, de rencontre et de respect mutuel, une société ouverte traversée par des sensibilités, des appartenances et des cultures diverses, en évolution permanente, partageant très largement une adhésion aux valeurs fondamentales de la Constitution et des droits de l'homme».

<sup>125</sup> Ce mandat contraste avec celui nettement plus étroit de la Commission Bouchard-Taylor, centré sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles mais élargi par la Commission elle-même au problème plus fondamental du modèle d'intégration socioculturelle (Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 17).

<sup>126</sup> Voy. en particulier, l'annexe 3 du rapport final qui traite de la neutralité et des signes religieux, en abordant successivement la question telle qu'elle se présente dans l'espace public, pour les agents de l'État et dans le cadre de l'école. À ce sujet, voir aussi E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Le voile à l'école. Une Europe divisée», *R.T.D.H.*, 2004, p. 951-983, X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *A.P.T.*, 2008, p. 119-160; S. VAN DROOCHENBROECK, «La neutralité des services publics: outil d'égalité ou loi à part entière? Réflexions inabouties en marge d'une récente proposition de loi», in P. JAOUOL, H. DUMONT, F. TULKENS et B. LOMBART (dir.), *Le Service public: entre menaces et renouveau*, Bruges, La Chartre, à paraître en 2009.

<sup>119</sup> Avis n° 1687 relatif au «jour férié flottant au choix du travailleur», 6 mai 2009, p. 3.

<sup>120</sup> Recommandation n° 21 adressée aux commissions paritaires, aux secteurs et aux entreprises concernant la possibilité de prévoir le droit à un jour férié flottant au choix du travailleur en remplacement des jours fériés coïncidant avec un dimanche ou un jour habituel d'inactivité, 6 juin 2009, p. 2.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> Le rapport de la Commission du Dialogue Interculturel (p. 6 et 7) insiste sur l'importance de ne pas réduire l'interculturel à l'inter-religieux (et, dans la foulée, de ne pas réduire la question religieuse à celle de l'islam, et la question de l'islam à celle du foulard). D'autres dimensions telles que la langue, la mémoire, l'histoire, les arts, les identités plurielles, etc. doivent être prises en compte.

<sup>123</sup> Rapport précité *supra*, note 116.

<sup>124</sup> La Commission du Dialogue Interculturel a été mise sur pied, en février 2004, à l'initiative de la ministre de l'Intégration sociale, de l'Égalité des chances et de l'Interculturalité (Marie Arena dont les compétences ont été reprises par Christian Dupont). Sa mise en place s'inscrivait dans la foulée de l'accord de gouvernement de 2003 précisant que «[l]a Belgique



«expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la sphère publique».<sup>129</sup> Selon la présentation qui en est faite par les professeurs M. MARTINIELLO (Université de Liège) et M.C. FOLETS (Katholieke Universiteit Leuven), cette initiative ne répond ni aux canons d'une recherche scientifique à proprement parler (même si le rapport a été supervisé par ces deux professeurs d'université) ni à ceux d'une enquête journalistique. L'objectif était de «prendre le pouls, à la faveur d'une consultation relativement systématiquement organisée partout dans le pays et dans différents secteurs d'activités, des décideurs parfois amenés à gérer concrètement les diversités culturelles et religieuses». Sans entrer ici dans le détail des résultats de cette consultation par secteurs,<sup>130</sup> l'enquête révèle une grande variété d'attitudes allant de l'interdiction généralisée à l'acceptation circonstanciée des expressions actives des convictions religieuses, à savoir les signes ostentatoires, des attitudes et comportements spécifiques ou des demandes particulières liés à des préceptes religieux ou philosophiques. Le rapport ne contient aucune référence expresse à un droit à un aménagement raisonnable de la diversité religieuse mais l'on y retrouve des allusions à la recherche, par les acteurs, d'«aménagements», «dans la mesure du possible» ou «dans la mesure où l'organisation du travail n'est pas trop mise en difficulté».<sup>131</sup> Parmi les nombreux exemples de pratiques répertoriées dans le rapport qui évoquent la logique de l'aménagement raisonnable, l'on relèvera le système mis au point par un hôpital pour concilier le port du voile avec les exigences du travail et de la discrétion, consistant à autoriser le port du foulard mais sous forme d'un carré blanc noué derrière les oreilles.<sup>132</sup> Par ailleurs, si la plupart des interlocuteurs consultés étaient réticents à la perspective d'une réglementation générale et privilégiaient une approche pragmatique au cas par cas, d'aucuns souhaitaient néanmoins «la formulation de balises ou d'un cadre de référence permettant de poser les limites des expressions concernées».<sup>133</sup> Ceci n'est pas sans rappeler l'une des conclusions de la Commission Bouchard-Taylor au Québec qui soulignait «un besoin de repères, de balises, de cadre de référence commun qui puissent guider les acteurs institutionnels dans la prise de décision, tout en préservant leur autonomie décisionnelle».<sup>134</sup> Le rapport sur les expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la sphère publique met en évidence une «foisonnante créativité pragmatique pour résoudre «à la belge», dans le meilleur sens du terme, des situations parfois problématiques».<sup>135</sup> Ces divers éléments illustrent une démarche visant à composer avec la diversité reli-

