

AMÉNAGER LA DIVERSITÉ :  
LE DROIT DE L'ÉGALITÉ  
FACE À LA PLURALITÉ RELIGIEUSE

PAR

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*

ET

Isabelle RORIVE

*Chargée de cours à l'Université libre de Bruxelles*

*Résumé*

A travers l'examen des droits canadien, américain et européen, cet article s'interroge sur les potentialités qu'offre le concept d'aménagement raisonnable, qui fait désormais partie du droit de l'égalité et de la non-discrimination, mais aussi sur les difficultés qu'il soulève, lorsqu'il s'agit de composer avec la pluralité religieuse.

Lors de la rentrée littéraire de septembre 2008, le titre de l'un des 676 nouveaux romans apparus sur les étals des librairies n'aura pas manqué de susciter la curiosité des juristes intéressés par le droit de la non-discrimination : *Les accommodements raisonnables* (1). Ce roman, qui raconte l'histoire d'un scénariste toulousain engagé par un producteur d'Hollywood pour superviser l'adaptation américaine

---

(1) J.-P. DUBOIS, *Les accommodements raisonnables*, Ed. de l'Olivier, Paris, 2008.

d'un film français de série B, n'a aucun lien avec les évolutions récentes du droit de l'égalité et de la non-discrimination des deux côtés de l'Atlantique. Qu'un romancier ait songé à intituler son livre de la sorte témoigne néanmoins de la diffusion dans la langue courante d'une expression inventée par le droit pour désigner une modalité particulière du principe d'égalité, dont le sens et la portée demeurent toutefois mal connus en Europe. En réalité, les mots «*accommodement raisonnable*», inspirés de l'anglais «*reasonable accommodation*», sont en usage au Québec. Le droit européen, en revanche, utilise les termes «*aménagement raisonnable*» pour décrire le même concept. En 2006-2007, cette notion a fait l'objet de débats véhéments dans les médias québécois, qui ont décidé le Premier ministre du Québec à créer une Commission de consultation chargée d'étudier la question des accommodements liés aux différences culturelles. Présidée par l'historien et sociologue Gérard Bouchard et le philosophe Charles Taylor, connu pour ses travaux sur le multiculturalisme et l'identité (2), celle-ci a rendu son rapport en mai 2008 (3).

Le concept d'accommodement ou aménagement raisonnable 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 barrer 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 (4). Or, il apparaît que dans un certain nombre de cas, un aménagement, c'est-à-dire une modification

(2) Voy. Ch. TAYLOR, *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, trad. Ch. Melançon, Seuil, Paris, 1998; *Multiculturalisme : différence et démocratie*, trad. D.-A. Canal, Flammarion, Paris, 1997.

(3) *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements liés aux différences culturelles, Gouvernement du Québec, 2008 (disponible sur le site de la Commission : <http://www.accommodements.qc.ca/>).

(4) L. WADDINGTON, «*Reasonable Accommodation*», in D. SCHIEK, L. WADDINGTON and M. BELL, *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, pp. 629-756, p. 631.

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. Dans cette mesure, refuser d'aménager une norme ou une pratique de portée générale dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à un individu qui, autrement, compte tenu de son handicap, de sa religion ou d'un autre critère prohibé, serait pénalisé par l'application de cette norme, constitue une discrimination (5). Le célèbre avis rendu par la Cour permanente de justice internationale en 1935 dans l'affaire *Ecoles minoritaires en Albanie* préfigure ce raisonnement. La Cour y déclare en effet que, si «[l]'égalité en droit exclut toute discrimination [au sens de différence de traitement], l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes» (6).

En droit communautaire, une obligation d'aménagement raisonnable a été consacrée pour la première fois par la directive relative à l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail (directive 2000/78/CE) du 27 novembre 2000. Mais la portée de celle-ci a été limitée aux personnes handicapées et au secteur de l'emploi et du travail (7). Au niveau universel, un droit à l'aménagement raisonnable

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

(6) C.P.J., *Avis consultatif relatif aux écoles minoritaires en Albanie*, 6 avril 1935, Série A/B n° 64, p. 19.

(7) Article 5 de la 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). Il est à noter que le projet de nouvelle directive fondé sur l'article 13 CE et portant sur l'égalité de traitement dans l'accès aux biens et aux services prévoit de reconnaître une obligation d'amé-

a également été reconnu en faveur des personnes handicapées par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, en vigueur depuis le 3 mai 2008 (8). Aux États-Unis, en revanche, c'est d'abord dans le domaine de la discrimination à raison de la religion que ce concept a été reconnu : en 1972, un amendement au *Civil Rights Act* de 1964 établit une obligation, à charge de l'employeur, d'accorder des «accommodements» à ses employés lorsque leur pratique religieuse le requiert, pour autant que cela n'entraîne pas pour l'employeur une contrainte excessive (*undue hardship*) (9). Par la suite, un dispositif semblable a été introduit en faveur des personnes handicapées (10). De même, au Canada, c'est initialement dans une affaire concernant une allégation de discrimination religieuse dans l'emploi que la Cour suprême a, en 1985, dégagé, de la règle d'égalité et de non-discrimination, une obligation d'«accommodement raisonnable» (11). Ce concept, fondé directement sur le droit à l'égalité, a ensuite été étendu à d'autres motifs de discrimination, en particulier, le handicap, mais aussi le sexe, la grossesse, l'âge ou l'origine nationale. Compte tenu des précédents américain et canadien, la notion d'aménagement raisonnable pourrait-elle, malgré sa reconnaissance limitée en droit communautaire, trouver à s'appliquer dans l'espace juridique européen en matière de discrimination religieuse? Telle est la question examinée dans cet article.

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 discrimi-

---

←

nagement raisonnable en faveur des personnes handicapées (voy. l'article 4 de la proposition de directive du Conseil présentée par la Commission le 2 juillet 2008, 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).

(8) Voy., en particulier, l'article 5, §3 de cette Convention.

(9) 42 U.S.C. §§2000e-2000e-17 (1994 & Supp. I 1995).

(10) Relativement aux droits des personnes souffrant d'un handicap, le terme «reasonable accommodation» a été utilisé pour la première fois, en 1977, dans des directives de l'*Office of Federal Contract Compliance Programs*, rattaché au ministère fédéral du travail, qui tendaient à mettre en œuvre le *Rehabilitation Act* de 1973 (section 503). Plus récemment, voy. *American with Disabilities Act* (1990) (42 U.S.C. §§12, 101-12, 213 (1994 & Supp. II 1996)).

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

mination (12). Les droits nationaux ont adopté des positions variables, tandis que la directive 2000/78/CE reste ambiguë sur ce point (13). D'un point de vue conceptuel, toutefois, l'obligation 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. Et en principe, lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique se révèle contraire au principe d'égalité, il doit être aboli et remplacé, le cas échéant, par une nouvelle mesure à portée générale non discriminatoire. Mais dans certains cas, lorsqu'il apparaît que la mesure contestée 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. Cependant, la question de savoir si dans l'ordre juridique européen, l'interdiction de la discrimination indirecte ou un autre fondement juridique entraîne une obligation d'aménagement pour d'autres motifs que le handicap, reste posée.

En tout état de cause, la notion 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, qui, dans l'application d'une règle générale, sont tenues d'accorder à certaines catégories d'individus, lorsqu'ils le demandent, des adaptations appropriées, pour autant que celles-ci soient raisonna-

---

(12) Sur cette controverse, voy. Ch. McCrudden, «Theorising European Law», in C. Costello and E. Barry (eds), *Equality in Diversity – The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003, pp. 1-38, pp. 27-28 et L. Waddington, *op. cit.*, pp. 740-754. Pour un aperçu des débats dans la doctrine américaine sur les rapports entre les concepts d'aménagement raisonnable et de discrimination, voy. *inter alia*, Ch. Jolls, «Antidiscrimination and Accommodation», *Harvard Law Review*, 2001-2002, Vol. 115, pp. 642-699.

(13) Voy. L. Waddington, *op. cit.*, pp. 740-754.

bles. 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 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 réelle 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 écueils 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 ?

La première partie de cet article est consacrée au développement du concept d'aménagement raisonnable en Amérique du Nord – dans le droit des Etats-Unis d'abord, dans le système juridique canadien, ensuite. Seront examinées, en particulier, les réponses apportées par ces deux systèmes juridiques aux questions évoquées au paragraphe précédent (I). La seconde partie aborde la question de l'aménagement raisonnable et de son éventuelle application en matière religieuse dans le droit européen. Sont analysés tour à tour le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit communautaire et certains droits nationaux. (II).

## I. – L'aménagement raisonnable dans les droits américain et canadien

### I.1. – *Le droit américain*

#### I.1.1. *Aménagement raisonnable et interdiction de la discrimination religieuse dans l'emploi*

Le législateur américain est le premier à avoir consacré une obligation d'aménagement raisonnable, d'abord pour motif religieux, ensuite en raison d'un handicap. A 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, mise en place 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 antidiscriminatoire (14). Ce point de vue fut rejeté par plusieurs juridictions fédérales dont la Cour suprême (15). 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 (16). Dans l'affaire *TWA v. Hardison* (17), 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 prescriptions 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 atteinte 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» (18). Cette approche contraste

---

(14) 29 C.F.R. §1605.1 (1968).

(15) 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.

(16) «[...] 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» (Titre 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, pp. 525-572, p. 532; R.L. CORRADA, *op. cit.*, 2007, pp. 16 et 18.

(17) *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

(18) *Ibidem*, 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, pp. 312-433, pp. 387-406.

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*» (19). 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 les avantages liés au système d'ancienneté mis en place dans l'entreprise), ou des autorisations d'absence ponctuelle à l'occasion de fêtes religieuses (20).

### I.1.2. *Aménagement raisonnable et garantie constitutionnelle de la liberté de religion*

Parallèlement à la législation antidiscriminatoire, 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 Etats-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 (21).

La position de la Cour suprême sur ce point a varié au cours du temps. Trois affaires jalonnent cette histoire mouvementée : *Sherbert v. Verner* (1963), *Wisconsin v. Yoder* (1972) et *Employment Division v. Smith* (1990). Dans l'arrêt *Sherbert v. Verner*, rendu en 1963, la Cour reconnaît pour la première fois qu'un individu peut, dans certaines circonstances, bénéficier d'une exemption de l'application d'une norme de portée générale, en vertu de sa liberté de religion. En l'espèce, elle juge qu'en refusant d'accorder des allocations de chômage à un travailleur adventiste du septième jour, au motif

rtdh.eu

rtdh.eu

rtdh.eu

(19) *American with Disabilities Act* (1990), 42 U.S.C. §12111(10).

(20) Sur cette jurisprudence, voy. J.M. OLESKE, Jr., *op. cit.*, pp. 533-535; K. ENGLE, *op. cit.*, pp. 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, pp. 2513-2536, pp. 2517-2522.