<sup>129</sup> Consultation mentionnée *supra*, note 99.

<sup>130</sup> Les données par secteurs (public général, privé/entreprise, bien être et santé, médias et enseignement) sont présentées au chapitre 4 du Rapport, *Les expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la sphère publique (...)*, op. cit., p. 19 et suiv.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>134</sup> Rapport G. BOUCHARD et C. TAYLOR, op. cit., p. 83-84- et 96-99.

<sup>135</sup> Rapport *Les expressions actives de convictions religieuses ou philosophiques dans la*

gieuse dans une mesure raisonnable sans toutefois que cette approche soit formalisée ou reconnue comme telle.<sup>136</sup>

Quatre années plus tard, dans son Rapport annuel 2008 «Discrimination/Diversité», rendu public le 8 juillet 2009,<sup>137</sup> le Centre pour l'égalité des chances évoque cette fois expressément la notion d'aménagement/accoutumement raisonnable. Il commence par affirmer – à notre avis, de manière trop péremptoire – que «les accommodements religieux ne sont pas reconnus comme des droits dans la législation belge» et que «[f]ace à ce type de demandes, il n'y a pas d'obligation légale d'y répondre [...]».<sup>138</sup> Toutefois, le Centre s'emploie ensuite à synthétiser les enseignements du rapport Bouchard-Taylor sur les «accommodements raisonnables» et les «pratiques d'harmonisation interculturelle»<sup>139</sup> et souligne l'utilité qu'il y a à étudier la manière dont d'autres pays abordent des problèmes auxquels la société belge est elle-même confrontée. Et d'ajouter: «la Belgique pourrait s'inspirer utilement [du rapport Bouchard-Taylor], après les travaux de la *Commission du dialogue interculturel* de 2005 et dans la perspective des futures *Assises de l'interculturalité*».<sup>140</sup> Il précise également qu'il travaille activement sur la thématique de l'harmonisation interculturelle en collaboration étroite avec la *Commission des droits de la personne* du Québec et la *Haute autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité* (Halde) en France.<sup>141</sup> Enfin, à propos du problème plus circonscrit des signes d'appartenance dite «convictionnelle»,<sup>142</sup> le rapport annonce la création, à l'automne 2009, d'un outil d'information et de recommandations à destination des différents acteurs de la société et des citoyens en général, qui devrait préciser les droits et devoirs de chacun et aider les pouvoirs publics à aborder cette question de manière constructive.<sup>143</sup> L'inspiration québécoise se manifeste clairement dans la double orientation donnée à ce projet par le Centre: d'une part, l'accent mis sur la richesse que représente pour la société la diversité des cultures, des convictions et des croyances, d'autre part, la priorité accordée à une recherche de l'harmonisation interculturelle par la voie de l'ajustement concerté, autre-

<sup>136</sup> Pour d'autres exemples de pratiques s'inscrivant dans la logique des aménagements raisonnables sans pour autant se référer à ce concept, voir l'étude réalisée par S. JANSSENS, G. HAQHAD MORRAD et A. REA, *Gestion de la diversité au sein de l'entreprise publique STIB, Workshops Diversité, Rapport final*, 14 février 2008.

<sup>137</sup> Rapport annuel cité *supra*, note 100.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 62-63.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Ces contacts ont notamment pu être approfondis lors du séminaire fermé organisé par la Halde, les 11 et 12 septembre 2008 sur le thème «France, Québec et Belgique: enjeux de la laïcité et des aménagements raisonnables sur le critère de la religion».

<sup>142</sup> Dans le Rapport annuel 2008, «la notion de signe d'appartenance «convictionnelle» vise tout objet, image, vêtement, symbole qui exprime une appartenance religieuse *interculturalité*».

ment dit: par la voie citoyenne plutôt que par la voie judiciaire ou législative.<sup>144</sup> Outre ces références expressives à la notion d'aménagement raisonnable pour motif religieux dans le Rapport annuel 2008, la pratique du Centre en matière de traitement de signalements de discrimination liés aux convictions religieuses ou philosophiques, qui sont en nombre croissant depuis 2006, reflète, depuis quelques années déjà, une logique semblable. Un nombre important de ces signalements (16,3 %) concerne l'emploi, où ils portent souvent sur des conflits entre certaines conditions de travail et les préceptes religieux d'un travailleur.<sup>145</sup> Selon les personnes en charge de ce type de dossiers au Centre,<sup>146</sup> le principe de l'aménagement raisonnable imprègne déjà l'approche suivie dans ce genre d'affaires dans le cadre des tentatives de conciliation. Ainsi, une femme musulmane affectée au lavoir d'une maison de repos considérait l'uniforme requis (une blouse et un pantalon) insuffisamment décent. Elle a pu, à la suite de l'intervention du Centre, porter un t-shirt extra-large au-dessus de sa blouse. Autre exemple, face au souhait d'une technicienne de surface travaillant dans un hôpital catholique de porter le foulard contrairement au prescrit du règlement de travail pour les personnes en contact avec le public, le Centre a obtenu, après négociation avec les syndicats, qu'une coiffe munie du sigle de l'hôpital soit intégrée dans l'uniforme. Si ces différents exemples peuvent être vus comme des ajustements concertés, qui ne procèdent pas d'un droit proprement dit à l'aménagement raisonnable pour motif religieux, ils doivent néanmoins être reliés à l'exigence juridique de proportionnalité que doit satisfaire, pour ne pas être jugée indirectement discriminatoire, une mesure qui crée dans les faits un désavantage pour les personnes d'une certaine religion.

## § 5. CONCLUSION

L'obligation d'aménagement raisonnable constitue une figure particulière du droit de l'égalité. Elle peut se présenter sous deux formes différentes. Il peut s'agir tout d'abord d'une obligation pesant sur les institutions publiques ou privées d'accorder à certaines catégories d'individus, dans l'application d'une règle générale, des adaptations appropriées, pour autant que celles-ci soient raisonnables. Sous cette forme, deux de ses principales caractéristiques sont l'individualisation et la contextualisation de la solution qu'elle commande. Les ajustements qu'il est possible d'envisager au titre d'un aménagement raisonnable sont en effet d'une variété infinie: ils doivent être élaborés en fonction tant des spécificités de la personne qui le demande – de son handicap particulier ou du

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>146</sup> Ces informations ont été recueillies le 8 mai 2009 à l'occasion d'une rencontre avec Nathalie DENNIS, Ingrid ADEWBOOM et Véronique GESCHIER du Centre pour l'égalité des chances. Nous tenons à les remercier vivement pour le temps qu'elles nous ont consacré ainsi que

prescrit de sa religion, par exemple – que des caractéristiques de l'entreprise, de l'institution ou de l'organisation dans le contexte de laquelle il est sollicité. Sa mise en place suppose une négociation entre les parties concernées. Deuxièmement, dans certains systèmes juridiques, une obligation d'aménagement est également mise à la charge du législateur qui, dans l'élaboration d'une loi, doit prévoir, le cas échéant, des exceptions ou modalités particulières afin d'éviter de discriminer indirectement une catégorie d'individus, sur la base d'un motif prohibé, ou de restreindre indûment leur liberté de religion sans justification suffisante.