(21) K. GREENAWALT, *Religion and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, Vol. I, p. 15. Voy. aussi B. NOVIT 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, pp. 204-227.

qu'il avait été licencié suite à son refus de travailler le samedi, pour raisons religieuses, et aurait ainsi indiqué qu'il n'était pas prêt à accepter un emploi convenable, l'Etat a violé le droit du requérant à la liberté de religion (22). La Cour pose en principe qu'une législation qui emporte une restriction substantielle, quoique indirecte, à la liberté de certains individus de pratiquer leur religion, ne peut leur être appliquée qu'à condition, pour l'Etat fédéral ou fédéré, de démontrer que l'application de cette loi à ces individus est justifiée par un intérêt public impérieux (*compelling governmental interest*), soit le degré d'exigence le plus élevé parmi les critères définis par la Cour suprême américaine pour justifier une atteinte aux libertés fondamentales (23). Pour des raisons évidentes, les juridictions américaines se sont toutefois montrées réticentes à reconnaître à des individus le droit d'être exemptés, en raison de leur foi, de l'obligation de respecter certaines lois applicables à tous. Interprétant la jurisprudence *Sherbert* de manière souple, ils ont rejeté la plupart des demandes d'exemption qui leur ont été soumises sur le fondement de la liberté de religion, considérant que le critère de l'intérêt public impérieux était rempli. En 1972, cependant, dans le très contesté arrêt *Wisconsin v. Yoder* (24), la Cour suprême reconnaît aux

rtdh.eu

rtdh.eu

(22) 374 U.S. 398 (1963). Vingt ans plus tôt déjà, dans l'affaire *West Virginia Board of Education v. Barnette*, la Cour avait donné raison à un couple de témoins de Jéhovah qui réclamaient, au nom de leurs convictions religieuses, que leur enfant soit dispensé de l'obligation de saluer le drapeau américain à l'école. La Cour s'était cependant fondée sur le droit à la liberté d'expression. (319 U.S. 624 (1943)). Elle avait, à cette occasion, renversé un précédent décidé trois ans auparavant (*Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940)).

(23) La Cour importe, dans le champ de la liberté de religion, le critère du *compelling governmental interest*, qu'elle avait jusque là appliqué uniquement dans sa jurisprudence relative à l'interdiction de la discrimination (14<sup>e</sup> Amendement) et au droit à la liberté d'expression (1<sup>er</sup> Amendement). Cependant, comme l'ont relevé nombre d'auteurs, dans les affaires concernant des demandes d'exemption pour motif religieux, les tribunaux américains ont appliqué le critère de «l'intérêt public impérieux» de manière beaucoup moins stricte qu'ils ne l'ont fait en matière de non-discrimination et de protection de la liberté d'expression. Voy. *inter alia* I.C. LUPU, «The Trouble with Accommodation», *George Washington Law Review*, 1991-1992, Vol. 60, pp. 743-781.

(24) 406 U.S. 205 (1972). Quelques années auparavant, la Cour suprême n'avait pas accueilli le recours introduit par un juif orthodoxe qui demandait à être autorisé à ouvrir son commerce le dimanche, malgré l'obligation légale de fermeture dominicale, au motif que sa religion l'obligeait à fermer le samedi, il était désavantagé par rapport aux autres commerçants puisqu'il se voyait contraint de fermer son magasin deux jours par semaine au lieu d'un seul. La majorité considéra que la loi contestée imposait effectivement, quoique indirectement, une contrainte aux personnes pratiquant certaines religions, mais que l'aménagement d'une exception nui-

membres de la communauté Amish le droit de bénéficier d'une dérogation à la loi de l'Etat du Wisconsin qui fixe à seize ans l'âge limite de la fréquentation scolaire obligatoire. La Cour autorise les parents Amish à retirer leurs enfants de l'école dès l'âge de quatorze ans afin de poursuivre leur instruction par une formation professionnelle au sein de la communauté religieuse, et ce, pour éviter que ces adolescents ne soient détournés des valeurs spirituelles propres à ce groupe religieux, qui croit dans les vertus d'une vie simple, à l'abri des complexités du monde moderne et des ambitions intellectuelles ou culturelles (25). Cette affaire suscita d'ardents débats dans la doctrine mais aussi dans le champ de la philosophie politique américaine (26).

Par la suite, la Cour accueille également le recours d'un travailleur, témoin de Jéhovah, qui dénonce le refus des autorités de lui accorder des allocations de chômage au motif qu'il a volontairement démissionné de son emploi, pour raisons de conscience, après avoir été muté au sein de son entreprise dans un département consacré à la fabrication d'armements (27). Mais en 1990, avec *Employment Division v. Smith* (28), la Cour suprême revient sur la position rtdh.eu

←

rait à l'objectif que l'Etat cherchait à atteindre par le biais de cette loi. Elle conclut que les Etats fédérés pouvaient décider d'aménager une exception mais n'étaient pas tenus par la Constitution de le faire. (*Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961)). Comp. avec l'arrêt *Big M Drug Mag* de la Cour suprême canadienne, évoqué dans la partie I.2, note 65 (*R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S., pp. 336 et 337 (juge Dickson)).

(25) L'Etat du Wisconsin autorisait les parents à faire instruire leurs enfants à domicile, à condition que l'instruction délivrée soit substantiellement équivalente à celle dispensée dans les écoles. Or, les autorités estimaient que la formation professionnelle dispensée aux adolescents dans les communautés Amish ne satisfaisait pas cette condition (affaire *Yoder*, §208).

(26) En faveur de cette décision, voy. not. W.A. GALSTON, *Liberal Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, spéc. pp. 19 et 104-107, K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 87-100, et, avec certaines réserves, M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience – In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008, pp. 140-145. Pour une critique de cet arrêt, voy. B. BARRY, *Culture and Equality – An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, Cambridge, 2001, pp. 242-245; R. ARNESON and I. SHAPIRO, «Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*», in I. SHAPIRO and R. HARDIN (eds), *NOMOS 38: Political Order*, New York University Press, New York, 1996, pp. 356-411; G. CROWDER, «Galston's Liberal Pluralism», in *Australian Political Studies Association Annual Conference 2004 Refereed Papers (online)*, disponible sur [www.adelaide.edu.au/apsa/papers](http://www.adelaide.edu.au/apsa/papers) (dernière visite : le 1<sup>er</sup> octobre 2008).

(27) *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

(28) 494 U.S. 872 (1990).

rtdh.eu

qu'elle avait adoptée dans *Sherbert v. Verner*. A l'origine de cette affaire, deux hommes, membres de l'Eglise amérindienne (*Native American Church*), sont licenciés de leur emploi dans un centre de désintoxication pour toxicomanes, pour avoir consommé une drogue interdite, le peyotl (29), lors de cérémonies religieuses, organisées par leur communauté confessionnelle. L'Etat refuse de leur accorder des allocations de chômage, au motif qu'ils ont été licenciés pour faute grave. Après une procédure complexe, la question finalement posée à la Cour suprême est de déterminer si les membres de l'Eglise amérindienne peuvent prétendre, en vertu de leur liberté de religion, à une exemption des sanctions criminelles prévues par la loi en cas d'usage de peyotl. La majorité de la Cour conclut que la Constitution n'oblige pas le législateur à accorder une telle exemption. Or, pour aboutir à cette conclusion, elle estime ne pas avoir à démontrer qu'un intérêt public impérieux justifie l'application de la loi dans un tel cas. Elle écarte ainsi l'approche qu'elle avait suivie depuis *Sherbert v. Verner* : désormais, lorsqu'une loi est valide, il suffit de montrer qu'elle n'est pas dirigée contre une pratique religieuse et ne crée pas de discrimination entre groupes confessionnels, pour justifier son application à des individus qui auraient des objections de nature religieuse à son égard.

Le juge Scalia justifie cette position en soutenant qu'il doit appartenir au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer dans quelles circonstances une exemption doit être accordée. A ses yeux, le juge est mal placé pour évaluer l'importance d'un précepte religieux, déterminer s'il existe un intérêt impérieux à appliquer une loi et, enfin, mettre en balance ces deux éléments. Sans affirmer qu'il serait inapproprié de prévoir des exceptions légales pour prendre en compte les besoins propres à certains croyants, le juge Scalia considère que la décision d'aménager ou non de telles exemptions est une question délicate qui doit revenir aux responsables politiques (30). Afin de concilier cet arrêt avec la jurisprudence antérieure de la Cour, le juge Scalia admet néanmoins deux exceptions à la règle. D'abord, l'Etat ne peut refuser d'allouer des allocations de chômage

(29) Le peyotl est une variété de cactus contenant de la mescaline aux effets psychotropes et hallucinogènes.

rtdh.eu

(30) Voy. *Smith*, 494 U.S. 872 (1990) at 884-890. Le législateur ne peut toutefois favoriser indûment une communauté religieuse par rapport aux autres, sans quoi il contreviendrait à la clause dite de « non-établissement » (« *Establishment clause* »), également consacrée par le premier Amendement à la Constitution des Etats-Unis et qui impose la séparation de l'Etat et des Eglises. Voy., sur ce point, I.C. LUPU, *op. cit.*, pp. 743-781.

à un travailleur licencié pour avoir refusé de travailler le dimanche ou d'accomplir des tâches à connotation militaire. Ensuite, pour justifier la validité de *Wisconsin v. Yoder*, le juge Scalia soutient qu'il peut également y avoir exemption lorsqu'une requête se fonde à la fois sur la liberté de religion et sur un autre droit constitutionnel (31). En dehors de ces deux cas spécifiques, la Cour considère désormais que les Etats n'ont pas à justifier d'un intérêt public impérieux pour appliquer à des individus une loi qui entrerait en conflit avec les préceptes de leur religion. rtdh.eu

L'une des critiques soulevées à l'encontre du raisonnement du juge Scalia est qu'il néglige la situation des groupes religieux minoritaires. En effet, les religions bien établies et influentes ont toutes les chances d'être prises en compte au cours de l'adoption d'une loi qui entraînerait une contrainte substantielle pour les fidèles de cette confession. En revanche, des groupes confessionnels peu nombreux, mal connus, auront beaucoup plus de peine, dans un cas de figure similaire, à obtenir que les spécificités de leur pratique religieuse soient prises en considération dans le processus législatif, en raison de la méfiance ou simplement de l'indifférence de la société dominante à leur égard (32).

En réaction à l'arrêt *Employment Division v. Smith*, pressé par de nombreux groupes religieux, le Congrès américain adopte, en 1993, le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) (33), qui rétablit le critère posé dans *Sherbert v. Verner*. En vertu de cette loi, les autorités ne peuvent imposer à un individu une restriction substantielle à l'exercice de sa liberté de religion, même par suite de l'application d'une règle de portée générale, sauf à prouver que l'application de cette règle répond à un intérêt public impérieux et qu'il n'existe pas de moyen moins restrictif d'atteindre le but recherché. Nouveau rebondissement : la Cour suprême déclare cette loi invalide pour ce qui concerne les Etats, au motif que le Congrès, agissant sur la base du 14<sup>e</sup> Amendement, n'avait pas, vis-à-vis des Etats, le pouvoir de redéfinir les droits fondamentaux d'une manière incompatible avec la jurisprudence de la Cour (34). Le *Religious Freedom Restoration Act* reste néanmoins valide dans la mesure où il s'applique au gou- rtdh.eu

(31) Voy. les observations de K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 80-81 et 105-106.

(32) K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 81-82; I.C. LUPU, *op. cit.*, pp. 776-778. Voy. aussi les observations de Ch.L. EISGRUBER et L.G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, pp. 90-93 et 95-96.

(33) *Religious Freedom Restoration Act* (1993).

(34) *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

rtdh.eu

rtdh.eu

vernement fédéral (35) et, par la suite, plusieurs Etats adopteront des lois au contenu similaire. En outre, l'interprétation que fait la Cour suprême du premier Amendement à la Constitution dans l'arrêt *Employment Division v. Smith*, ne lie pas les cours étatiques lorsqu'elles interprètent la liberté de religion telle qu'elle est garantie dans le droit interne de l'Etat concerné. Aussi, un certain nombre d'entre elles ont calqué leur jurisprudence sur l'arrêt *Sherbert v. Verner*, et n'ont pas suivi l'arrêt *Smith* (36).

En somme, à l'heure actuelle, un individu peut, en vertu du *Religious Freedom Restoration Act* ou d'une loi semblable adoptée par un Etat fédéré, comme c'était le cas dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Smith*, 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, cependant, ne peut être reconnue que moyennant la réunion de certaines conditions : tout d'abord, 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 (37). 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 (38). Par

---

(35) La validité du *Religious Freedom Restoration Act* dans la mesure où il s'applique à l'Etat fédéral a été confirmée par la Cour suprême dans *Gonzalez v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

(36) K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 32-33 et 82.

(37) Une condition similaire a été dégagée par la jurisprudence canadienne (*infra*, section I.2.). Les modalités, mais aussi la légitimité, d'un tel «contrôle de sincérité», suscitent toutefois la controverse. Voy. K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 109-123 et pp. 205-207; D.E. STEINBERG, «Rejecting the Case Against the Free Exercise Exemption: A Critical Assessment», *Boston University Law Review*, 1995, Vol. 75, pp. 241-320, pp. 277-286.

(38) Sur l'interprétation de ces critères, voy. K. GREENAWALT, *op. cit.*, pp. 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 (*supra*, note 27). 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 pour justifier qu'une loi soit appliquée sans ménager d'exception. Un cri-

ailleurs, un employé peut, sur le fondement du Titre VII du *Civil Rights Act*, demander à son employeur d'aménager de manière raisonnable les conditions de travail eu égard à ses convictions religieuses, pour autant que cela ne constitue pas, pour ce dernier, une contrainte excessive, une notion interprétée largement par la Cour suprême sur la base du critère du *de minimis cost*.

## I.2. – *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 Etats-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 ethno-culturelle 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 (39). En une vingtaine d'années, un glissement s'est progressivement opéré d'un concept juridique ancré dans le droit à l'égalité vers un enjeu sociétal et politique interrogeant les valeurs fondamentales sur lesquelles se fondent la culture et le «vivre-ensemble» québécois. Ce qu'on a appelé la «crise des accommodements» (40) s'est traduit par le retentissement médiatique hors-norme de cas d'accommodements ou de pratiques apparentées de gestion de la diversité religieuse au Qué-

←

tère 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). Pour Ch.L. EISGRUBER et L. SAGER, ni l'approche définie dans *Sherbert v. Verner* et le *Religious Freedom Restoration Act*, ni celle établie dans l'arrêt *Smith* ne sont pertinentes. Selon eux, si la Constitution requiert, dans certains cas, que des exceptions à une norme d'application générale soient aménagées, c'est en vertu du principe de non-discrimination et non du droit à la liberté de religion : «When the State fails – whether through hate, habit, a misguided impulse to lead others to the true way, or an indifference born of a lack of empathy to treat the deep concerns of minority believers with the same solicitude as those of mainstream citizens, the judiciary ought to intervene» («The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct», *University of Chicago Law Review*, 1994, Vol. 61, pp. 1245-1315. p. 1284; voy. aussi des mêmes auteurs, *Religious Freedom and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 87-108).

(39) Même si le développement des accommodements raisonnables et leur médiatisation vaut pour l'ensemble du Canada, la crise qu'ils ont engendrée s'est surtout manifestée au Québec.

(40) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 46 et s.

bec. La «période d'ébullition» s'est étendue sur les années 2006 et 2007 (41) 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 (42). La Commission a d'emblée pris le parti de ne pas s'en tenir à la dimension juridique mais de «voir dans le débat sur les accommodements raisonnables le symptôme d'un problème plus fondamental concernant le modèle d'intégration socioculturelle mis en place au Québec depuis les années 1970». Disposant d'un budget non négligeable de cinq millions de dollars canadiens, la Commission a appuyé ses travaux sur plusieurs recherches universitaires commanditées à cet effet, sur la consultation de nombreux experts et sur l'organisation de différents forums de consultation publique (43). Elle a rendu son rapport en juin 2008. Afin de comprendre les enjeux juridiques posés par le concept d'aménagement raisonnable en droit canadien, il importe toutefois d'en retracer les origines (I.2.1), d'en étudier le champ d'application (I.2.2), ainsi que les limites (I.2.3) et enfin d'aborder les défis soulevés par le développement de cette notion (I.2.4) (44).

### I.2.1. *Les origines*

L'apparition du concept juridique d'accommodement raisonnable au Canada remonte aux années 1980. Cette création prétorienne fut d'abord l'œuvre des tribunaux spécialisés dans l'application des lois sur les droits de la personne (45), avant d'être mobilisée devant les tribunaux judiciaires et d'être consacrée, pour la première fois, par la

---

(41) Pour une chronologie détaillée reprenant la majeure partie des pratiques d'accommodement ayant donné lieu à la crise, voy. Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 47-60.

(42) 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.

(43) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 33-42.

(44) Voy. notamment pour une présentation du concept et de ses origines, l'excellent article de J. WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de droit de McGill*, 1998, Vol. 43, pp. 325-401. Pour une contribution plus récente, voy. aussi P. BOSSET, *op. cit.*, 2007, pp. 3-28.

(45) 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.

Cour suprême, en 1985 (46), à l'occasion de l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears Limited* (47). 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 qui lui prescrivait l'observance stricte du sabbat à partir du coucher du soleil le vendredi jusqu'au coucher du soleil le samedi. 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 (48), la Cour suprême déduit une obligation d'accommodement raisonnable, à charge de l'employeur, du principe d'égalité et de non-discrimination. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, affirme que «[l]e Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination, dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger [...]. Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du Code ontarien des droits de la personne, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables» (49).

En droit canadien, la notion d'accommodement raisonnable apparaît comme intrinsèquement liée à une conception substantielle du droit à l'égalité (50) 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 (51). 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

(46) J. WOEHRLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 329.

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

(48) 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).

(49) *O'Malley*, [1985] 2 R.C.S., pp. 554-555.

(50) 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 (article 10) et canadienne (article 15).

(51) 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 (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)* [1999] 3 R.C.S. 3). Voy. P. BOSSET, *op. cit.*, 2007, p. 12.

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 expresse, même si elle a été intégrée, à la suite de sa consécration jurisprudentielle, dans certaines lois sur les droits de la personne (52).

### *1.2.2. Le champ d'application et les formes de l'obligation d'accommodement*

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 (53) ou l'âge (54). 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 absolument 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. En outre, il s'impose tant aux individus dans leurs rapports avec d'autres personnes privées qu'aux autorités

---

(52) 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. BOSSET, *op. cit.*, 2007, p. 10).

(53) 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.

(54) Pour des cas de jurisprudence relatifs à d'autres critères de discrimination que la religion, voy. P. BOSSET, *op. cit.*, 2007, pp. 13-14. Cet auteur relève 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.

publiques (55). Dans ce dernier cas l'obligation d'accommodement peut s'imposer au législateur ou aux autorités réglementaires qui devront, le cas échéant, prévoir, en amont, dans le texte légal ou réglementaire, des exceptions pour permettre, par exemple, l'observance de pratiques religieuses, qui, à défaut, seraient contrariées par l'application de la norme (56).

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 2, a) et par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec (article 3) (57). 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 interchangeable en tant que fondement d'une telle obligation d'accommodement (58).

Dans les débats récents, la problématique des accommodements raisonnables est parfois rapprochée de la question des exigences découlant du principe de neutralité (ou laïcité) (59) de l'État. Ainsi,

---

(55) 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 aux autorités publiques sans régir les rapports entre particuliers.

(56) A propos des difficultés que pose la transposition à l'activité législative et réglementaire de la notion d'accommodement raisonnable, initialement développée dans les domaines de l'emploi et de l'offre des biens et services, voy. J. WOEHRLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, pp. 357-359. Concernant les difficultés particulières à appliquer ce concept dans le domaine des services publics, voy. A. SARIS, «L'obligation juridique d'accommodement raisonnable», in H. DORVILL (dir.), *Problèmes sociaux*, PUQ, Coll. Problèmes sociaux et interventions sociales, 2007, t. IV, pp. 385-425.

(57) J. WOEHRLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, pp. 369 et s.; J. WOEHRLING, «La place de la religion dans les écoles publiques du Québec», in *Actes de la XVII<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'Etat*, éd. Yvon Blais, Cowansville, 2006, pp. 3-62, spéc., pp. 12 et s.

(58) J. WOEHRLING, «La liberté de religion, l'obligation de neutralité religieuse de l'État et le droit à l'accommodement raisonnable : quelle place pour la religion dans les institutions publiques?», *Revista catalana de dret public*, 2006, Vol. 33, pp. 369-403.

(59) A propos des notions de laïcité et de neutralité de l'État au Québec, voy. les importants développements qui y sont consacrés dans le rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 131-154. Voy. aussi, pour un exemple d'application du principe de neutralité, l'arrêt *Big M Drug Mart*, dans lequel, la Cour suprême, au nom de la neutralité de l'État, invalide la loi fédérale imposant, sous peine de sanction pénale, la fermeture des magasins le dimanche, qui correspond au jour de repos hebdomadaire selon la tradition chrétienne. Constatant que cette loi a pour objet reconnu de rendre obligatoire l'observance d'un précepte religieux, la Cour juge

un certain nombre de citoyens ont vu une contradiction dans le fait que la majorité chrétienne de la population québécoise soit tenue d'accepter, au nom de la neutralité de l'État, la suppression de symboles tels que l'affichage d'un crucifix au-dessus de fauteuil du président de l'Assemblée nationale du Québec ou la récitation d'une prière en début de séance dans un conseil municipal, alors que parallèlement des personnes appartenant à des religions minoritaires pouvaient obtenir des accommodements de l'État. Mais, comme le souligne le rapport de la Commission *Bouchard-Taylor*, cette contradiction n'est qu'apparente : tandis que le principe de neutralité interdit à l'État et aux institutions publiques de « faire d'un précepte ou d'une pratique propre à une religion donnée [...] une norme contraignante pour l'ensemble de la population », les accommodements ou ajustements accordés à des individus pour leur permettre de pratiquer leur religion au travail ou dans les établissements publics ne remettent pas en question, s'ils sont justifiés, la neutralité de l'État car ces pratiques n'engagent que les individus concernés (60).

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. Si l'on reprend la typologie mise en lumière par J. Woehrling, l'accommodement peut être imposé par un tribunal, négocié à l'amiable, consenti de façon volontaire par une autorité publique ou recommandé par une commission des droits de la personne (61). Indépendamment du mode

---

←

qu'elle porte atteinte à la liberté confessionnelle et entraîne une discrimination indirecte à l'encontre de ceux dont la religion prescrit un autre jour d'observance. « Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la Loi sur le dimanche exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la Charte. La Loi paraît discriminatoire à l'égard des Canadiens non chrétiens. Des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne sont transformées en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. [...] Protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société. (R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. pp. 336 et 337 (juge Dickson)).

(60) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, p. 152.

(61) Voy., notamment, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Droit pour une infirmière en milieu hospitalier de refuser de participer à des avortements pour des raisons de conscience ou de religion*, document adopté à la 290<sup>e</sup> séance de la Commission, résolution COM-290-9.1.5, cat. 2.113.2.3, 3 septembre 1987; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Mémoire à la Commission de l'éducation de l'Assemblée nationale sur la place de la religion à l'école*, document adopté à la 443<sup>e</sup> séance de la Commission, 10 septembre 1999, résolution COM-443-4.1.3, CAT. 2.412-89.1.

par lequel il est défini ou imposé, il peut résider soit dans une dispense pure et simple de l'application de la règle indirectement discriminatoire (62), soit dans l'aménagement d'un régime d'exception. 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 (63). 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. 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» (64). Par exemple, l'inci-

---

(62) 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).

(63) 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-Bourgeois*, [2006] C.S.C. 6) tel que présenté par J. WOEHLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, note 45.

(64) J. WOEHLING, «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'obligation en cause soit ou non de nature juridique (Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 63-65).

dent très médiatisé qui avait amené un centre sportif du YMCA (65) à Montréal à givrer les vitres de sa salle d'aérobic, à la demande de l'école juive hassidique qui était contiguë, afin d'éviter aux jeunes élèves le spectacle des femmes en tenue de sport un peu moulante, relève simplement de la catégorie des ajustements concertés. L'espèce était, en effet, étrangère à toute violation de la liberté religieuse ou pratique discriminatoire.

### I.2.3. *Les limites*

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 une personne privée ou à une autorité publique. 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 (66) («*business necessity*» en droit américain), n'est pas particulièrement exigeante mais, dans certains cas, elle pourra entraîner l'invalidation de la norme (67). En application de ce principe, un tribunal des droits de la personne a ainsi invalidé l'exigence de taille minimale pour devenir pilote, imposée par *Air Canada*, qu'il a jugée indirectement discriminatoire à l'égard des femmes et des hommes d'origine asiatique et dont le caractère essentiel à la sécurité ne lui

---

(65) La *Young Men's Christian Association* (YMCA) est une association fondée à Londres en 1844, en vue d'encourager la culture du corps, de l'intellect et de l'esprit. Elle consiste aujourd'hui en un vaste réseau d'associations réparties dans le monde, qui, aux États-Unis et au Canada, s'occupent en particulier de la gestion d'installations sportives mises à la disposition du public.

(66) 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.*, pp. 520-521).

(67) Il importe de noter que si le caractère rationnel de la norme ou politique indirectement discriminatoire ne peut être démontré, la sanction sera l'invalidation de la norme plutôt que son accommodement raisonnable (J. WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 342).

paraissait pas démontré (68). Une fois le caractère rationnel de la norme ou politique établi, reste encore à l'employeur à apporter la preuve qu'il a fait tous les efforts nécessaires afin de trouver un accommodement (69), 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. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, déclare ainsi qu'il ne lui paraît pas nécessaire de définir de manière exhaustive la notion de contrainte excessive. En revanche il estime utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier (70). Christian Brunelle a regroupé en trois catégories les facteurs actuellement pris en compte par la jurisprudence, la doctrine ou la législation afin d'évaluer l'existence d'une contrainte excessive (71) : les limites des ressources financières et

---

(68) Affaire *Chapdelaine c. Air Canada*, [1987], 9 C.H.R.R. D/4449. Relevons que J. WOEHRLING mentionne une règle d'un établissement scolaire qui interdirait aux élèves le port de tout signe distinctif religieux comme exemple de norme qui pourrait ne pas répondre à cette exigence de rationalité («L'obligation d'accommodement raisonnable...», *op. cit.*, 1998, p. 343). Sur cette question, voy. aussi, du même auteur, «La place de la religion dans les écoles publiques du Québec», *op. cit.*, 2006, pp. 32 et s.; et «*Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques*», Pierre Bosset, Conseiller juridique, Direction de la recherche, Commission des droits de la personne du Québec, Document adopté à la 388<sup>e</sup> séance de la Commission, tenue le 21 décembre 1994, par sa résolution COM-388-6.1.3.

(69) Il importe de souligner que l'obligation de négocier de bonne foi est réciproque et que 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. (4th) 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. WOEHRLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, note 46). Sur l'obligation de collaboration dans la négociation de l'accommodement, voy. aussi A. SARIS, «L'obligation juridique d'accommodement raisonnable», *op. cit.*, pp. 385 et s.

(70) *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)* [1990] 2 R.C.S., pp. 520-521.

(71) Ch. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Editions Yvon Blais, Cowansville, 2001, pp. 248-251.

matérielles (72), l'atteinte aux droits (73) et le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution (74). Ces facteurs doivent être considérés dans le contexte de chaque demande et avec une grande flexibilité. Au-delà de cette approche casuistique, le rejet du critère *de minimis*, d'application aux États-Unis, a clairement été établi (75). A l'occasion de son arrêt *Renaud*, la Cour suprême a souligné «qu'un critère aussi laxiste supprimait à toutes fins pratiques l'obligation d'accommodement» et que «l'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle» (76). 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* (77). Il en va de même de l'éventuel

---

(72) L'auteur mentionne comme éléments pertinents à ce titre : le coût réel de l'accommodement, les sources extérieures de financement, la nature de l'entreprise ou de l'institution, le budget d'opération total de l'entreprise ainsi que sa santé financière, la conjoncture économique, etc.

(73) L'auteur mentionne comme éléments pertinents à ce titre : les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public, la convention collective, l'effet préjudiciable sur les autres employés, les conflits de droits.

(74) L'auteur mentionne comme éléments pertinents à ce titre : l'interchangeabilité relative des employés, l'adaptabilité des lieux, installations et équipements de travail, l'effet sur la productivité de l'entreprise, le nombre d'employés affectés par la mesure, l'effet bénéfique sur les autres employés, la durée et l'étendue de l'accommodement.

(75) Voy., dans la présente contribution, *supra*, section I.1.1.

(76) *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) entraînait une exception à la convention collective refusée par le syndicat. A 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. A 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».

(77) 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 trois employés sur 1500 ont demandé un tel accommodement à la suite du jugement intervenu (*Smart c. Eaton Ltée* [1993] J.T.D.P.Q. n° 2, 1993, TDPQ, 602).

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 (78). Les critères traditionnels doivent, dans ce cas, être complétés et adaptés au regard des spécificités de ces institutions. De l'avis de Pierre Bosset, pour évaluer le caractère excessif ou non d'une demande d'accommodement soumise dans ce contexte, il convient notamment d'avoir égard aux finalités de l'institution publique et, le cas échéant, aux obligations particulières qui lui incombent en vertu de la loi. Par exemple, la mission éducative de l'école mérite d'être prise en considération dans la détermination du caractère raisonnable d'un accommodement. Autre élément mis en lumière par cet auteur, la nature captive ou vulnérable des usagers de l'institution, comme dans le cas d'une prison (79), d'un établissement de soins (80) ou d'une école, peut justifier une obligation d'accommodement plus étendue que dans d'autres milieux (81). D'autre part, il va de soi que l'atteinte aux droits d'autrui peut là aussi être invoquée pour refuser une demande d'accommodement (82).

#### 1.2.4. *Les défis*

Analyser les nombreux défis qu'engendre le développement de la notion d'accommodement raisonnable pour la société québécoise et plus largement pour le Canada dépasserait le cadre de cette

---

(78) P. BOSSET, *op. cit.*, 2007, p. 24; Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, p. 163.

(79) Afin de respecter les convictions religieuses des détenus, l'octroi d'un régime alimentaire particulier sera, dans certains cas, une obligation pour l'établissement pénitentiaire (cf. Commission des droits de la personne, *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque : obligations des autorités carcérales*, 1991).

(80) P. BOSSET, « Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse », Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, document adopté à la 497<sup>e</sup> séance de la Commission, tenue le 10 septembre 2004, par sa résolution COM-497-5.1.2 et révisé à la 502<sup>e</sup> séance, tenue le 4 février 2005, par sa résolution COM-502-5.1.5.

(81) P. BOSSET, *op. cit.*, 2007, p. 25.

(82) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, p. 163.

étude (83). Nous nous bornerons à épinglez trois questions majeures que soulève le concept juridique d'accommodement.

Une première interrogation importante a trait aux conditions à remplir pour pouvoir se prévaloir d'un accommodement en matière religieuse. 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 arrêt controversé (84) rendu par une majorité de cinq juges contre quatre, en faveur d'une conception subjective et individualiste de la liberté de religion (85). Dans cette affaire *Amselem* (86), était en cause une demande de dérogation à un règlement de copropriété d'un immeuble, émanant de juifs orthodoxes désireux de construire une souccah (87) 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 prescrits 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 co-propriétaires qu'à celle du rabbin témoignant pour les plaignants (88). Les cinq juges

(83) Nous renvoyons à cet égard au Rapport *Bouchard-Taylor* qui livre une analyse détaillée et actuelle de ces différents défis (*op. cit.*).

(84) 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. FOBLETS, 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).

(85) *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 [2004] 2, R.C.S.

(86) Pour une analyse approfondie de cette affaire et de ses conséquences, voy. J. WOERLING, «La liberté de religion...», *op. cit.*, 2006, pp. 390 et s.

(87) Une souccah est une petite cabane installée de manière temporaire et dans laquelle les fidèles doivent résider ou à tout le moins prendre leurs repas pendant les sept jours de la fête juive de Souccoth (fête des Cabanes ou des Tabernacles).

(88) 998 R.J.Q., 1892.

majoritaires (89) de la Cour suprême ont accueilli l'appel en accordant, au contraire, une importance décisive à la croyance subjective des plaignants (90). 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. Le juge en chef McLachlin précise que «la liberté de religion garantie par la Charte québécoise (et la Charte canadienne) s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux». Elle ajoute que «c'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle» (91). Autrement dit, les juges n'ont pas à s'ériger en arbitres des dogmes religieux ou de leur interprétation. Ils doivent se borner à vérifier la sincérité de la croyance ou la bonne foi de celui qui l'invoque à l'appui d'une demande d'accommodement, afin d'éviter toute instrumentalisation (92).

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 (93). Cette technique contre également le risque que les tribunaux ne marginalisent les religions minoritaires ou les

---

(89) Il s'agit de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci (qui a rédigé les motifs), Major, Arbour et Fish.

(90) Trois des quatre juges dissidents (les juges LeBel, Bastarache (qui a rédigé les motifs) et Deschamps) se sont prononcés, au contraire, en faveur d'une conception «institutionnelle et communautaire» de la liberté de religion en insistant sur la nécessité de prouver, avant la sincérité de la croyance, l'existence objective d'un précepte religieux, le cas échéant, par le recours à une preuve d'expert.

(91) *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S., 551.

(92) Ainsi, dans une affaire où des personnes avaient invoqué leur foi dans l'arbre de vie pour justifier leur culture de cannabis, leur sincérité fut mise en doute par le juge de la cour fédérale (*Tucker c. Canada*, 2004 CF 1729 (2004)).

(93) 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. (4th) 186.

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 (94). Cette conception n'est toutefois pas dénuée d'inconvénients. En particulier, en axant l'examen judiciaire sur la sincérité subjective du requérant, elle pourrait 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 (95). Ces inconvénients ne sont sans doute pas insurmontables pour les cours et tribunaux qui sont outillés pour évaluer la crédibilité des demandeurs et peuvent, en outre, refuser une demande déraisonnable malgré la sincérité de la croyance. En revanche, la mise en œuvre de cette approche subjective par les « décideurs de première ligne », c'est-à-dire les directeurs d'écoles, d'hôpitaux ou d'autres institutions publiques (ou les décideurs privés), peut s'avérer beaucoup plus délicate. Le professeur Woehrling observe que ces derniers « ne bénéficient pas de la même latitude lorsqu'ils sont confrontés aux demandes fondées sur la liberté de religion. Ils n'ont ni l'autorité, ni les moyens, comme c'est le cas des tribunaux, d'examiner en profondeur la sincérité des demandeurs d'accommodement ». Il estime que la meilleure solution, pour les décideurs de première ligne, consiste à dresser à l'avance, avec l'aide d'autorités religieuses ou d'autres experts, un inventaire des croyances et pratiques religieuses considérées comme existant objectivement au sein d'une communauté de foi et des accommodements considérés comme acceptables. Par contre, « [l]es cas où un individu invoque une croyance ou une pratique inconnue ou qui lui est purement personnelle devraient être laissés à la détermination des tribunaux » (96).

Cette attention portée à la situation des décideurs de première ligne met en lumière un deuxième défi posé par le concept d'aménagement raisonnable. La mise en œuvre de cette notion requiert

(94) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 176-177.

(95) J. WOEHRLING, « La liberté de religion... », *op. cit.*, 2006, pp. 390 et s.

(96) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, p. 177. C'est ce qu'a fait par exemple la Commission scolaire de la région de York en Ontario en adoptant un document intitulé *Accommodation of Religious Requirements, Practices and Observances – A Guideline* dans lequel on trouve un chapitre intitulé « *Description of Religious Requirements, Practices and Observances* » (disponible sur internet [www.yrdsb.edu.on.ca](http://www.yrdsb.edu.on.ca) – dernière visite : le 1<sup>er</sup> octobre 2008). On y indique, pour chaque religion, les croyances et pratiques qui s'y rattachent et les accommodements auxquels les directions d'écoles doivent ou non consentir.

du personnel des différentes institutions, tels que les enseignants ou le personnel soignant, qu'il recherche des réponses au cas par cas, en fonction des demandes et des différents facteurs en jeu selon le contexte. Or, dans son rapport, la Commission *Bouchard-Taylor*, après avoir procédé à un examen approfondi des pratiques d'harmonisation mises en œuvre notamment dans les secteurs de l'éducation et des soins de santé, constate qu'une partie des acteurs institutionnels déclarent manquer de lignes directrices ou d'appui de leur hiérarchie et éprouver de vives difficultés à identifier la réponse adaptée face à certaines demandes. D'un autre côté, le personnel et les gestionnaires concernés, ne semblent pas favorables à l'idée qu'un «mode d'emploi» uniforme leur soit imposé. Ils tiennent à conserver une marge de manœuvre, leur permettant de s'adapter à la singularité des situations. La Commission en conclut qu'il existe 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 (97). Pour les auteurs du rapport, ces repères doivent découler principalement de trois ensembles de considérations : le modèle d'intégration socioculturelle du Québec, les droits et normes communes promus par la société québécoise et le régime de laïcité qui y a cours (98). Rejetant l'idée d'une codification stricte ou d'une «régulation par le haut», qui risquerait d'entraver le processus de passage du général au particulier, ils se prononcent résolument en faveur «d'une démarche contextuelle, délibérative et réflexive», c'est-à-dire, «[d]une approche au cas par cas, misant sur le dialogue et sur l'autocritique et encadrée par des principes généraux» (99).

Enfin, et c'est là un troisième défi, certaines demandes d'accommodement créent une situation de conflit de droits. Fondée sur des droits plus généraux, l'obligation juridique d'accommodement n'est pas absolue; elle peut être limitée 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

---

(97) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 83-84 et 96-99.

(98) *Ibidem*, pp. 98-99. Sur le modèle d'intégration du Québec, voy. pp. 113-130; sur le régime de laïcité propre au Québec, voy. pp. 133-154; sur les droits et normes communes, voy. pp. 162-166.

(99) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 168-169. Dans cette perspective, la recommandation B5 du rapport préconise la création, au sein de chaque institution, de bases de données répertoriant le traitement réservé aux demandes d'ajustement et permettant la constitution d'une forme de «jurisprudence» ainsi que la diffusion de cette expertise pratique au sein de l'établissement et les échanges de bonnes pratiques entre institutions (*Ibidem*, p. 266).

vers la recherche d'une conciliation des droits en conflit, qui permet 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 d'un hôpital de l'Ontario avait décidé de passer outre au refus des parents. Cette attitude a été jugée licite par la Cour suprême (100). Un autre motif important de préoccupation réside dans les demandes tendant à contester la mixité entre les sexes ou mettant à mal le principe d'égalité entre les femmes et les hommes. A 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 (101). Il soutient néanmoins l'initiative en discussion à l'Assemblée nationale tendant à insérer dans la charte québécoise une clause interprétative indiquant que l'égalité entre hommes et femmes est une valeur fondamentale de la société québécoise (102).

## II. – L'aménagement raisonnable dans l'espace juridique européen

Dans l'espace juridique européen, les références expresses à une obligation d'aménagement raisonnable en matière religieuse sont rares. Cela ne signifie pas pour autant que cette notion n'a aucune place dans les ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme (II.1), de l'Union européenne (II.2) ou de certains États membres (II.3). 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.

(100) *R. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S., p. 315.

(101) Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, *op. cit.*, p. 175.

(102) *Ibidem*, p. 266, recommandation B6.

## II.1. – *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 (103). 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 avec 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 aient opté pour le moins attentatoire aux droits et libertés (104). 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.

---

(103) 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. LAWSON and C. GOODING (eds), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart, Oxford, 2005, pp. 35-63.

(104) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *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, pp. 190-219.

La Cour et la Commission, toutefois, se sont refusées à s'engager dans cette voie dans leur interprétation de l'article 9(105). En témoigne, par exemple, la décision de la Commission 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(106). Elle estime donc inutile de procéder à un contrôle de proportionnalité en examinant si une mesure alternative, garantissant la protection de la santé mais 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 contestations sur leurs jours de congé. Dans une affaire *X. c. Royaume-Uni* décidée en 1981(107), 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'Etat «des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la liberté de religion de l'individu»(108), 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'I.L.E.A. [l'*Inner London Education Authority*] et que c'est à la

---

(105) 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 à un droit. En conséquence, la Cour a jugé que le 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 eur. dr. h., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §49; Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), *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. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 330-332.

(106) Comm. eur. dr. h., *X. c. Royaume-Uni*, 12 juillet 1978, *D.R.*, 14, p. 234.

(107) Comm. eur. dr. h., *X. c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981, *D.R.*, 22, p. 39.

(108) *Ibidem*, §3, p. 44.

suite de ce contrat qu'il s'est lui-même mis dans l'incapacité de travailler pour l'I.L.E.A. et d'assister aux prières du vendredi» (109). En d'autres termes, en acceptant un emploi d'instituteur, le requérant aurait volontairement renoncé à se prévaloir de sa liberté de religion. La Commission ajoute qu'il restait libre de quitter son emploi s'il estimait que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses (110).

Ce raisonnement a été critiqué par une partie de la doctrine pour son formalisme (111). En postulant que le requérant a librement choisi de travailler le vendredi en début d'après-midi plutôt que de participer à la prière, la Commission ignore le contexte dans lequel ce choix a été opéré : 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. Aussi, l'employeur n'est-il pas tenu de prendre en compte une telle demande ni de justifier un refus. 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. Or, en considérant qu'il n'y a pas eu ingérence dans la liberté 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'aménager la norme contestée pour éviter le conflit avec la liberté de religion du requérant, par exemple, en modifiant son horaire de façon à lui permettre de prester les 45 minutes litigieuses à un autre moment. L'Etat aurait alors dû établir que cette solution alternative empê-

---

(109) *Ibidem*, §9, p. 46.

(110) *Ibidem*, §15, p. 47. Voy. aussi Comm. eur. dr. h., *Konttinen c. Finlande*, 3 décembre 1996, *D.R.*, 87-B, p. 68, pp. 75-76.

(111) Voy. not. J. VELAERS et M.-C. FOBLETS, «L'appréhension du fait religieux par le droit. – A propos des minorités religieuses», *Rev. trim. dr. h.*, n° 30, 1997, pp. 273-307, pp. 292-293 ; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 130-131 ; P. CUMPER, «The Public Manifestation of Religion or Belief : Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century», in R. O'DAIR and A. LEWIS (eds), *Law and Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 311-328 ; 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, pp. 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, pp. 201-228, p. 226.

chait le bon déroulement des tâches pédagogiques de l'école en démontrant, par exemple, qu'elle 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» (112). 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 là encore, 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 puisqu'elle correspond à la norme établie dans de nombreux États (113).

La Commission a confirmé la position adoptée dans *X. c. Royaume-Uni* dans sa décision *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, qui concerne également une demande de modification d'horaire pour motif religieux (114). Cependant, un point de vue différent sur la question de l'aménagement semble percer dans la décision *S.H. et H.V. c. Autriche* du 13 janvier 1993 (115). 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,

---

(112) *X. c. Royaume-Uni*, §28.

(113) Comp. avec l'affaire l'arrêt *Big M Drug Mart* de la Cour suprême canadienne, évoqué dans la Partie I.2., note 65.

(114) Comm. eur. dr. h., *Konttinen c. Finlande*, 3 décembre 1996, *D.R.*, 87-B, p. 68. Voy. aussi Comm. eur. dr. h., *Stedman c. Royaume-Uni*, 9 avril 1997, *D.R.*, 89-B, p. 104 (concernant une entreprise privée).

(115) Comm. eur. dr. h., *S.H. et H.V. c. Autriche*, 13 janvier 1993 (le texte de cette décision n'est disponible qu'en anglais sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme).

celui-ci aurait dû établir une nouvelle date. Mais en l'espèce, les requérants ont réagi trop tard : alors qu'il leur a été notifié le 30 mai que l'audience aurait lieu le 4 octobre, ils n'ont écrit au tribunal que le 25 septembre pour en solliciter le report. Compte tenu de la complexité de l'affaire, qui impliquait un grand nombre de personnes, et de la tardiveté de la 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* (116).

rt dh. eu

De manière intéressante, dans l'affaire *Valsamis c. Grèce* (arrêt du 18 décembre 1996), tandis que la Commission s'était fondée sur la considération que la liberté de religion «ne confère pas le droit de se soustraire à des règles disciplinaires d'application générale et neutre», pour conclure à l'absence d'ingérence dans les droits de la requérante (117), la Cour ne reprend pas cet argument. En l'espèce, la requérante est une élève de douze ans, témoin de Jéhovah comme ses parents, qui se plaint d'avoir fait l'objet d'une sanction d'un jour de renvoi pour avoir refusé, conformément aux préceptes de sa religion qui érige le pacifisme en dogme, de défiler avec son école lors de la fête nationale grecque, laquelle commémore, par des défilés scolaires et militaires, la déclaration de guerre de l'Italie fasciste à la Grèce en 1940. Si la Cour estime elle aussi que la mesure attaquée n'a pas porté atteinte à la liberté de religion de la requérante, ce n'est pas en raison du caractère «général et neutre» de la règle disciplinaire qui lui a été appliquée, mais parce qu'elle considère, de

---

(116) Voy. *infra* dans la présente contribution, section II.2. 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». (Comm. eur. dr. h., X. c. *Royaume-Uni*, 5 mars 1976, D.R., 5, p. 8). Sur cette décision, voy. les observations de J. VELU et R. ERGEC dans *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 590. Plus généralement, sur la problématique des demandes d'aménagement, pour motif religieux, de normes générales et apparemment neutres dans la jurisprudence des instances de la Convention, voy. C. EVANS, *op. cit.*, pp. 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, pp. 607-627 et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 167-169 et 323-338.

(117) Rapport de la Commission, cité par la Cour dans Cour eur. dr. h., *Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996, §36.

manière certes contestable (118), que la manifestation en cause n'était pas de nature à heurter ses convictions pacifistes (119). On peut en déduire, *a contrario*, que, si la Cour avait observé un conflit entre l'obligation imposée aux élèves et les convictions de la requérante, elle aurait pu aboutir à un constat de violation, malgré le caractère général de cette obligation (120).

rt dh.eu

Quoi qu'il en soit, la problématique de l'aménagement raisonnable a connu un tournant dans la jurisprudence de la Cour, sur le terrain de l'article 14, avec l'arrêt de Grande Chambre *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000. Jusque-là, la Cour considérait que la règle de non-discrimination inscrite à l'article 14 interdisait uniquement à l'Etat 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'Etat d'appliquer, sans justification objective et raisonnable, «un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes» (121). 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 ser-

(118) Voy. l'opinion dissidente commune à MM. les juges Thór VILHJÁLMSSON et JAMBREK.

(119) Arrêt *Valsamis c. Grèce*, §§31 et 37.

(120) La Cour a également connu d'un recours introduit par des adventistes du septième jour, qui contestaient le refus des autorités luxembourgeoises de dispenser leur fils de l'obligation de fréquenter l'école le samedi, alors que leur religion impose le repos absolu ce jour-là. La Cour a estimé que la décision des autorités pouvait s'analyser en une ingérence dans le droit des requérants à la liberté de religion. Mais comme la dispense demandée avait un caractère systématique et aurait abouti à soustraire l'enfant au rythme normal de la scolarité, le refus des autorités d'accéder à la demande des requérants, lui paraît reposer sur un but légitime, à savoir la protection du droit de l'enfant à l'instruction. (Cour eur. dr. h. (2<sup>e</sup> sect.), *Martins Casimiro et Cerveiro Ferreira c. le Luxembourg*, 27 avril 1999).

(121) Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, §44.

vice 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» (122). 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» (123), que l'Etat grec a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit à la liberté religieuse. L'arrêt *Thlimmenos* consacre ainsi rtdh.eu deux principes : d'abord, la règle de non-discrimination inscrite à l'article 14 de la Convention est transgressée lorsqu'un Etat, 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'Etat 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 (124).

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 (125). Deux décisions, fondées sur l'article 9 pris isolément, paraissent même en retrait par rapport à cet arrêt. Certes, dans l'affaire *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France* (arrêt du 27 juin 2000), la Cour remarque qu'en instituant une possibilité de dérogation dans la réglementation relative à l'abattage des animaux, en vue de permettre, sous certaines conditions, aux membres de certaines communautés religieuses de procéder à l'abattage selon les préceptes de leur culte, «le droit interne a concrétisé un engagement positif de l'Etat visant à assurer le respect effectif de la liberté

(122) *Ibidem*, §47.

(123) *Ibidem*, §48 (nous soulignons).

(124) En ce sens, O.M. ARNARDOTTIR, *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.

(125) Voy. Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007.

rtdh.eu

de religion» (126). Mais, dans l'arrêt *Kosteski c. 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 (127). L'objet du litige était différent de celui des affaires *X. c. Royaume-Uni et Konttinen* : 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. Or, 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 manifestation de ses convictions religieuses, au sens de l'article 9 de la Convention, ni que la sanction prise à son encontre constitue une ingérence dans sa liberté d'exprimer sa religion (128). Elle semble vouloir par là confirmer le point de vue adopté par la Commission, sans toutefois arrêter sa position de manière définitive. Cet arrêt contient néanmoins un enseignement intéressant : la Cour juge que, lorsqu'un employé souhaite bénéficier d'un droit particulier, accordé aux fidèles d'une religion déterminée et dérogoratoire par rapport à la norme générale, il n'est pas contraire à la liberté de

(126) Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, §76.

(127) Cour eur. dr. h. (3<sup>e</sup> sect.), *Kosteski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006, §37. Auparavant, en octobre 2001, dans l'affaire *Pichon et Sajous c. France*, la Cour avait déclaré irrecevable la requête fondée sur l'article 9, introduite par deux pharmaciens, condamnés pour avoir refusé, par conviction religieuse, de vendre à des femmes des produits contraceptifs qui leur avaient été prescrits par leur médecin. Pour conclure à l'absence d'ingérence dans la liberté de religion des requérants, la Cour insiste cependant sur le fait que la vente du produit en cause est légale et intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies. La Cour semble indiquer par là que le comportement des pharmaciens, quoique motivé par leurs convictions religieuses, entraînait une atteinte au droit des femmes à la santé et au respect de leur vie privée, qui inclut la liberté de choix en matière de procréation. Il existait donc des motifs légitimes de rejeter leur revendication (Cour eur. dr. h. (3<sup>e</sup> sect.), *Bruno Pichon et Marie-Line Sajous*, 2 octobre 2001). Comp. avec Cour eur. dr. h. (2<sup>e</sup> sect.), *Martins Casimiro et Cerveiro Ferreira c. le Luxembourg*, 27 avril 1999), mentionnée plus haut, note 123.

(128) Arrêt *Kosteski*, §38.

religion d'exiger qu'il fournisse certains éléments tendant à démontrer qu'il appartient effectivement à la communauté religieuse concernée (129).

La seconde affaire qui mérite d'être relevée est l'affaire *El Morsli c. France* qui a fait l'objet d'un arrêt du 4 mars 2008. La Cour y déclare irrecevable la requête d'une femme de confession musulmane qui souhaitait se rendre au consulat de France à Marrakech pour y déposer une demande de visa d'entrée en France afin d'y rejoindre son mari, mais qui avait refusé de retirer son voile pour se soumettre à un contrôle d'identité. En conséquence, elle n'avait pas été autorisée à pénétrer dans l'enceinte du consulat et n'avait pu, de ce fait, obtenir de titre de séjour pour se rendre en France auprès de son mari. L'élément important pour notre objet est que la requérante soutient qu'elle était prête à retirer son voile en présence d'une femme 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'Etat en matière de contrôle de sécurité (130).

---

(129) *Ibidem*, §39. Il est à noter que, dans un autre contexte, la Cour a reconnu « que la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte également un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé à manifester sa confession ou ses convictions religieuses. » (Cour eur. dr. h. (1<sup>re</sup> sect.), *Alexandrinis c. Grèce*, 21 février 2008, §38). Comp. avec la question de la preuve de la sincérité des croyances en droit canadien et en droit américain (*supra*, sect. I.2.4. et I.1.2.).

(130) Cour eur. dr. h. (3<sup>e</sup> sect.), *El Morsli c. France*, 4 mars 2008. En revanche, l'affaire *Suku Phull*, décidée le 11 janvier 2005, à laquelle la Cour fait référence dans sa décision *El Morsli c. France*, ne nous paraît pas concerner un cas de demande d'aménagement raisonnable : le requérant, qui est sikh pratiquant, se plaint du fait que, lors d'un voyage en avion, alors qu'il traversait le sas de sécurité pour pénétrer dans la zone d'embarquement, les agents de sécurité l'ont obligé à retirer son turban. Le requérant, dans cette affaire, ne demandait pas qu'il soit fait exception à une règle générale, puisque la décision litigieuse n'avait pas été prise en application d'une règle imposant, par exemple, à tout passager de retirer leur couvre-chef. Il soutenait que l'usage que les agents de sécurité avaient fait de leur pouvoir d'appréciation quant aux exigences de la sécurité, avait entraîné une violation de sa liberté religieuse. Il revenait donc à la Cour d'examiner si la décision individuelle contestée était ou non nécessaire à l'objectif poursuivi. Elle a jugé qu'il y avait eu ingérence dans le droit garanti à l'article 9, mais que les contrôles de sécurité dans les aéroports étaient nécessaires à la sécurité publique et que les modalités de leur mise en œuvre entraînent, en l'espèce, dans la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, et ce, d'autant plus clairement qu'il ne s'agissait que d'une mesure ponctuelle. (Cour eur. dr. h. (2<sup>e</sup> sect.), *Suku Phull c. France*, 11 janvier 2005).

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 pris isolément, 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, qui peut être invoquée en combinaison avec l'article 9. Depuis l'arrêt *Thlimmenos*, la Cour reconnaît en effet qu'il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, un Etat 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.

rtdh.eu

## II.2. – *Le droit communautaire*

La notion d'aménagement raisonnable est relativement nouvelle en droit communautaire. Elle a été consacrée le 27 novembre 2000 à l'occasion de l'adoption de la directive 2000/78/CE (131) (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 (132). Elle ne se retrouve pas 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 (133). Cette consécration de l'aménagement raisonnable est actuellement limitée aux personnes handicapées (134) dans le secteur de l'emploi (135). Elle pourrait être étendue, toujours exclusivement pour les personnes handicapées, aux domaines de la sécurité sociale, de l'éducation

---

(131) 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° L303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(132) Article 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78/CE.

(133) 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° L180 du 19 juillet 2000, p. 22.

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

(135) La notion d'emploi et de 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).

et de l'accès aux biens et services si la proposition de directive présentée le 2 juillet 2008 par la Commission (136) obtenait l'unanimité (137) au Conseil.

En son article 5, la directive emploi dispose qu'«[a]fin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées». Le préambule de cette directive fournit quelques indications supplémentaires. Les «mesures appropriées» à prévoir sont décrites comme les «mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement» (138). Pour l'appréciation d'une charge disproportionnée, «il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres [que ces mesures] impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide» (139).

Le législateur américain, l'un des premiers à recourir au concept d'aménagement raisonnable (140), a largement inspiré la Commission européenne. En particulier, l'*American with Disabilities Act* de 1990 a connu un rayonnement international et a sensibilisé les

---

(136) 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 tend à aligner le champ d'application matériel de la directive emploi sur celui de la directive race.

(137) La proposition de directive du 2 juillet 2002 est basée, comme les directives race et emploi, sur l'article 13 C.E., 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. DUBOUT, *L'article 13 du traité C.E. – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

(138) Considérant 20 du Préambule de la directive 2000/73/CE précitée.

(139) Considérant 21 du Préambule de la directive 2000/73/CE précitée.

(140) Voy. *supra*, section I.1.

acteurs associatifs et les responsables politiques à l'importance de la notion pour assurer une mise en œuvre efficace du principe d'égalité de traitement à l'égard des personnes souffrant d'un handicap (141). Ceci étant, avant la transposition de la directive emploi, seuls trois pays, le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suède, avaient adopté des textes en ce sens au cours des années 1990 (142). Le caractère isolé de ces expériences explique qu'en Europe, les implications d'une obligation d'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées dans le secteur de l'emploi ont suscité beaucoup d'interrogations et doivent encore être précisées par la jurisprudence. Dans ce contexte, la Commission européenne s'est évertuée à rassurer les employeurs en soulignant que les aménagements requis «n'entraînent pas forcément de grosses dépenses», voire, pour certains, «aucun frais». Ces mesures, précise-t-elle, «consistent, par exemple, à reloger une personne ayant des difficultés à monter les escaliers dans un bureau au rez-de-chaussée ou à fournir un logiciel spécial aux malvoyants pour leur permettre de lire plus facilement les écrans d'ordinateur. [...]. [D]es aménagements en termes de flexibilité des horaires peuvent être introduits pour les personnes obligées de s'absenter régulièrement pour suivre des traitements, ou encore, des tests oraux plutôt qu'écrits peuvent être organisés à la fin d'une séance de formation pour les personnes qui ont du mal à écrire» (143). N'en déplaise à la Commission, les questions posées par les limites de l'obligation d'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées restent juridiquement complexes (144).

En revanche, aucune obligation d'aménagement raisonnable ne ressort des textes de droit communautaire quand il s'agit de tenir

---

(141) L. WADDINGTON, *Implementing and Interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment directive : Learning from Experience and Achieving Best Practice*, dans le cadre du E.U. Network of Experts on Disability Discrimination, G. QUINN (dir.), Commission européenne, D.G. Emploi et affaires sociales, 2004, p. 14.

(142) Au Royaume-Uni, le *Disability Discrimination Act* (DDA) de 1995, s. 6; en Irlande, le *Employment Equality Act* de 1998, s. 16(3); en Suède, la loi interdisant les discriminations des personnes handicapées dans l'emploi (*Prohibition of Discrimination in Working Life of People with Disability Act*) de 1999, §6.

(143) *Rapport annuel sur l'égalité et l'antidiscrimination. Vers la diversité*, Luxembourg, Communautés européennes, 2003, p. 7.

(144) Voy., par exemple, O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Coll. Travail et Société, éd. P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M., New York, Oxford, Wien, 2001, pp. 189 et s.; L. WADDINGTON, «Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment directive : Room for Exercising National Discretion», in A. LAWSON et C. GOODING (eds.), *op. cit.*, pp. 107 et s., spéc. point 3.4.

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 [...]» (145). 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 (146), 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 dite «de tendance» (147), une discrimination indirecte fondée sur un critère analogue est justifiable suivant les conditions 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, c'est bien dans l'exercice de ce contrôle de proportionnalité que réapparaît la notion d'aménagement raisonnable. Une discrimination indirecte peut-elle passer avec succès le test de proportionnalité s'il s'avère qu'un aménagement raisonnable permettrait d'éviter la différence de traitement ? Considérons, par exemple, le règlement d'un laboratoire de chimie qui interdit, pour des raisons de sécurité le port de tout couvre-chef et impose de se vêtir d'un tablier *ad hoc*. Cette règle, «apparemment neutre», a pour effet de désavantager les personnes

---

(145) Article 2(2)(b) de la directive 2000/78/CE précitée.

(146) Voy. principalement les arrêts *Jenkins* (C.J.C.E., 31 mars 1981, aff. 96/80) et *Bilka-Kaufhaus* (C.J.C.E., 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)), mais dont le principe a été partiellement rétabli par le *Civil Rights Act* 1991 (Pub. L. No. 102-66, 105 Stat. 1071).

(147) Article 4(2) de la directive 2000/78/CE précitée.

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 ?

La question est délicate et les enseignements fournis par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sont maigres. A ce jour, seul l'arrêt *Vivien Prais* (148), 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 de la date à laquelle se dérouleraient les épreuves écrites, elle a fait savoir au Conseil qu'il s'agissait du premier jour de la fête juive de *Chavouoth*, une date à laquelle les prescrits 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 le statut des fonctionnaires au terme duquel ces derniers 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 » (149). D'un autre côté, la Cour rappelle que, « lorsque le concours est sur épreuves, le principe d'égalité veut que les épreuves aient lieu dans les mêmes conditions pour tous les candidats et dans le cas d'épreuves écrites, la nécessité pratique de comparer les travaux des candidats impose que ces épreuves soient les mêmes pour tous » (150). 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 nous semble ici 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

(148) C.J.C.E., 27 octobre 1976, *Vivien Prais*, aff. 130-75.

(149) *Ibidem*, §18.

(150) *Ibidem*, §13.

organisation des concours, aménager la date des épreuves si nécessaire. Le concept d'aménagement raisonnable apparaît donc bien en filigrane dans le droit communautaire antérieur à la directive emploi et ce, dans le contexte de la discrimination religieuse.

### II.3. – *Le droit des Etats membres de l'Union européenne*

Si l'on se tourne vers le droit des Etats membres, force est de constater que des *pratiques* d'aménagement pour motif religieux existent dans nombre d'entre eux mais que seuls certains, largement minoritaires, consacrent juridiquement un *droit* général à l'aménagement raisonnable au-delà du handicap (151).

Une étude réalisée en 2005 par le Réseau européen d'experts indépendants en droits fondamentaux constate une tendance croissante, au sein des Etats membres de l'Union, à admettre certains aménagements dans le fonctionnement des institutions publiques (écoles, hôpitaux, prisons, armée, etc.), principalement en ce qui concerne la composition des repas et la possibilité de s'absenter lors d'une fête religieuse, afin de permettre aux adeptes de religions minoritaires, employés par ces institutions ou contraints d'y séjourner, de pratiquer leur culte (152). Deux situations méritent d'être distinguées. De tels ajustements sont parfois concédés par l'autorité responsable, tel qu'un employeur, un directeur d'école, ou un chef d'établissement hospitalier, en application de son pouvoir discrétionnaire, et selon des critères définis par celle-ci. Mais, dans certains Etats, il arrive qu'une obligation d'accorder un aménagement déterminé dans un secteur précis soit consacrée par une loi ou un règlement (153). Ainsi, en Espagne, les accords de coopération conclus entre certaines communautés religieuses (évangélistes, juive et

---

(151) M. BELL, I. CHOPIN et F. PALMER, *Le développement des législations contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats 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.

(152) Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Thematic Comment No. 3 – The Protection of Minorities in the European Union*, 25 avril 2005, CFR-CDR. ThemComm2005.en, p. 35.

(153) Voy. les exemples cités dans Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Thematic Comment No. 3 – The Protection of Minorities in the European Union*, *op. cit.*, pp. 35-37. Plus spécifiquement, sur les aménagements accordés aux personnes de religion musulmane dans les pays européens, voy. F. DASETTO, 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. pp. 43-51 et 56-59.

musulmane) et l'Etat contiennent des dispositions relatives à l'aménagement des horaires de travail, des jours de congé et des repas (154). Ces dispositions sont le plus souvent sujettes à l'accord de l'employeur. En France, le rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, créée en 2003 et présidée par Bernard Stasi, souligne que le droit français admet des aménagements destinés à concilier la neutralité de l'Etat et la pratique du fait religieux. Il mentionne notamment l'institution des aumôneries par la loi de 1905 de séparation de l'Eglise et de l'Etat, et la prise en compte de certaines traditions des cultes juif et musulman dans l'organisation des cimetières, malgré la laïcisation de ceux-ci (155). Et les auteurs du rapport d'observer que «[l]es exigences d'une neutralité absolue sont donc tempérées par les 'accommodements raisonnables' permettant à chacun d'exercer sa liberté religieuse» (156).

En Belgique, 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» (157). En conséquence, des détenus juifs ou musulmans peuvent obtenir des repas du même type que ceux fournis à l'ensemble des détenus, mais sans 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 commu-

---

(154) Loi 24/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'Etat et la Fédération des entités religieuses évangéliques d'Espagne; loi 25/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'Etat et les communautés juives d'Espagne et loi 26/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'Etat et la Commission islamique d'Espagne. Voy. L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law*, Commission européenne, Luxembourg, p. 22.

(155) Rapport au Président de la République, *Laïcité et République*, Commission présidée par Bernard Stasi, rapport remis au Président de la République le 11 décembre 2003, La Documentation française, Paris, 2004, p. 53.

(156) *Ibidem*, p. 54. Voy. aussi P.-H. PRÉLOT, «Les religions et l'égalité en droit français», *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 2001, n° 3, pp. 737-775 et «Définir juridiquement la laïcité», in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 2006, pp. 115-149.

(157) Article 87 de l'arrêté ministériel du 12 juillet 1971 portant instructions générales pour les établissements pénitentiaires, tel que modifié par l'article 12 de l'arrêté ministériel du 15 avril 2002.

nauté 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 (158). Cette disposition permet aux musulmans de recevoir leurs repas après le coucher de soleil pendant la période du Ramadan. Autre exemple, 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» (159). D'autre part, 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 (160), 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 (161). 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 Kebir*, 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 ayant le bien-être des animaux dans ses attributions, 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 (162).

---

(158) *Ibidem*.

(159) Article 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.

(160) Article 16, §1 de la Loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux.

(161) Article 2, §1 de l'arrêté royal du 11 février 1988 relatif à certains abattages prescrits par un rite religieux.

(162) 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)

A la différence des aménagements accordés par des institutions en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, des adaptations sanctionnées par une loi ou un règlement confèrent *a priori* une protection plus solide aux individus concernés. Une consécration légale ou réglementaire écarte le risque d'arbitraire en garantissant que tous les individus placés dans une situation identique pourront bénéficier aux mêmes conditions de l'aménagement prévu par le texte légal ou réglementaire. Cependant, il existe des différences substantielles entre le fait de garantir un droit d'obtenir un aménagement prédéfini dans un contexte donné et la reconnaissance d'un *droit général* à l'aménagement raisonnable, opposable soit aux responsables d'institutions privées ou publiques, soit au législateur et à l'autorité réglementaire, comme c'est le cas au Canada et, dans une mesure plus restreinte aux Etats-Unis. Dans cette dernière hypothèse, les aménagements que des individus pourront obtenir ne sont pas définis à l'avance par la loi ou le règlement. En particulier, dans le cas d'une obligation d'aménagement pesant sur l'employeur, comme c'est le cas en droit communautaire en ce qui concerne les personnes handicapées, tout type d'adaptation peut être demandé par un travailleur, dans les limites du raisonnable, et c'est par le biais d'une négociation entre les parties concernées que les modalités en seront déterminées.

A l'heure actuelle, seuls quelques Etats membres se sont engagés dans la voie de la consécration d'un droit général à l'aménagement raisonnable pour motif religieux, fût-ce dans le seul secteur de l'emploi. Ainsi, en Suède, 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 (163). En Belgique, les autorités flamandes ont repris la définition de l'aménagement raisonnable de la directive Emploi, sans en restreindre l'application au handicap dans le sec-

---

←

et article 1<sup>er</sup> 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).

(163) M. BELL, I. CHOPIN et F. PALMER, *op. cit.*, 2006, p. 41. Article 4 de la loi suédoise relative à la discrimination ethnique de 1999. Voy. aussi la décision du Tribunal suédois du travail, 9 février 2005, aff. 2005 n° 21 (AD 2005:21), telle qu'elle est présentée dans la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, n° 2, pp. 78-79.

teur du travail, alors que le décret en cause s'applique aussi, parmi d'autres motifs de discrimination, à la religion (164).

Certaines juridictions nationales semblent, par ailleurs, considérer que le respect du droit à la liberté de religion peut entraîner, dans certaines circonstances, une obligation d'aménagement raisonnable. L'affaire *Stephen Copsey c. WWWB Devon Clayes Ltd*, tranchée en 2005 par la cour d'appel pour l'Angleterre et le Pays de Galles, en constitue un exemple important (165). En l'espèce, la société Devon Clayes, exploitante de carrières de pierre et d'argile au Royaume-Uni, avait dû, pour honorer des commandes supplémentaires, accroître ses activités et réorganiser les horaires de ses ouvriers en mettant en place, avec l'accord des syndicats, un système de roulement d'équipes travaillant sept jours sur sept. Stephen Copsey refusa cette nouvelle modalité au motif que ses convictions religieuses l'empêchaient de travailler le dimanche. Il déclina également un poste alternatif sur le même lieu de travail que lui proposa son employeur. Après consultation des syndicats et d'autres ouvriers, il fut décidé qu'aucune exception au système de roulement d'équipes ne pouvait être accordée à Stephen Copsey, qui fut, par conséquent, licencié. Au moment du licenciement, la législation mettant en œuvre la directive emploi n'était pas encore entrée en vigueur en Grande-Bretagne (166), ce qui explique que l'action en justice repose principalement sur la liberté de religion et donc sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Parmi les arguments présentés à la Cour, le conseil de Stephen Copsey ne manqua pas d'invoquer le concept d'accommodement raisonnable consacré par le droit canadien et notamment le précédent *O'Malley* de 1985 (167). Suivant la cour d'appel, le cas d'espèce soulève bien une

---

(164) Article 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 mentionnés dans le décret de 2002 relatif à une participation proportionnelle au marché du travail (art. 20, §2).

(165) [2005] EWCA CIV 932. Voy. aussi le compte-rendu en français de cette décision dans la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n° 3, pp. 95-96.

(166) *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* 2003, entrées en vigueur le 2 décembre 2003. Voy. le paragraphe 8 de la décision de la cour d'appel précitée ([2005] EWCA CIV 932).

(167) Voy. *supra*, section I.2.1.

question relative au libre exercice d'une religion (168). A cet égard, elle déclare qu'un employeur est tenu d'aménager les conditions de travail pour préserver les convictions religieuses de ses employés mais précise que cette obligation n'implique en aucun cas qu'il doive s'adapter pleinement à de telles convictions face à des impératifs économiques (ou autres) justifiés (169).

Pour autant, le concept d'aménagement raisonnable n'est pas toujours, loin s'en faut, pris en compte par les juridictions nationales. En témoigne notamment l'ordonnance rendue le 6 mars 2006 par le Conseil d'Etat français statuant en référé sur requête de l'association *United Sikhs* et de M. Mann Singh visant à suspendre l'exécution d'une circulaire par laquelle le ministre compétent prescrit la fourniture d'une photo d'identité «tête nue» pour l'établissement ou le renouvellement d'un permis de conduire (170). A l'appui de leur demande, les requérants invoquent le fait «que la communauté sikh se trouve dans une situation particulière, d'ordre culturel et religieux, qui justifie un traitement différent pour l'application des dispositions relatives à l'apposition de la photographie d'identité sur le permis de conduire» et «que cette différence est prise en compte et reconnue dans certains pays». Sur la base de la liberté de religion (art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme) et du principe de non-discrimination (art. 14 de la Convention), les requérants font notamment valoir «que s'agissant des sikhs, la mesure n'est pas adaptée à l'objectif poursuivi [limiter les risques de fraude et de falsification], le port du turban ne faisant nullement obstacle à leur identification». En refusant d'entrer dans le débat de l'aménagement raisonnable des situations spécifiques et en se fondant sur la jurisprudence *Phull* de la Cour de Strasbourg (171), le Conseil d'Etat considère, sur un mode lapidaire, que les dispositions contestées ne paraissent ni inadaptées, ni disproportionnée par rapport à l'objectif que poursuit le ministre compétent, à savoir per-

---

(168) La cour d'appel critique sévèrement les décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme en ce domaine (*Ahmad c. Royaume-Uni*, 1981; *Kontinen c. Finlande*, 1996; *Stedman c. Royaume-Uni*, 1997), au motif qu'elles limitent indûment la liberté de religion ([2005] EWCA CIV 932, §§31-35 *per* Lord Justice Mummery, §§44-66 *per* Lord Justice Rix, §91 *per* Lord Justice Neuberger). Voy. aussi, dans la présente contribution, *supra*, section II.1.

(169) [2005] EWCA CIV 932, §§69-71 *per* Lord Justice Rix, §95 *per* Lord Justice Neuberger.

(170) Ordonnance n° 289947.

(171) Cour eur. dr. h. (2<sup>e</sup> sect.), *Suku Phull c. France*, 11 janvier 2005, commenté dans la présente contribution, *supra*, section II.1, note 140.

mettre «une identification par le document en cause aussi complète que possible de la personne qu'il représente».

## Conclusion

En Europe comme au Canada et aux Etats-Unis, le concept d'aménagement raisonnable est désormais ancré dans le droit de l'égalité et de la non-discrimination. Mais les contours et le champ d'application de cette notion varient d'un ordre juridique à l'autre. Entre le Canada et les Etats-Unis, d'une part, le droit communautaire, de l'autre, la différence majeure tient à la délimitation des bénéficiaires du droit à l'aménagement. Tandis que ces deux premiers Etats reconnaissent un droit à l'aménagement raisonnable non seulement pour cause de handicap mais aussi, notamment, pour motif religieux, le droit de l'Union européenne, à l'heure actuelle, ne consacre expressément d'obligation d'aménagement qu'en faveur des personnes handicapées, et ce, dans le domaine de l'emploi. Cette similitude entre les droits américain et canadien, cependant, ne doit pas faire illusion : le développement du concept a pris, à plusieurs égards, une tournure différente chez les deux voisins d'Amérique du Nord. C'est au Canada que le droit à l'aménagement raisonnable connaît l'expansion la plus large : déduit par les cours et tribunaux du principe d'égalité et de non-discrimination, il ne bénéficie pas uniquement aux personnes handicapées ou pratiquant une religion, mais à toutes les catégories d'individus protégés contre la discrimination. En outre, les juridictions canadiennes ont clairement établi qu'une obligation d'accommodement incombe à la fois aux acteurs économiques, privés ou publics, en particulier les employeurs, et au législateur. Aux Etats-Unis, c'est par la voie législative qu'a été instituée une obligation, pesant sur les employeurs, d'accorder des ajustements raisonnables aux travailleurs qui le demandent, en raison de leurs convictions religieuses. Une législation a également été adoptée pour mettre en place un droit à l'aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées, laquelle a eu une grande influence sur d'autres droits, notamment le droit communautaire. En revanche, la question de savoir si un devoir d'aménagement pour motif religieux, s'impose aux autorités dans la confection ou l'application des lois, en vertu du droit à la liberté de religion garanti par la Constitution, a connu un destin tourmenté dans le droit américain. Après avoir, dans un premier temps, répondu par l'affirmative, tout en précisant les limites de cette obligation, la Cour suprême a renversé sa position dans l'arrêt *Employment Divi-*

*sion v. Smith* (172), dans lequel elle affirme qu'il appartient au législateur de décider d'admettre ou non des dérogations pour motif religieux à certaines obligations légales en principe applicables à tous. En réaction à cet arrêt, le Congrès a adopté, en 1993, le *Religious Freedom Restoration Act* qui vise à rétablir une obligation d'exemption à charge des responsables politiques. Cette législation interdit au législateur fédéral de porter une atteinte substantielle à la pratique d'un culte, même en application d'une norme de portée générale, à moins que l'application de cette norme sans exception ne soit justifiée par un intérêt public impérieux et qu'il n'existe pas de moyen moins restrictif d'atteindre le but recherché.

Les conditions de mise en œuvre de l'obligation d'accommodement en matière religieuse aux États-Unis et au Canada sont *a priori* semblables : la personne qui sollicite un aménagement doit établir qu'elle croit sincèrement au précepte religieux qu'elle invoque. Et l'accommodement demandé peut être refusé lorsqu'il est démontré qu'il entraîne, pour le titulaire de l'obligation, une contrainte excessive, soit qu'il représente un coût jugé trop élevé, soit qu'il porterait indûment atteinte aux droits d'autrui, soit encore qu'il désorganiserait le fonctionnement de l'institution ou de l'entreprise concernée. Lorsque l'obligation pèse sur le législateur, la défense d'un intérêt public impérieux, selon la terminologie américaine, ou d'un objectif législatif légitime et important, selon la terminologie canadienne, peut également fonder un refus d'aménagement. Toutefois, les juges canadiens ont interprété de manière plus restrictive que leurs collègues américains la notion de «contrainte excessive». Alors que, pour ces derniers, un employeur est en droit d'écarter une demande d'aménagement dès lors qu'elle entraîne pour lui plus qu'un coût minimal, les premiers exigent la preuve d'une contrainte substantielle.

Mais si les juridictions canadiennes ont réservé un accueil très favorable à la notion d'accommodement raisonnable, il n'en reste pas moins qu'au Canada, comme aux États-Unis, son application en matière religieuse suscite de vifs débats bien au-delà des cercles juridiques, comme en témoignent les travaux de la Commission Bouchard-Taylor. C'est que la mise en œuvre de ce concept dans le domaine religieux touche à une question fondamentale pour les démocraties contemporaines, celle de la manière dont il convient d'appréhender la diversité des religions et des croyances dans un État démocratique. Au Canada, les autorités judiciaires et politi-

---

(172) 494 U.S. 872 (1990).

ques ont résolument pris parti en faveur de l'accommodement raisonnable, considéré comme un outil contribuant à transformer les normes et institutions de la société canadienne pour les rendre plus inclusives et plus accueillantes à l'égard de l'ensemble des membres de la société, en tenant compte, au besoin, de leurs spécificités religieuses.

En Europe, la situation est plus contrastée qu'il n'y paraît à première vue. Certes, le droit communautaire, depuis l'adoption de la directive 2000/78/CE, ne consacre d'obligation d'aménagement raisonnable qu'à charge des employeurs et en faveur des personnes handicapées. Il n'établit pas d'obligation similaire pour motif religieux. Cependant, on ne peut exclure l'hypothèse que l'interdiction de la discrimination indirecte soit interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes ou les juridictions d'un Etat membre, comme exigeant, dans certains cas, de l'auteur d'une disposition ou d'une norme de portée générale, qu'il aménage celle-ci pour éviter de discriminer indirectement certains individus à raison de leur religion. Une interprétation en ce sens de la discrimination indirecte a ainsi été développée par les juridictions canadiennes et trouve un appui dans la jurisprudence britannique. La Cour de justice elle-même a semblé implicitement admettre le principe de l'aménagement raisonnable dans son arrêt *Vivien Prais* (173) – arrêt toutefois décidé avant l'adoption de la directive 2000/78/CE et qui reste isolé. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne n'empêche pas les Etats membres de définir l'obligation d'aménagement de manière plus large que ne le fait la directive ni de prévoir des aménagements déterminés sur la base d'un critère religieux sur le fondement de l'article 7 de cette directive, qui autorise, dans certaines limites, la mise en place d'actions positives «pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle». D'un autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, depuis l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, qu'en vertu de la règle de non-discrimination inscrite à l'article 14 de la Convention, combinée avec son article 9, le législateur peut être tenu, dans certaines circonstances, d'introduire des exceptions appropriées dans une loi, pour éviter de pénaliser, sans justification objective et raisonnable, les personnes pratiquant une religion déterminée. Cependant, comme depuis l'affaire *Thlimmenos* la Cour n'a pas fait d'autres applications de ce principe, l'étendue et les modalités de cette obligation demeurent imprécises.

rtdh.eu

rtdh.eu

---

(173) C.J.C.E., 27 octobre 1976, aff. 130-75.

Enfin, dans l'ordre interne des Etats membres de l'Union, on observe que des adaptations à certaines normes générales sont parfois consenties pour éviter d'entraver indirectement la pratique d'une religion – une attitude révélatrice des efforts déployés sur le vieux continent également pour tenir compte de la diversité des religions et des convictions. Or, les formes prises par de telles adaptations sont comparables à certaines applications du concept d'accommodement raisonnable au Canada et aux Etats-Unis. Autrement dit, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, les Etats européens réalisent parfois des «aménagements raisonnables», sans en avoir conscience. Dans certains cas, de tels ajustements sont accordés de manière relativement informelle, par l'employeur ou l'autorité concernée, comme un directeur d'école, d'hôpital ou de prison, en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Dans d'autres, c'est le législateur (ou l'autorité réglementaire) lui-même qui prévoit, en amont, dans le texte de loi (ou le règlement), la possibilité de bénéficier d'une adaptation d'une norme générale spécifique pour motif religieux, et en précise les modalités.

Mais ces deux cas de figure se distinguent de la situation dans laquelle l'Etat reconnaît un *droit général* à l'aménagement raisonnable, dans le secteur de l'emploi ou dans d'autres domaines de la vie sociale. La reconnaissance d'un tel droit signifie que les aménagements qui pourront être obtenus ne sont pas limités à l'avance. Elle implique aussi que les fidèles de religions minoritaires bénéficient de la même protection que les adeptes de la foi majoritaire. La situation de l'individu face à l'autorité sur laquelle pèse l'obligation d'aménagement est renforcée : celle-ci a désormais l'obligation d'examiner toute demande d'accommodement qui lui est soumise, et ne peut la refuser que dans les conditions établies par la loi ou la jurisprudence. 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 suggère 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, dans l'hypothèse où un Etat européen s'interrogerait sur l'opportunité 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 que la solution la plus sage serait 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, d'évaluer si la reconnaissance d'une obligation d'aménagement raisonnable favoriserait de manière substantielle un traitement équitable, cohérent et conforme aux principes fondamentaux, de la diversité religieuse.