Au-delà, le concept d'aménagement raisonnable traduit une idée capitale dans l'évolution de la conception de l'égalité, à savoir que, si des personnes appartenant à certains groupes minoritaires sont dans l'incapacité d'accéder à un emploi ou à un service, le problème ne réside pas nécessairement dans les spécificités que ces personnes présentent par rapport à la majorité, il peut également résulter de ce que l'environnement est conçu sans tenir compte de leur situation. L'attention est ainsi déplacée des particularités de la personne empêchée de bénéficier d'un emploi ou d'un service, vers les données du contexte susceptibles de constituer un obstacle à l'accès de ces individus aux secteurs concernés. En incitant à réfléchir à la manière dont ce contexte peut être modifié, ce dispositif répond à la volonté de garantir une égalité des chances aux personnes handicapées ou pratiquant une religion minoritaire et d'assurer leur intégration dans la vie sociale, économique et culturelle. Dans cette optique, il n'appartient pas seulement aux personnes de s'adapter à leur environnement. L'idéal d'égalité requiert que l'environnement soit lui-même, dans la mesure du possible, aménagé de manière à permettre à chacun de participer pleinement à la vie sociale, en tenant compte des caractéristiques propres à certaines catégories d'individus.

La mise en œuvre de ce concept soulève néanmoins des difficultés. Se pose notamment la question de la détermination des limites d'une telle obligation d'accorder des aménagements. En outre, certains ajustements, lorsqu'ils consistent en des exceptions à une règle en principe applicable à tous, peuvent être source de tension, sinon de conflit, avec la notion d'égalité au sens formel et le principe de la généralité de la loi. Le traitement au cas par cas que nécessitent les demandes d'aménagement dans l'application d'une règle, requiert un effort constant pour maintenir la cohérence et l'équité des réponses apportées aux différentes requêtes. Des écarts supplémentaires peuvent apparaître dans le cas d'une demande motivée par une conviction religieuse: la personne peut-elle être tenue de prouver que le précepte qu'elle invoque fait effectivement partie des exigences de sa religion? Que faire lorsqu'il apparaît que l'interprétation du prescrit religieux en cause est contestée au sein de la communauté confessionnelle concernée? Et d'autre part, quel accueil réserver aux requêtes qui soulèvent des interrogations quant à leur compatibilité avec des valeurs démocratiques fondamentales comme l'égalité entre les hommes et les femmes?



ce. Les expériences nord-américaines, canadienne en particulier, mettent néanmoins en lumière les difficultés que pose la pratique de l'accommodement raisonnable à grande échelle, notamment le risque d'augmentation des demandes et de judiciarisation des conflits, la délicate appréciation des limites de l'obligation d'aménagement, ainsi que la complexité de la responsabilité pesant sur les décideurs de première ligne, confrontés à des requêtes parfois très diverses. La Commission Bouchard-Taylor laisse apparaître que les institutions et acteurs économiques canadiens ont globalement intégré avec succès le mécanisme de l'accommodement raisonnable et propose des moyens supplémentaires pour les aider à surmonter ces difficultés. Cependant, pour déterminer s'il est opportun pour la Belgique de reconnaître dans son droit interne, sur le modèle canadien, un droit général à l'aménagement raisonnable pour motif religieux, il est permis de penser qu'il conviendrait de mener, au préalable, une enquête approfondie sur la manière dont les demandes assimilables à des demandes d'aménagement, sont à l'heure actuelle traitées par la législation et les institutions. Une telle enquête permettrait aux autorités de cerner les besoins des individus comme des institutions, d'identifier les défaillances, d'anticiper les difficultés et, en définitive, de mieux apprécier dans quelle mesure la reconnaissance d'une obligation d'aménagement raisonnable contribuerait à un traitement équitable et conforme aux principes fondamentaux, de la pluralité religieuse. Mais la notion d'aménagement raisonnable renvoie à la question plus large de la manière dont la société intègre et répond à la diversité de la population. Aussi, il importe également que l'ensemble des personnes concernées puisse s'exprimer sur le sujet et débattre des conditions de sa mise en œuvre dans le contexte propre à la Belgique. Les Assises de l'interculturalité qui débiteront en septembre 2009 pourraient précisément offrir un espace de discussion propice à un tel débat.

(août 2009)

## LES AMÉNAGEMENTS RAISONNABLES EN MATIÈRE DE HANDICAP AU SENS DE LA LOI DU 10 MAI 2007 TENDANT À LUTTER CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATION APPROCHE PRATIQUE

**NATHALIE DENIES**  
Juriste

**VÉRONIQUE GHESQUIÈRE**  
Psychologue,  
Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme