



Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : La portée transformatrice de la non-discrimination

Julie Ringelheim

CRIDHO Working Paper 2013/5



La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

ADAPTER L'ENTREPRISE A LA DIVERSITE DES TRAVAILLEURS : LA PORTEE TRANSFORMATRICE DE LA NON-DISCRIMINATION

Julie Ringelheim*

Ce texte est paru dans une version légèrement remaniée dans le *Journal européen des droits de l'homme*, n°1, avril 2013, pp. 57-82.

Abstract

This article examines a particular notion of European non-discrimination law: the obligation, imposed in some circumstances on employers, to adapt the work conditions of an employee so as to enable him or her to access or stay in the company. Only two discrimination grounds have led to an explicit recognition of such an obligation: pregnancy and maternity, in the framework of non-discrimination based on sex, on the one hand, disability on the other hand. This article however argues that, far from representing a marginal device, this obligation of accommodation, as recognised in these two contexts, highlights a major dimension of European non-discrimination law. It emphasises that from the viewpoint of this law, businesses can be required to transform their norms and practices in order to eliminate indirect obstacles to the access of certain groups to employment and adapt to the diversity of workers, even if this implies a certain cost for the employer. The article also enquires into the possibility to infer from the prohibition of indirect discrimination a general duty of accommodation, which could then concern other discrimination grounds, in particular, religion.

Cet article se penche sur une figure particulière du droit européen de la non-discrimination : l'obligation, imposée dans certaines circonstances à l'employeur, d'adapter les conditions de travail d'un travailleur pour lui permettre de s'intégrer ou de demeurer dans l'entreprise. Seuls deux motifs de discrimination ont conduit à la reconnaissance expresse d'une telle obligation : la grossesse et la maternité, dans le cadre de la non-discrimination à raison du sexe, d'une part, le handicap, d'autre part. Cet article soutient cependant que, loin de représenter un dispositif marginal, l'obligation d'aménagement, telle que reconnue dans ces deux contextes, met en lumière une dimension majeure du droit européen de la non-discrimination. Elle révèle qu'au regard de ce droit, l'entreprise peut être requise de transformer ses normes et pratiques pour éliminer les obstacles indirects à l'accès à l'emploi de certains groupes protégés et s'adapter ainsi à la diversité des travailleurs, même si cela implique pour elle un certain coût. L'article s'interroge enfin sur la possibilité de déduire de l'interdiction de la discrimination indirecte une obligation d'aménagement de portée générale, qui pourrait notamment concerner le critère de la religion.

* Chargée de recherche F.R.S.-FNRS, attachée au Centre de philosophie du droit de l'Université de Louvain (UCL) et chargée de cours dans cette même université. Elle peut être contactée à l'adresse julie.ringelheim@uclouvain.be.

I. INTRODUCTION

S'il est bien un domaine du droit international et européen des droits de l'homme qui a eu un impact notable sur la vie des entreprises, c'est assurément le droit de la non-discrimination. Celui-ci a connu, au cours des cinquante dernières années, un développement remarquable. Outre que tous les traités de base relatifs aux droits de l'homme posent le principe de la non-discrimination, plusieurs conventions des Nations Unies ont été adoptées pour lutter contre des discriminations spécifiques¹. Dans la sphère socio-économique, c'est aujourd'hui le droit de l'Union européenne qui, en Europe, exerce l'influence la plus déterminante à cet égard. L'action de l'Union en matière de non-discrimination s'est longtemps limitée aux critères du sexe et de la nationalité d'un Etat membre². Mais avec le Traité d'Amsterdam, adopté en 1997, sa compétence d'agir contre la discrimination a été étendue à une série d'autres motifs : la race ou l'origine ethnique, la religion ou la conviction, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle³. Les différentes directives adoptées par l'Union ont obligé les Etats membres à réformer leur droit pour garantir un certain niveau de protection contre la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et l'injonction de discriminer, dans l'emploi et le travail pour tous les motifs visés à l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴, et également dans l'accès et la fourniture de biens et services à la disposition du public, pour ce qui est du sexe⁵ et de la race ou de l'origine ethnique⁶.

L'évolution du droit européen de la non-discrimination reste néanmoins marquée par une tension entre deux préoccupations : d'une part, la volonté d'aller au-delà d'une conception formelle de l'égalité et d'avancer dans la voie d'une égalité substantielle,

¹ La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006). Ces trois conventions obligent les Etats à interdire et à combattre la discrimination notamment dans l'emploi, qu'elle soit le fait de personnes publiques ou privées.

² Jusqu'au Traité d'Amsterdam, cette action s'est fondée sur l'article 119 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE) (devenu l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)), qui énonçait le principe d'égalité salariale entre les hommes et les femmes, et sur l'article 48 CEE (devenu l'article 45 TFUE), qui, à titre de corollaire de la liberté de circulation des travailleurs, établissait le principe de l'abolition de la discrimination entre travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

³ Le Traité d'Amsterdam a prévu l'insertion, dans le Traité instituant la Communauté européenne, d'un nouvel article 13 conférant à la Communauté la compétence de « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Cette disposition est devenue l'article 19 TFUE.

⁴ 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. L 180 du 19.07.2000*, p. 22) ; 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. L 303 du 02.12.2000*, p. 16) ; Directive 2006/54/CE du parlement européen et du conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*J.O. L 204 du 26.7.2006*, p. 23).

⁵ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (*J.O. L 373 du 21 décembre 2004*, p. 37). Voy. aussi la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*J.O. L 6 du 10.1.1979*, p. 24).

⁶ Directive 2000/43.

d'autre part, la crainte d'imposer aux entreprises des contraintes excessives. D'un côté, la promotion de l'insertion sociale et de la participation au marché du travail des personnes appartenant à des groupes défavorisés, figure au premier rang des objectifs mis en avant pour justifier l'adoption des normes antidiscriminatoires⁷. Le souci de réaliser une égalité substantielle en assurant un meilleur accès à l'emploi de populations souffrant d'exclusion, se manifeste notamment par le fait que le droit européen interdit non seulement la discrimination directe mais aussi indirecte. La discrimination directe correspond au cas le plus classique : elle se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre en raison du recours à un critère prohibé⁸. Pour éviter ce type de discrimination, l'entreprise doit s'abstenir d'avoir égard à des caractéristiques telles que l'origine ethnique, le sexe ou la religion des travailleurs, dans ses décisions en matière d'embauche, de conditions de travail ou de licenciement. La discrimination indirecte est plus complexe : elle résulte d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, parce que n'opérant pas de différenciation entre les individus sur la base d'un critère interdit, mais qui, en pratique, est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes appartenant à un groupe protégé par rapport à d'autres personnes⁹. Cette notion déplace l'attention de la formulation de la mesure vers son impact : elle prend acte du fait qu'un même traitement peut avoir des effets inégaux sur différentes catégories d'individus, compte tenu des situations concrètes dans lesquelles ils sont placés. Pour ne pas commettre de discrimination indirecte, l'entreprise doit donc être attentive aux répercussions de ses pratiques sur les groupes visés. S'il s'avère qu'une mesure désavantage particulièrement les individus caractérisés par un critère prohibé de discrimination, sans justification suffisante, cette mesure devra être révisée, même si elle ne procède d'aucune intention de discriminer de la part de l'employeur.

Mais, d'un autre côté, ces efforts pour promouvoir une égalité substantielle connaissent plusieurs limites. D'abord, la définition de la discrimination indirecte inclut une clause de justification formulée en termes larges : une mesure entraînant un désavantage particulier ne sera pas pour autant jugée discriminatoire, si elle est objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires¹⁰. Les notions d'*objectif légitime* et de *moyens appropriés et nécessaires* laissent une ample marge d'appréciation au juge. Plus celui-ci se montre sensible aux considérations économiques ou autres invoquées par l'entreprise pour justifier une disposition qui a un effet d'exclusion sur les membres d'un groupe protégé, plus la portée de l'interdiction de la discrimination indirecte s'en trouvera réduite¹¹.

⁷ Voy. not. le préambule de la directive 2000/43, al. 8 et 12 et le préambule de la directive 2000/78, al. 8 et 9. Sur l'objectif d'inclusion sociale comme justification des normes et politiques de non-discrimination, voy. H. Collins, « Discrimination, Equality and Social Inclusion », *Modern Law Review*, Vol. 66, 2003, p. 16-43 et O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M, New York, Oxford, Wien, P.I.E.-Peter Lang, 2001.

⁸ « ...lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable », en raison d'un critère protégé, selon les termes utilisés dans les différentes directives : article 2, § 2, a) des directives 2000/43 et 2000/78 et article 2, § 1, a) de la directive 2000/54.

⁹ Voy. l'article 2, § 2, b) des directives 2000/43 et 2000/78. Voy. aussi l'article 2, § 1, b) de la directive 2000/54.

¹⁰ Voy. l'article 2, § 2, b) des directives 2000/43 et 2000/78. Voy. aussi l'article 2, § 1, b) de la directive 2000/54.

¹¹ Voy. D. Schiek, « Indirect Discrimination », in D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland

Ensuite, le cadre juridique européen autorise les Etats à maintenir ou adopter des mesures d'action positive, mais ne les y oblige pas. Par action positive, on vise des mesures spécifiques destinées à remédier à des discriminations structurelles qui frappent un groupe protégé, afin d'assurer à terme à ses membres une pleine égalité dans la vie professionnelle¹². Ce type d'action peut consister en un traitement préférentiel accordé aux personnes appartenant à la catégorie désavantagée, sans pour autant se limiter à cette forme de dispositif¹³. Que le recours à l'action positive reste facultatif pour les Etats membres est le signe d'une réticence du législateur européen à imposer des efforts trop contraignants aux Etats, et en définitive aux entreprises, pour promouvoir une égalité substantielle¹⁴. Par ailleurs, dans sa jurisprudence relative à l'égalité des sexes, la Cour de justice a posé des limites discutables à la possibilité, pour les Etats, de recourir à l'action positive pour augmenter la présence des femmes dans des secteurs où elles sont sous-représentées¹⁵.

L'ordre juridique européen reste donc ambigu dans son approche de la non-discrimination. Pour évaluer plus avant la place qu'y occupe l'objectif d'inclusion sociale et les efforts que ce droit est prêt à exiger des acteurs économiques, un concept mérite une attention toute particulière : l'obligation d'aménagement imposée dans certaines circonstances à l'employeur. On entend par là le devoir d'adapter, dans certaines limites, les conditions ou l'environnement de travail de certains travailleurs, lorsqu'une telle adaptation est nécessaire pour leur permettre d'accéder ou de demeurer dans l'emploi. Seuls deux motifs de discrimination ont conduit le droit européen de la non-discrimination à reconnaître expressément un droit à de tels aménagements : la grossesse et la maternité, dans le cadre de la lutte contre la discrimination à raison du sexe, d'une part, le handicap, d'autre part. On pourrait en conclure que ce dispositif n'a qu'une place marginale dans le tableau d'ensemble formé par les normes antidiscriminatoires de l'Union européenne. A notre avis, il en va tout autrement. Ce concept, pour peu qu'on en examine soigneusement l'esprit, met en lumière une dimension majeure du droit de la non-discrimination¹⁶. Son enseignement essentiel est que lutter contre la discrimination ne peut se réduire à éliminer toute prise en compte de critères interdits dans ses processus de décision, et à écarter, au cas par cas, les

(Oregon), Hart, 2007, p. 323-475, spéc. p. 443-471. Voy. aussi O. De Schutter, *op. cit.*, p. 132-144 ; A. Numhauser-Henning, « EU Sex Equality Law post Amsterdam », in H. Meenan (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 145-177, p. 174-175.

¹² Les directives pertinentes parlent de « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés ». Voy. l'article 5 de la directive 2000/43 ; l'article 7 de la directive 2000/78 ; l'article 3 de la directive 2006/54.

¹³ Sur la notion d'action positive, voy. Ch. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *Industrial Law Journal*, Vol. 15, No. 1, 1986, p. 219-243 ; O. De Schutter, « Positive Action », in D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (eds), *op. cit.*, p. 757-869 ; S. Fredman, *Making Equality Effective: the Role of Proactive Measures*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

¹⁴ Pour une critique de cette limitation, voy. O. De Schutter, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, Vol. 57, No. 1, p. 1-56.

¹⁵ Sur cette jurisprudence, voy. not. O. De Schutter, « Positive Action », *op. cit.*, p. 801-819 ; D. Caruso, « Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives », *Harvard International Law Journal*, 2003, Vol. 44, No. 2, p. 331-386 ; C. Barnard, « The principle of Equality in the Community Context: *P. Grant, Kalanke and Marshall*: Four Uneasy Bedfellows? », *Cambridge Law Journal*, 1998, Vol. 57, n°2, p. 353-373.

¹⁶ En ce sens, voy. Ch. Jolls, « Antidiscrimination and Accommodation », *Harvard Law Review*, 2001-2002, Vol. 115, p. 642-699.

dispositifs ou mesures qui causent un désavantage particulier aux membres d'un groupe protégé sans être suffisamment justifiés par des impératifs économiques. Pour empêcher l'exclusion des groupes historiquement désavantagés, l'entreprise peut être requise de transformer ses structures et ses modes d'opération de façon à devenir plus ouverte à la diversité et ce, même si cette adaptation implique pour elle un certain coût ou une certaine réorganisation¹⁷.

L'obligation d'aménagement démontre, en d'autres termes, qu'au regard du droit de la non-discrimination, l'entreprise peut être tenue de contribuer activement à l'objectif d'inclusion sociale des groupes défavorisés. Cette exigence trouve une justification dans la notion de responsabilité sociale de l'entreprise. Comme l'observe Olivier De Schutter, l'entreprise bénéficie d'avantages présents dans son environnement et qui lui sont offerts par la collectivité, telles que les infrastructures matérielles, la garantie d'un cadre juridique ou la formation d'une main-d'oeuvre qualifiée. Il est dès lors légitime qu'elle soit requise de prêter son concours à la politique d'intégration de certaines populations exclues du marché du travail, « y compris si cela doit conduire l'entreprise à déroger à des critères de décision fondés uniquement sur la recherche du profit. »¹⁸ A quoi il faut ajouter que l'entreprise serait elle-même bénéficiaire d'une société plus inclusive, dans laquelle la collectivité dans son ensemble bénéficierait de l'insertion économique et d'un niveau de vie plus élevé¹⁹.

Dans les pages qui suivent, on se propose d'explorer les contours, les modalités et les principes sous-jacents de l'obligation d'aménagement en droit européen de la non-discrimination, dans ses différentes déclinaisons. On commencera par examiner l'émergence de dispositifs d'aménagements dans le cadre de la protection contre la discrimination liée à la grossesse et à la maternité (I). On se penchera ensuite sur la reconnaissance d'une obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés (II). On s'interrogera enfin sur la possibilité d'identifier, dans l'état actuel du droit européen, une obligation d'aménagement implicite applicable à d'autres motifs de discrimination, en particulier la religion. Cette interrogation nous conduira à approfondir la question des liens entre obligation d'aménagement et discrimination indirecte (III).

II. L'OBLIGATION D'AMENAGEMENT POUR MOTIF DE GROSSESSE OU DE MATERNITE

L'obligation imposée à l'employeur d'aménager les conditions de travail de certains employés, a émergé dans le contexte de la protection des travailleuses enceintes ou ayant récemment accouché (A). Cette notion trouve désormais un écho dans les développements liés à la question plus large de la conciliation entre vies familiale et professionnelle – une problématique qui, dans les faits, vu la persistance des rôles de genre traditionnels, continue de concerner au premier chef les femmes (B).

¹⁷ Comp. avec D. Schiek, qui évoque, à propos de la notion de discrimination indirecte, la dimension de *social engineering* du droit de la non-discrimination : *op. cit.*, p. 327.

¹⁸ O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹ Sur la question de la répartition du coût de l'intégration des groupes défavorisés entre les acteurs économiques privés et l'Etat, question qu'on n'aura pas l'occasion d'aborder ici, voy. O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*

A. – La protection des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes

Le développement de la lutte contre la discrimination à raison du sexe a conduit le droit européen à porter une attention spéciale à la grossesse. Cette condition a pour spécificité de n'être susceptible d'affecter que les femmes : il n'y a pas de symétrie possible avec une situation que pourraient connaître les hommes. Des dispositions ont progressivement été adoptées pour protéger les femmes enceintes ou ayant récemment accouché contre le risque d'être discriminées pour ce motif. Cette protection repose aujourd'hui sur trois composantes : l'interdiction de traiter de manière défavorable une travailleuse pour des raisons liées à la grossesse, le droit à un congé de maternité et le droit à des aménagements provisoires de ses conditions de travail pour préserver la santé et la sécurité de l'intéressée. Ces trois éléments ont en commun, d'une part, de n'être applicables qu'aux femmes, dès lors qu'ils visent à répondre à des besoins qui leur sont propres, et, d'autre part, d'être susceptibles d'entraîner un certain coût pour l'employeur. (1). Ces caractéristiques appellent plusieurs réflexions. (2).

1. – Les composantes de la protection

C'est dans son fameux arrêt *Dekker* (1990)²⁰ que la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que le fait d'appliquer un traitement défavorable à une femme en raison de sa grossesse – en l'espèce, un refus d'embauche – constitue une discrimination *directe* fondée sur le sexe car il s'agit d'une mesure qui ne peut frapper que les femmes²¹. La Cour affirme clairement à cette occasion qu'une telle discrimination peut être établie sans devoir chercher à opérer une comparaison – par nature, inadéquate – avec une situation que pourraient rencontrer les hommes, comme la maladie²². La femme qui fait l'objet d'une mesure désavantageuse parce qu'elle est enceinte est forcément moins bien traitée qu'un homme puisque ce dernier ne sera jamais exposé à un tel traitement. Le principe selon lequel un traitement moins favorable lié à la grossesse ou au congé de maternité constitue une discrimination, figure désormais à l'article 2 de la directive 2006/54²³. En outre, la directive 92/85, relative à la sécurité et à la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, oblige les Etats à interdire le licenciement d'une travailleuse entre le début de sa grossesse et la fin de son congé de maternité, sauf dans les cas d'exception non liés à son état²⁴.

Dans l'affaire *Dekker*, la Cour pose un second principe important. L'entreprise tentait de justifier son refus d'embaucher Mme Dekker par le fait qu'elle n'aurait pu obtenir de l'assurance le remboursement des indemnités qu'elle aurait dû lui verser pendant son congé de maternité, alors qu'elle aurait dû par ailleurs engager un remplaçant. La Cour répond sans ambiguïté que le préjudice financier que subirait l'employeur pendant la durée du congé de maternité de l'employée, ne peut légitimer une discrimination liée à la grossesse²⁵. Dans la même logique, elle précisera par la suite qu'un employeur ne peut licencier ou refuser d'embaucher une travailleuse enceinte au motif que sa grossesse la

²⁰ C.J., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88.

²¹ Id., § 12.

²² Id., § 17.

²³ Article 2, c, de la directive 2006/54.

²⁴ Article 10, § 1 de la Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (*J.O. L 348* du 28.11.1992, p. 1).

²⁵ Arrêt *Dekker*, § 12.

met temporairement dans l'incapacité de remplir une des conditions essentielles du contrat de travail, par exemple, parce qu'elle se voit empêchée d'effectuer un travail de nuit²⁶, ou, dans le cas d'une infirmière, de travailler en salle d'opération²⁷, ou encore parce qu'elle sera absente de l'entreprise pendant une certaine période²⁸. La Cour estime en effet que « la protection garantie par le droit communautaire à la femme en cours de grossesse, puis après l'accouchement, ne saurait dépendre du point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée. Une interprétation contraire priverait les dispositions de la directive [relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes] de leur effet utile. »²⁹

La directive 92/85 reconnaît également aux travailleuses salariées le droit à un congé de maternité rémunéré d'au moins quatorze semaines continues, réparties avant ou après l'accouchement, dont deux sont obligatoires³⁰. La directive ne précise pas qui, de l'Etat ou de l'entreprise, doit financer la rémunération durant ce congé, laissant aux autorités nationales le soin de régler ce point. Mais même lorsque celle-ci est prise en charge par l'autorité publique, l'entreprise aura à supporter des inconvénients organisationnels dus à l'absence de la travailleuse et à la nécessité éventuelle de la remplacer. La directive 2006/54 consacre en outre le droit, pour les femmes en congé de maternité, de retrouver, au terme de ce congé, leur emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne leur soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elles auraient eu droit durant leur absence³¹. Le droit au congé de maternité est par ailleurs inscrit à l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux, tout comme le droit à une protection contre le licenciement pour un motif lié à la maternité et le droit au congé parental (voy. *infra*).

Troisième composante de la protection mise en place par le droit de l'Union européenne, une travailleuse enceinte, accouchée, ou allaitante a droit à des aménagements de ses conditions de travail. Aux termes de la directive 92/85, en cas de risque pour sa sécurité ou sa santé ou de répercussion sur sa grossesse ou l'allaitement³², l'employeur doit

²⁶ C.J. 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, §§ 25-26

²⁷ C.J., 3 février 2000, *Mahlburg*, C-207/98.

²⁸ C.J., 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93. L'interdiction de discriminer pour cause de grossesse concerne aussi les conditions de travail, notamment la possibilité de bénéficier d'une promotion. Voy. C.J., 30 avril 1998, *Thibault*, C-136/95.

²⁹ Arrêt *Webb*, § 26. Voy. aussi arrêt *Mahlburg*, § 29.

³⁰ Article 8 de la Directive 92/85/CEE. Pendant son congé, la femme a droit au maintien d'une rémunération ou d'une prestation adéquate (article 11, § 2, b), qui doit être au minimum équivalente à la prestation due pour un congé maladie (article 11, § 3). Une proposition de modification de la directive 92/85, en cours d'examen, prévoit de porter la durée du congé à dix-huit semaines et de garantir le droit, durant ce congé, à recevoir une rémunération au moins équivalente au dernier salaire mensuel ou à un salaire mensuel moyen de la travailleuse concernée, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales (articles 1 et 3, c, de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil portant modification de la directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail {COM/2008/0637 final}).

³¹ Article 15 de la directive 2006/54. Cet article consacre la jurisprudence de la Cour de justice.

³² Pour toute activité susceptible de présenter un risque d'exposition aux agents, procédés ou conditions de travail dont une liste non exhaustive figure à l'annexe I de la directive, l'employeur doit réaliser une évaluation des risques pour la santé et la sécurité de la travailleuse concernée (article 4 de la directive 92/85). C'est en fonction de cette évaluation que l'on détermine si des aménagements des modalités de travail sont nécessaires.

aménager les conditions ou l'horaire de travail de l'employée. Si ces adaptations ne sont pas réalisables, il doit la changer de poste ou la dispenser de travail pendant le temps nécessaire³³. Les travailleuses enceintes et allaitantes doivent, en particulier, être déchargées de toute activité impliquant un risque d'exposition à certaines substances dangereuses³⁴. Un travail de nuit ne peut en principe être requis pendant la grossesse et durant une certaine période après l'accouchement³⁵. Les travailleuses enceintes ont également le droit de s'absenter de leur travail, sans perte de rémunération, pour se rendre à des examens prénataux³⁶.

2. – Une protection nécessaire à la réalisation d'une égalité effective

Le régime de protection qui vient d'être exposé présente plusieurs singularités. En premier lieu, l'employeur ne peut tenir compte de la grossesse d'une travailleuse pour lui appliquer un traitement défavorable, même si cet état a des implications économiques. Classiquement, l'interdiction de la discrimination directe est basée sur l'idée que les critères dont la prise en compte est prohibée – le sexe, l'origine, l'orientation sexuelle, etc. – sont sans incidence sur le travail à accomplir. Y avoir égard est donc irrationnel sur le plan économique. La grossesse, en revanche, peut affecter – de manière certes temporaire – la capacité d'une travailleuse à remplir ses tâches habituelles. Et le départ de l'employée en congé de maternité peut être source d'inconvénients pour l'employeur, contraint de prendre des dispositions pour pallier son absence. La Cour de justice est néanmoins ferme sur ce point : la protection de la grossesse et de la maternité doit prévaloir sur tout autre intérêt, y compris des intérêts économiques³⁷. La justification de ce principe est simple : cette protection est nécessaire pour garantir l'intégration des femmes sur le marché du travail, sur un pied d'égalité avec les hommes. A défaut, elles pourraient être exclues de l'emploi, à la discrétion de leur employeur, dès qu'elles décideraient d'avoir des enfants. Comme le relève la Cour de justice, ce qui est en jeu, en définitive, c'est la garantie d'une égalité substantielle et non formelle³⁸. Il faut néanmoins noter que la grossesse étant un état provisoire, les inconvénients que cette protection peut entraîner pour l'entreprise, sont nécessairement limités dans le temps. Passée cette période, l'employée exercera à nouveau son emploi comme auparavant.

Seconde particularité, la protection des femmes dans le contexte de la grossesse et de la maternité, ne se réduit pas à un devoir de non-prise en compte d'un critère prohibé et d'octroi d'un traitement identique : face à une employée enceinte, accouchée ou allaitante, l'employeur doit également adopter des mesures spéciales pour répondre aux besoins de l'intéressée, en lui accordant un congé de maternité et, le cas échéant, un aménagement provisoire de ses tâches ou de ses horaires de travail. La directive 92/85

³³ Article 5 de la directive 92/85.

³⁴ Article 6 de la directive 92/85. La liste de ces substances est énumérée à l'annexe II de la directive.

³⁵ Article 7 de la directive 92/85. Cette interdiction s'applique sous réserve de la présentation d'un certificat médical qui en atteste la nécessité du point de vue de la santé ou de la sécurité de la travailleuse concernée.

³⁶ Article 9 de la directive 92/85.

³⁷ Commission's Network of Legal Experts in the field of Employment, Social Affairs and Equality between Men and Women, *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights*, European Commission DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007, p. 7. Voy. aussi N. Bamforth, M. Malik and C. O'Connell (eds), *Discrimination Law : Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 614.

³⁸ Arrêt *Mahlburg*, § 26. Voy. aussi *Thibault*, § 26.

justifie ces dispositions par des raisons de sécurité et de santé des travailleurs. Mais elles sont aussi étroitement liées à la question de l'égalité et de la non-discrimination³⁹. A défaut de telles mesures, la grossesse et la maternité constitueraient en effet un obstacle à la participation des femmes au marché du travail. Celles-ci pourraient être contraintes de renoncer à leur emploi pour préserver leur santé, leur sécurité ou leur lien avec leur nouveau-né. Le traitement particulier dont elles bénéficient dans ces circonstances s'explique par le fait qu'elles vivent une situation spécifique, qui n'a pas d'équivalent chez les autres travailleurs, et qui, si elle n'était pas prise en compte, serait source de désavantage.

Au cœur du problème, réside le fait, mis en lumière par les auteurs féministes, que le monde de l'entreprise s'est construit selon une norme masculine⁴⁰. Il reste marqué par un modèle d'organisation, hérité de la révolution industrielle, où les femmes étaient peu présentes sur le marché du travail : la division du travail entre les genres voulait que seuls les hommes exercent un travail rémunéré, à l'extérieur de la maison, intégrant ainsi la sphère publique, tandis que les femmes restaient confinées dans les tâches familiales et domestique, au sein du domaine privé. Aux hommes, le travail *productif* dans la sphère du marché, aux femmes les tâches *reproductives*, dans l'espace domestique⁴¹. L'entreprise s'est donc bâtie sur le postulat du travailleur masculin, ignorant les expériences propres aux femmes, considérées comme étrangères à la sphère économique. Vus sous cet angle, le devoir d'aménager les conditions de travail et d'accorder un congé de maternité, de même que l'interdiction de traiter de manière défavorable les femmes enceintes, quels qu'en soient les inconvénients (temporaires) qui en résultent pour l'employeur, sont autant de moyens d'obliger les entreprises à intégrer la réalité de la grossesse et de la maternité dans leur organisation et à s'y adapter. Il s'agit, en définitive, de rendre le milieu du travail plus inclusif en tenant compte des spécificités d'une catégorie de travailleurs et d'éviter ainsi leur exclusion ou leur relégation sur le marché du travail.

B. – Concilier vies professionnelle et familiale

Les difficultés rencontrées par les personnes actives sur le marché de l'emploi pour combiner parentalité et exercice d'une activité professionnelle, ne se limitent naturellement pas à la période de la grossesse et de la naissance ; elles se prolongent jusqu'à ce que l'enfant devienne autonome. En outre, avec les changements démographiques, les responsabilités familiales des travailleurs peuvent concerner d'autres personnes que des enfants en bas âge, comme des parents âgés ou dépendants⁴². Aussi, à côté de la problématique de la grossesse, l'Union européenne, dans le cadre de sa politique d'égalité des sexes, se préoccupe-t-elle de manière croissante de la question plus vaste de la conciliation entre vies professionnelle et

³⁹ En ce sens, E. Caracciolo di Torella and A. Masselot, *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, p. 57.

⁴⁰ J. Conaghan and K. Rittich, « Introduction : Interrogating the Work/Family Divide », in J. Conaghan and K. Rittich (eds), *Labour Law, Work and Family : Critical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 1-17.

⁴¹ E. Caracciolo di Torella and A. Masselot, *op. cit.*, p. 7-19 ; A. Supiot (ed.), *Au-delà de l'emploi – Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 239-241.

⁴² E. Caracciolo di Torella and A. Masselot, *op. cit.*, p. 14.

familiale⁴³. Dans son arrêt *Hill et Stapleton* (1998), la Cour de justice déclare que la politique communautaire en ce domaine consiste « si possible, à adapter les conditions du travail aux charges de famille. » Elle ajoute que la protection des femmes dans leur vie familiale et dans leur activité professionnelle est, tout comme celle de l'homme, un principe « largement considéré dans les ordres juridiques des États membres comme étant le corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes et reconnu par le droit communautaire. »⁴⁴ Le thème de la conciliation entre travail et vie familiale faisait partie des six priorités définies par la Commission européenne dans sa *Feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010*⁴⁵. Dans le cadre de la stratégie Europe 2020, la promotion de nouvelles formes d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée est citée parmi les tâches incombant aux États membres en vue d'améliorer le taux d'emploi en Europe, en particulier celui des femmes⁴⁶.

Pour l'heure, la principale réalisation sur laquelle ces réflexions ont débouché est la reconnaissance d'un droit au congé parental et à l'absence pour force majeure. L'accord-cadre révisé conclu par les partenaires sociaux en 2009, auquel la directive 2010/18 du Conseil donne application⁴⁷, consacre le droit individuel et en principe non transférable des travailleurs salariés, hommes et femmes, à prendre un congé parental pour pouvoir s'occuper de leur enfant pour une période d'au moins quatre mois et jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans⁴⁸. Les États doivent protéger les travailleurs contre le licenciement ou un traitement moins favorable lié à une demande de congé parental⁴⁹ et garantir le droit de retrouver, à l'issue du congé, son poste de travail ou, à tout le moins, un travail équivalent ou similaire⁵⁰. L'accord n'impose cependant pas que le congé soit rémunéré. D'autre part, l'accord prévoit que les travailleurs doivent être autorisés à s'absenter du travail pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident rendant indispensable la présence immédiate du travailleur⁵¹. Là non plus, il ne requiert pas que ce congé soit payé.

Contrairement aux dispositifs visant la grossesse et la maternité, les droits établis par cet accord sont ouverts aux hommes comme aux femmes. L'objectif premier de ces mesures est d'aider les travailleurs, parents d'enfants en bas âge, à concilier leurs

⁴³ Voy. A. Numhauser-Henning, *op. cit.*, p. 150-153 et European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Legal Approaches to Some Aspects of the Reconciliation of Work, Private and Family Life in Thirty European Countries*, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2008, p. 1-6.

⁴⁴ C.J., 17 juin 1998, *Hill et Stapleton*, C-243/95, § 42.

⁴⁵ COM(2006)92. Voy. Commission européenne, *Redoubler d'efforts pour mieux concilier vie professionnelle, vie privée et vie familiale*, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, 3.10.2008, COM(2008) 635 final. Voy. aussi les Conclusions du Conseil européen, 23-24 mars 2006, Bruxelles, point 40.

⁴⁶ Commission européenne, *Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, Communication, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final, p. 22 et 12.

⁴⁷ Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE (J.O. L 68/13, 18.03.2010). Ce droit avait initialement été reconnu dans un accord-cadre antérieur conclu en 1996 : Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (O.J. L 145, 19.6.1996, p. 4-9).

⁴⁸ Clause 2 de l'accord-cadre sur le congé parental (révisé) du 18 juin 2009. Le droit au congé parental est également consacré à l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux

⁴⁹ Clause 5, § 4.

⁵⁰ Clause 5, § 1.

⁵¹ Clause 7.

responsabilités professionnelles et leurs obligations familiales. Elles n'en font pas moins partie intégrante des dispositifs visant à promouvoir l'égalité effective entre les sexes sur le marché du travail et ce, à un double titre. Dans les faits, les femmes continuent d'assumer la plus grande part des tâches liées à l'éducation des enfants. En pratique, dès lors, ces mesures bénéficient surtout aux travailleuses, facilitant leur maintien dans l'emploi malgré leurs responsabilités familiales. Mais parce qu'elles sont aussi ouvertes aux hommes, ces dispositions comportent en germe une contribution plus profonde à la réalisation de l'égalité des sexes : en offrant aux pères la possibilité de s'impliquer davantage dans la prise en charge de leurs enfants, elles peuvent favoriser une répartition plus équilibrée des tâches dans la sphère privée et une transformation des rôles de genre traditionnels. Une telle évolution dans l'espace privé rejaillirait inévitablement sur la situation des femmes dans l'emploi et concourrait à une plus grande égalité des chances entre les sexes dans le monde du travail⁵². En pratique toutefois, le congé parental, qui n'est pas rémunéré, reste surtout utilisé par les femmes. D'après les chiffres cités en 2006 par la Commission européenne, seuls 7,4 % des hommes contre 32,6 % des femmes y auraient recours⁵³.

Ces dispositions, même si elles restent limitées⁵⁴, obligent là aussi l'employeur à adapter, dans une certaine mesure, l'organisation de l'entreprise à la présence des femmes sur le marché de l'emploi et aux transformations de la structure familiale qui en découlent, en acceptant la possibilité que des travailleurs s'absentent pour des périodes pouvant aller jusqu'à quatre mois.

Autre axe de la politique de l'Union européenne en faveur d'une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, elle encourage également les Etats à développer les possibilités, pour les travailleurs qui ont des charges familiales, de bénéficier d'une plus grande flexibilité d'horaire ou de temps de travail. Aucune obligation, cependant, n'est imposée aux entreprises : les instruments européens qui évoquent cette question reconnaissent uniquement le droit du travailleur *de demander* à obtenir de tels aménagements⁵⁵. Sans pouvoir entrer ici dans ce débat, notons que la question de savoir si, et à quelles conditions, la promotion d'une plus grande flexibilité des horaires et de l'organisation du travail est un moyen adéquat de favoriser l'égalité

⁵² E. Caracciolo di Torella and A. Masselot, *op. cit.*, p. 72-73.

⁵³ Commission européenne, *Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010*, précité.

⁵⁴ Voy. E. Caracciolo di Torella and A. Masselot, *op. cit.*, p. 72-81 et C. McGlynn, « Work, Family, and Parenthood: The European Union Agenda », in J. Conaghan and K. Rittich (eds), *op. cit.*, p. 217-236. A noter que reconnaître aux pères le droit à un congé de paternité lors de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, reste une faculté pour les Etats : voy. le point 2, b), i), de la Résolution du Conseil et des ministres de l'emploi et de la politique sociale, réunis au sein du Conseil du 29 juin 2000 relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale (*J.O.* n° C 218 du 31.07.2000, p. 5-7). Voy. aussi l'article 16 de la directive 2006/54.

⁵⁵ Voy. la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (*J.O.* L 014 du 20.01.1998, p. 9-14) (Préambule, al. 5 et Clause 5, § 3 de l'accord-cadre) (droit du travailleur à temps plein de demander à être transféré à un travail à temps partiel qui devient disponible dans l'établissement) et la Clause 6, § 1 de l'accord-cadre révisé sur le congé parental (droit des travailleurs de retour d'un congé parental de demander l'aménagement de leur horaire et/ou de leur rythme de travail pendant une période déterminée). Voy. aussi la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 2008 portant modification de la directive 92/85/CEE (précitée) et la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/88 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (COM(2005)0246 final).

entre les femmes et les hommes sur le marché de l'emploi, reste controversée. En effet, si elle ne s'accompagne pas de mesures visant à encourager les hommes à prendre une part plus importante dans les tâches familiales, cette politique peut renforcer les inégalités dans la sphère domestique et les stéréotypes de genre, car, en pratique, ce sont surtout les femmes qui seront incitées à solliciter des formules d'emploi flexibles, tels que le travail à temps partiel, pour se consacrer à leurs responsabilités familiales. De fait, le travail à temps partiel est, à l'heure actuelle, un phénomène surtout féminin⁵⁶. Par ailleurs, si la flexibilité choisie par l'employé peut favoriser la possibilité, pour les travailleuses, de concilier carrière professionnelle et vie familiale⁵⁷, elle peut également accroître la segmentation du marché du travail, conduisant les femmes à occuper en majorité des postes à temps partiel, moins rémunérés qu'un travail à temps plein et souvent associés à des responsabilités moindres⁵⁸.

I. L'OBLIGATION D'AMENAGEMENT EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPEES

A. - Les contours de l'obligation d'aménagement raisonnable

Le droit européen de la non-discrimination garantit aux personnes handicapées, comme à tous les groupes protégés, une protection contre la discrimination directe et indirecte dans l'emploi. Mais dans le cas du handicap, un dispositif supplémentaire a été mis en place : le droit à un aménagement raisonnable. Inspiré notamment de l'*Americans with Disabilities Act*, adopté aux Etats-Unis en 1990⁵⁹, ce concept a également été consacré par la Convention des Nations Unies de 2006 sur les droits des personnes handicapées⁶⁰. Il signifie qu'une personne handicapée qui est empêchée d'accéder, de demeurer ou d'évoluer dans un emploi en raison de l'inadaptation de l'environnement ou des conditions de travail à son handicap, a le droit de bénéficier d'un aménagement de cet environnement ou de ces conditions, pour autant que cela ne représente pas une charge disproportionnée pour l'employeur. Le refus d'offrir un aménagement qui reste raisonnable pour permettre à un travailleur atteint d'un handicap de s'intégrer dans l'entreprise, constitue une forme spécifique de discrimination⁶¹.

Cette notion est inscrite à l'article 5 de la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail, qui dit que, pour garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements doivent

⁵⁶ E. Caracciolo di Torella et A. Masselot, *op. cit.*, p. 100

⁵⁷ H. Collins, *Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 2d ed., p. 77-97

⁵⁸ Voy. not. J. Fudge, « A New Gender Contract? Work/Life Balance and Working-Time Flexibility », in J. Conaghan and K. Rittich (eds), *op. cit.*, p. 261-287 ; E. Caracciolo di Torella et A. Masselot, *op. cit.*, p. 88-124 et A. Supiot (dir.), *op. cit.*, p. 251-255.

⁵⁹ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », in D. Schiek, L. Waddington and M. Bell (eds), *op. cit.*, p. 629-756, p. 630-631.

⁶⁰ Voy. l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées. La notion d'aménagement raisonnable dans cette Convention a un champ d'application bien plus large que dans la directive européenne : elle s'applique à tous les domaines visés par la Convention.

⁶¹ L. Waddington and A. Hendriks, « The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, 2002, p. 403-427.

être prévus. L'obligation qui en résulte pour l'employeur est décrite dans les termes suivants :

« ...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. »

La directive précise, dans son préambule, que pour bénéficier d'un aménagement, le travailleur doit être compétent, capable et disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné⁶².

Les mesures qu'un employeur peut être requis de prendre au titre de cette obligation sont très variées. C'est en fonction de chaque situation individuelle, en tenant compte du handicap de l'intéressé et du contexte d'emploi, que les ajustements à opérer seront identifiés. On peut distinguer deux grandes catégories d'aménagements : dans certains cas, c'est une adaptation de l'environnement physique du lieu de travail qui sera nécessaire, comme l'installation d'une rampe pour fauteuil roulant. Dans d'autres, c'est une modification de la manière dont le travail est réalisé qui sera requise, tel que l'attribution d'un bureau au rez-de-chaussée plutôt qu'à l'étage, un aménagement des horaires de travail, le transfert d'un employé devenu handicapé à un autre poste ou encore une redéfinition des tâches qui lui sont allouées⁶³. L'article 5 de la directive évoque également la possibilité de dispenser une formation au travailleur.

L'obligation de fournir de telles adaptations a une limite : on ne peut exiger d'un employeur qu'il accorde un aménagement si celui-ci représente pour lui une *charge disproportionnée*. L'aménagement deviendrait alors déraisonnable⁶⁴. Le coût financier des mesures envisagées est le facteur premier au regard duquel le caractère proportionné ou non de la charge imposée à l'employeur est évalué. Mais les éventuelles difficultés d'organisation causées à l'entreprise ou les inconvénients générés pour les autres travailleurs, peuvent aussi entrer en ligne de compte⁶⁵. Là encore, c'est sur la base d'une analyse individualisée qu'on déterminera si le fardeau de l'aménagement est proportionné : la directive 2000/78 invite à tenir compte du coût, financier ou autre, des mesures envisagées mais aussi de la taille et des ressources financières de l'organisation ainsi que – élément essentiel – de la possibilité pour celle-ci d'obtenir une aide de l'Etat⁶⁶. L'autorité publique peut ainsi favoriser la fourniture d'aménagements en

⁶² Préambule de la directive 2000/78, al. 17.

⁶³ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 670-672 et p. 677-678.

⁶⁴ Sur les différentes interprétations de la notion de *raisonnable* dans l'expression *aménagement raisonnable*, voy. L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, 635-670.

⁶⁵ O. De Schutter, *Discrimination et marché du travail*, *op. cit.*, p. 194-195 et L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 726-740.

⁶⁶ Préambule de la directive 2000/78, al. 21. Certaines législations nationales énumèrent des critères supplémentaires. Voy. L. Waddington and A. Lawson, *Disability and Non-Discrimination Law in the European Union. An Analysis of Disability Discrimination Law within and beyond the Employment Field*, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, DG

accordant des subsides à cette fin⁶⁷. Si, à la lumière de ces différents facteurs, l'évaluation démontre que la charge de l'aménagement est disproportionnée, l'employeur peut légitimement refuser de l'accorder, sans qu'on puisse lui reprocher de commettre une discrimination.

B. – Le sens de l'obligation d'aménagement raisonnable

Comparé à l'obligation de fournir des aménagements aux femmes enceintes, allaitantes ou accouchées, le mécanisme de l'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés présente un degré supplémentaire de complexité pour l'entreprise⁶⁸. D'abord, parce qu'à la différence de la grossesse, le handicap est un état permanent ou, à tout le moins, de longue durée⁶⁹. En conséquence, alors que les mesures à prendre en cas de grossesse d'une employée sont nécessairement provisoires, les ajustements requis pour permettre l'intégration d'un travailleur handicapé sont destinés à durer. Ensuite, parce que vu la grande diversité des handicaps, les adaptations susceptibles d'être jugées nécessaires pour ce motif sont beaucoup plus variées que dans le cas d'une travailleuse enceinte ou accouchée. Ces deux motifs expliquent que le législateur ait posé une limite à l'obligation imposée à l'employeur : la charge de l'aménagement ne peut être excessive compte tenu de la situation de l'entreprise en cause.

Malgré ces différences, le droit à l'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées dénote une logique comparable à celle qui sous-tend les dispositions en faveur des travailleuses enceintes ou accouchées. L'obligation d'aménagement impose, non pas d'ignorer, mais, au contraire, de prendre en compte la situation particulière de la personne handicapée et de lui accorder, le cas échéant, un traitement distinct de celui appliqué aux autres travailleurs, en adaptant son cadre de travail pour lui permettre d'accéder à l'emploi⁷⁰. Ce n'est donc pas la prise en considération du handicap qui est ici susceptible de constituer une discrimination, c'est le fait de ne pas prendre les mesures permettant au travailleur, malgré son handicap, d'occuper son emploi. Refuser un emploi à une personne handicapée compétente, au seul motif que l'état actuel de l'entreprise ne lui permet pas d'accomplir le travail visé, est discriminatoire lorsqu'il apparaît qu'avec un ajustement raisonnable de l'environnement ou des modalités de travail, elle serait en mesure d'occuper le poste en question – moyennant parfois, le cas échéant, une redéfinition de celui-ci⁷¹. Autre élément à souligner, l'obligation d'aménager le contexte de travail peut impliquer un certain coût, financier ou organisationnel, pour l'entreprise : celle-ci est donc tenue de contribuer à l'inclusion des personnes handicapées dans l'emploi, pour autant que la charge qui en découle reste modérée.

Au fondement du concept d'aménagement raisonnable, il y a la reconnaissance du fait que si une personne handicapée se trouve dans l'impossibilité d'occuper un emploi donné, le problème ne réside pas forcément dans son handicap considéré de manière

Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009, p. 34-36. Voy. aussi Sec. 12111 (10) B de l'*Americans with Disabilities Act* 1990 (as amended).

⁶⁷ Voy. O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 199-200.

⁶⁸ En ce sens, L. Waddington, « Reasonable Accommodation », op. cit., p. 742.

⁶⁹ Voy. C.J., 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, § 45.

⁷⁰ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », op. cit., p. 632.

⁷¹ Voy. O. De Schutter, *Discrimination et marché du travail*, op. cit., p. 196.

intrinsèque : dans de nombreux cas, c'est l'*interaction* entre cette caractéristique et l'environnement physique ou social qui place cette personne dans l'incapacité d'exercer une fonction⁷². Autrement dit, le contexte de travail crée un obstacle qui l'empêche de bénéficier d'une opportunité professionnelle pour laquelle elle serait compétente. Au lieu d'inviter la personne handicapée à se résigner à son exclusion, la notion d'aménagement raisonnable requiert de l'employeur qu'il agisse pour offrir à l'intéressé des chances égales à celles des autres de s'intégrer dans la vie professionnelle. L'objectif est d'assurer une égalité substantielle en éliminant les barrières tenant à l'environnement ou aux modalités de travail, qui entravent l'accès à l'emploi des individus atteints d'un handicap⁷³.

Ce dispositif reflète le passage d'un modèle médical à une conception sociale du handicap : dans cette optique, le handicap est vu comme découlant avant tout d'un manque d'adaptation de l'environnement social aux besoins et aux aspirations des individus concernés⁷⁴. « Difference may seem salient not because of a trait intrinsic to the person but instead because the dominant institutional arrangements were designed without that trait in mind. (...) Institutional arrangements define whose reality is to be the norm and make what is known as different seem natural », note Martha Minow⁷⁵. Cette observation vaut en particulier pour l'emploi : à l'instar de ce que la théorie féministe souligne à propos du genre, le milieu du travail s'est construit sans tenir compte des besoins des personnes handicapées. La notion d'aménagement raisonnable a précisément pour intérêt d'inciter à ne pas considérer le contexte de travail comme une donnée objective et immuable, qui doit être acceptée telle quelle, mais à y voir une construction socio-historique qui peut évoluer en réformant les normes et les pratiques qui produisent de l'exclusion⁷⁶.

III. L'OBLIGATION D'AMENAGEMENT ET LES AUTRES MOTIFS DE DISCRIMINATION

L'obligation d'aménagement peut *a priori* apparaître comme une modalité exceptionnelle et isolée du droit de la non-discrimination. Elle a pour particularité d'imposer une prise compte des caractéristiques protégées, de faire peser sur l'employeur une obligation d'action plutôt que d'abstention et d'exiger des mesures qui peuvent entraîner un certain coût pour l'entreprise. Pourtant, à y regarder de près, tous ces éléments trouvent un écho dans d'autres concepts du droit de la non-discrimination. En matière de lutte contre le harcèlement, le droit européen reconnaît la nécessité d'amener les employeurs à prendre des mesures pour prévenir et combattre ce type de comportement sur le lieu de travail⁷⁷. L'interdiction de la discrimination directe peut parfois contraindre l'employeur à supporter des inconvénients d'ordre économique : il ne peut refuser de recruter des personnes à raison d'un critère prohibé même pour

⁷² L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 631.

⁷³ *Id.*, p. 747. Voy. aussi S. Fredman, « Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm? », in C. Gooding and A. Lawson (eds), *Disability Rights in Europe*, Oxford, Hart, 2004, p. 199-218.

⁷⁴ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 677.

⁷⁵ M. Minow, « The Supreme Court 1986 Term. Foreword : Justice Engendered », *Harvard Law Review*, vol. 101 (1987-1988), pp. 10-95, p. 14.

⁷⁶ S. Fredman, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁷ Voy. en particulier l'al. 7 du préambule et l'article 26 de la Directive 2006/54. Sur ce point, voy. aussi Ch. Jolls, *op. cit.*, p. 691 et O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, p. 205.

répondre aux préférences de ses clients, qui, par exemple, se montreraient hostiles ou méfiants à l'égard des employés d'origine étrangère ou de sexe féminin⁷⁸. Par ailleurs, la notion de discrimination indirecte requiert, pour identifier l'impact discriminatoire d'une disposition, de tenir compte des caractéristiques protégées (voy. *infra*). Enfin, la raison d'être de l'obligation d'aménagement correspond à l'un des objectifs centraux du droit de la non-discrimination : contribuer à l'inclusion sociale des groupes désavantagés. Loin de représenter une rupture, ce concept s'inscrit donc dans la continuité des autres normes du droit antidiscriminatoire européen.

On peut se demander dès lors si cette notion pourrait trouver à s'appliquer à d'autres motifs de discrimination que ceux examinés jusqu'ici. Cette question, qui, actuellement, est surtout posée pour le critère de la religion (B), requiert de s'intéresser plus avant aux rapports entre aménagement raisonnable et discrimination indirecte (A).

A. – Obligation d'aménagement et discrimination indirecte

Le droit européen de la non-discrimination ne reconnaît expressément d'obligation d'aménagement que pour motif de grossesse et de maternité, d'une part, de handicap, d'autre part. Le type de problème auquel cette notion vise à répondre peut pourtant se présenter dans des hypothèses où d'autres critères protégés sont en jeu : songeons aux personnes confrontées à un conflit entre leur pratique religieuse et certaines normes régissant le lieu de travail, par exemple, en matière de jours fériés légaux ou d'interdits alimentaires. On peut penser également aux travailleurs âgés qui éprouveraient des difficultés à accomplir certaines tâches⁷⁹. De fait, certains ordres juridiques étendent le droit à l'aménagement raisonnable à d'autres critères de discrimination : aux États-Unis, le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, amendé en ce sens en 1972, oblige l'employeur à adapter de manière raisonnable les conditions de travail de ses employés pour leur permettre d'observer leur religion, à moins que cela n'entraîne pour lui une contrainte excessive (*undue hardship*)⁸⁰. Au Canada, la Cour suprême a déduit du principe d'égalité et de non-discrimination en tant que tel un droit à l'*accommodement raisonnable*. Considéré comme un corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte, celui-ci vaut par conséquent pour *tous* les critères de discrimination⁸¹. C'est, à l'origine, dans

⁷⁸ C.J., 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07. Le parallèle entre l'interdiction de répondre aux préférences discriminatoires des clients et l'obligation d'aménagement raisonnable est souligné par Ch. Jolls : *op. cit.*, p. 686-687.

⁷⁹ En faveur de la reconnaissance d'un droit à l'aménagement raisonnable pour raison d'âge, M. Sargeant, « Older Workers and the Need for Reasonable Accommodation », *International Journal of Discrimination and the Law*, 2008, vol. 9, p. 168-180, cité par L. Waddington, « Reasonable Accommodation. Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability? », *NTM/NJCM-Bll. Jrg* 36, 2011, nr. 2, p. 186-198, p. 191.

⁸⁰ Title VII *Civil Rights Act*, § 701 (j). 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; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution, Vol. 1 Free Exercise and Fairness*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006, p. 326 et s.

⁸¹ Sur l'obligation d'accommodement raisonnable en droit canadien, voy. P. Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in M. Jezequel, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville (Québec), éd. Yvon Blais, 2007, pp. 3-28 ; J. Woehrling, « Diversité religieuse et liberté de religion au Canada », *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes/Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2009, p. 537-568. Voy. aussi *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Rapport G. Bouchard et Ch. Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements liées aux différences culturelles, Gouvernement du Québec, 2008 (ci-après *Rapport Bouchard-Taylor*).

une affaire de discrimination religieuse que ce principe a été établi : la Cour a jugé que le refus d'un grand magasin d'aménager l'horaire de l'une de ses vendeuses, adepte des Adventistes du septième jour, pour lui permettre de respecter le shabbat prescrit par sa religion en ne travaillant pas le vendredi après le coucher du soleil et le samedi, était discriminatoire car cela n'aurait pas créé pour l'entreprise une contrainte excessive⁸². Par la suite, la notion d'accommodement raisonnable a été appliquée par la jurisprudence à d'autres critères de discrimination : le handicap mais aussi le genre, l'âge ou encore l'origine nationale⁸³.

L'exemple du Canada met en lumière l'affinité qui existe entre le mécanisme de l'aménagement raisonnable et un concept qui, lui, est reconnu de manière générale par les normes européennes de non-discrimination : l'interdiction de la discrimination indirecte. Les deux notions procèdent du constat qu'un traitement identique peut avoir un impact différencié sur certains individus, en raison de la situation concrète dans laquelle ils sont placés. Elles ont toutes deux pour visée de promouvoir une égalité des chances substantielle en éliminant des obstacles *indirects* à l'accès à l'emploi de certains groupes. Là où les deux mécanismes diffèrent, c'est quant à l'identification des dispositions à prendre pour remédier à ce problème. La notion d'aménagement raisonnable requiert sans équivoque de l'employeur qu'il prenne des mesures particulières, individualisées, pour rencontrer les besoins de la personne concernée. Elle débouche donc sur l'application d'un traitement spécial à cette dernière, tout en laissant subsister la norme pour les autres individus. Le concept de discrimination indirecte exige quant à lui que la disposition, le critère ou la pratique qui se révèle indirectement discriminatoire, soit modifié. Mais cette révision se traduira *a priori* par la formulation d'une nouvelle norme, identique pour tous, ne présentant plus de caractère indirectement discriminatoire⁸⁴. Autrement dit, si le critère protégé doit être pris en compte pour identifier l'impact discriminatoire d'une mesure, le constat d'une discrimination indirecte ne conduit pas forcément à l'application d'un traitement distinct à raison de ce motif. Par exemple, si certains critères de recrutement, comme l'exigence de parler la langue nationale sans accent ou de disposer d'un permis de conduire, désavantagent particulièrement les personnes d'une certaine origine ethnique, sans être suffisamment justifiés, elles devront être supprimées pour tous les candidats⁸⁵. Si des conditions salariales moins avantageuses imposées aux travailleurs à temps partiel se révèlent indirectement discriminatoires à l'égard des femmes, parce que celles-ci sont surreprésentées dans cette catégorie de travailleurs, c'est une modification d'ensemble du statut des employés à temps partiel qui devra en principe être opérée.

Dans certaines hypothèses, cependant, il peut s'avérer que la manière la plus adéquate de remédier à une discrimination indirecte consiste, non pas en un changement global de la mesure en cause, mais en l'introduction d'une possibilité d'exception à celle-ci. Rappelons qu'une discrimination indirecte résulte d'une norme qui est susceptible de créer un désavantage particulier pour les personnes appartenant à un groupe protégé et

⁸² *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁸³ Voy. P. Bosset, *op. cit.*, p. 13-14. La loi canadienne sur les droits de la personne a été modifiée en 1998 pour reconnaître le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, « 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 ; 2012, cha. 1, art. 137(A)).

⁸⁴ O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*

⁸⁵ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 431.

qui n'est pas objectivement justifiée par un but légitime ou ne constitue pas un moyen approprié et nécessaire d'atteindre ce but. Lorsqu'il apparaît qu'une mesure, reposant sur un objectif légitime, désavantage particulièrement certains individus en raison, par exemple, de leur religion ou de leur âge, mais que des adaptations individuelles de cette mesure permettraient d'éviter cet effet préjudiciable sans mettre en péril la réalisation du but poursuivi, on peut considérer que maintenir la disposition en l'état, en refusant tout aménagement, n'est ni approprié ni nécessaire. Dans cette optique, la correction d'une discrimination indirecte peut prendre la forme d'un ajustement individuel de la norme. La mise en œuvre de l'interdiction de la discrimination indirecte peut ainsi aboutir, en pratique, au même résultat que la consécration expresse d'un droit à l'aménagement raisonnable⁸⁶. Le lien étroit entre ces deux concepts a d'ailleurs été reconnu par l'Avocat général Poyares Maduro qui, dans ses conclusions sur l'affaire *Coleman*, souligne que la prohibition de la discrimination indirecte « oblige les employeurs à prendre en considération et à satisfaire les besoins d'individus présentant certaines caractéristiques »⁸⁷. Toutefois, si cette interprétation de la discrimination indirecte est fondée en théorie, dans les faits, elle n'est qu'inégalement acceptée par les juges nationaux.

B. – Une obligation d'aménagement pour motif religieux ?

C'est tout particulièrement à propos des minorités religieuses que la question de la pertinence d'une extension du droit à l'aménagement raisonnable est actuellement discutée. Les difficultés que connaissent celles-ci dans leur accès à l'emploi, présentent une analogie avec celles rencontrées par les femmes et les personnes handicapées : elles sont confrontées à un milieu du travail dont les normes se sont constituées en ignorant leurs pratiques et leurs préoccupations⁸⁸. Même dans les sociétés largement sécularisées, les dates des jours fériés continuent de refléter les traditions religieuses majoritaires. Les règles vestimentaires imposées dans certaines entreprises ou institutions, ne tiennent généralement pas compte des prescrits de certains cultes en la matière, comme le port d'un couvre-chef. Ces situations peuvent constituer une entrave à l'intégration professionnelle des fidèles d'une confession minoritaire, qui se voient obligés de choisir entre les prescrits de leur foi et les exigences de leur employeur⁸⁹. Permettre à ces personnes de bénéficier d'un aménagement de ces règles, lorsque cela

⁸⁶ En ce sens, voy. M.-A. Moreau, « Justifications of discrimination », in R. Blanpain (ed.), *Labour Law & Social Security and the European Integration*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer Law International, 2002, p. 153-171, p. 166-168 ; E. Bribosia, I. Rorive et J. Ringelheim, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n°78, p. 319-373, p. 361-363 ; H. Collins, *Employment Law*, op. cit., p. 73-74 ; L. Waddington, « Reasonable Accommodation », op. cit., p. 754.

⁸⁷ Conclusions présentées le 31 janvier 2008, dans l'affaire *Coleman* (C-303/06), § 19.

⁸⁸ K. Alidadi, « Reasonable Accommodations for Religion and Belief : Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach in Employment », *European Law Review*, 2012, n°37, p. 693-715, p. 698-699 ; J. Ringelheim, « Religion, Diversity and the Workplace: What Role for the Law? », in K. Alidadi, M.-C. Foblets and J. Vrieling (eds), *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 335-357 ; K. Henrard, « Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights : A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality », *Erasmus Law Review*, 2012, Vol. 5, No. 1, p. 59-77.

⁸⁹ Pour une étude empirique des demandes d'aménagements pour motif religieux ou culturel formulées par les travailleurs au sein des entreprises en Belgique, voy. I. Adam et A. Rea, *La diversité culturelle sur le lieu de travail. Pratiques d'aménagements raisonnables*, Recherche à la demande du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, septembre 2010.

n'entraîne pas une charge disproportionnée, est un moyen de lever cet obstacle. Précisons que dans la jurisprudence canadienne, la *charge disproportionnée* susceptible de justifier un refus d'aménagement, peut résulter de son coût financier, de l'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise ou encore de son impact sur les droits d'autrui⁹⁰.

Plusieurs juridictions ou quasi-juridictions au sein des Etats membres s'inscrivent dans cette perspective et considèrent qu'un refus d'aménagement raisonnable pour motif religieux peut être constitutif de discrimination indirecte. La Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a, dans plusieurs affaires, invité l'employeur à aménager une condition de travail pour éviter une discrimination indirecte à raison de la religion⁹¹. Par exemple, dans le cas d'une employée musulmane qui s'était vu refuser un emploi dans un centre d'appel parce qu'elle portait le foulard et que l'employeur estimait que ce vêtement empêchait une bonne transmission du son à travers le casque audiophonique, la Commission a proposé que le casque soit porté *sous* le foulard⁹². En Allemagne, la Cour du travail fédérale a jugé que licencier un salarié de confession musulmane travaillant dans un supermarché au motif qu'il refusait d'être affecté au département des boissons pour ne pas avoir à manipuler de l'alcool, était abusif lorsqu'il existait d'autres postes dans l'entreprise vers lesquels il aurait pu être transféré⁹³. Au Danemark, le Comité pour l'égalité de traitement a considéré que renvoyer une étudiante musulmane d'une formation d'assistante nutritionnelle, au seul motif qu'elle ne souhaitait pas goûter des préparations contenant du porc, était constitutif de discrimination indirecte. L'étudiante s'était conformée à toutes les autres exigences et l'école n'avait pas démontré en quoi il était nécessaire de goûter de la viande de porc pour mener à bien cette formation⁹⁴.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013⁹⁵, apporte un appui supplémentaire à cette jurisprudence. Raisonnant sur la base du droit à la liberté de religion, garanti par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour affirme que ce n'est pas parce qu'un travailleur a théoriquement la possibilité de changer de travail qu'une restriction apportée à sa liberté religieuse dans le cadre de son emploi ne constitue pas une ingérence dans un droit protégé : pour être compatible avec la Convention, elle doit donc être justifiée par un but légitime et proportionnée à celui-ci⁹⁶. Dans le cas d'une entreprise privée, l'Etat a l'obligation positive d'assurer le respect des droits consacrés

⁹⁰ Ch. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2001, p. 248-251.

⁹¹ L. Waddington, « Reasonable Accommodation », *op. cit.*, p. 702 et 754 ; K. Alidadi, « Reasonable Accommodation for Religion and Belief... », *op. cit.*, p. 709-710.

⁹² Opinion n°2006-215, 27 octobre 2006, citée par K. Alidadi, *op. cit.*, p. 709. Sur la jurisprudence néerlandaise en la matière, voy. aussi K. Alidadi, « Muslim Women Made Redundant : Unintended Signals in Belgian and Dutch Case Law on Religious Dress in Private Sector Employment and Unemployment », in K. Alidadi, M.-C. Foblets and J. Vrieling (eds), *op. cit.*, p. 245-282, p. 263-267.

⁹³ Cour du travail fédérale, 24 février 2011, No.2 AZR 636/09, cité par K. Alidadi, « Reasonable Accommodation for Religion and Belief... », *op. cit.*, p. 710.

⁹⁴ Cette affaire est rapportée dans *European Anti-Discrimination Law Review*, n°15, Nov. 2012, p. 53.

⁹⁵ C.E.D.H. (4^e section), arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013 (req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) (non définitif). A l'heure de terminer cet article, cet arrêt n'était disponible qu'en anglais.

⁹⁶ Id., § 83. La Cour rompt ainsi avec sa jurisprudence précédente : voy. not. J. Ringelheim, « Religion, Diversity and the Workplace: What Role for the Law? », in K. Alidadi, M.-C. Foblets and J. Vrieling (eds), *op. cit.*, p. 350-351.

par l'article 9⁹⁷. Appliquant ces principes, la Cour estime dans l'affaire *Eweida* que le refus de la compagnie *British Airways* d'autoriser l'une de ses employées à exprimer sa foi chrétienne en portant au cou une croix visible, au motif que cette pratique ne cadrerait pas avec l'uniforme imposé aux salariés, était disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi : la volonté de projeter une certaine image de marque, quoique légitime, ne suffisait pas à justifier cette limitation à la liberté de manifester sa religion⁹⁸.

Reste que la possibilité de déduire une exigence d'aménagement de la prohibition de la discrimination indirecte dépend de l'interprétation donnée par les juges à la notion de caractère approprié et nécessaire de la mesure. En cela, elle n'offre pas le même niveau de garantie qu'un droit à l'aménagement expressément reconnu. Aux termes de la directive 2000/78, un refus d'aménagement en faveur d'un travailleur handicapé ne peut être justifié que par un seul type de motif : la charge excessive que cet ajustement entraînerait pour l'employeur. Dans le cas d'une mesure suspecte de constituer une discrimination indirecte, en revanche, l'employeur peut échapper à l'accusation de discrimination s'il convainc le juge qu'il s'agit d'un moyen approprié et nécessaire d'atteindre un objectif légitime.

Or, dans plusieurs pays, les juges semblent jusqu'ici hostiles à l'idée que le droit de la non-discrimination, ou le respect de la liberté de religion, puissent conduire à imposer à l'employeur une obligation d'aménagement pour motif religieux, même limitée par le critère de l'absence de charge disproportionnée. C'est le cas en particulier en France et en Belgique⁹⁹. En 1998, la Cour de cassation française s'est penchée sur le cas d'un employé de supermarché de conviction musulmane qui, affecté à la boucherie après avoir travaillé au rayon « fruits et légumes », avait demandé à être transféré à un autre poste pour éviter le contact avec la viande de porc. Invoquant son droit à la liberté religieuse, il se plaignait du rejet de cette demande par son employeur. La Cour de cassation répond que les convictions religieuses d'un salarié « sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public. »¹⁰⁰ En Belgique, la Cour d'appel de Bruxelles a connu du cas d'une employée, licenciée par la librairie qui l'employait parce qu'elle insistait pour porter le foulard sur son lieu de travail, alors que son employeur estimait que cette tenue nuisait à l'image de marque « ouverte, disponible, sobre, familiale et neutre » de la société. L'employée avait proposé à titre de compromis d'être affectée à un poste n'impliquant pas de contact avec la clientèle. Dans son arrêt du 15 janvier 2008, la Cour juge non seulement qu'une société commerciale ne commet aucune discrimination en interdisant au personnel en rapport avec les clients de porter des tenues « ne cadrant pas avec la neutralité » car cet usage reposerait sur

⁹⁷ Arrêt *Eweida et autres*, § 84.

⁹⁸ *Id.*, § 94.

⁹⁹ K. Alidadi, « Reasonable Accommodation for Religion and Belief... », *op. cit.*, p. 709.

¹⁰⁰ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *M. Azad c. Chamsidine.*, *Dr. Soc.*, juin 1998, p. 615, obs. J. Savatier. L'arrêt est antérieur à l'adoption de la directive 2000/78 et la discussion se fonde sur le droit à la liberté religieuse. Mais la problématique en jeu est la même, le droit à un aménagement pour motif religieux pouvant aussi être déduit du droit à la liberté religieuse. Sur la jurisprudence française concernant les rapports entre religion et emploi, voy. R.-S. Alouane, « The Practice of Religion in the Workplace in France: in Search of an Elusive Balance », in K. Alidadi, M.-C. Foblets and J. Vrielink (eds), *op. cit.*, p. 205-224.

« des considérations objectives », mais qu'en outre, « la société n'avait aucune obligation de fournir à l'appelante un autre travail. »¹⁰¹

Ces deux décisions sont aujourd'hui mises à mal par l'arrêt précité *Eweida et autres* de la Cour européenne des droits de l'homme. Elles démontrent néanmoins la réticence de certains juges nationaux à accepter le principe d'un droit à l'aménagement raisonnable dans l'emploi pour raison religieuse. En l'absence d'une prise de position de la Cour de justice sur cette question¹⁰², la possibilité d'obtenir un aménagement sur la base de l'interdiction de la discrimination indirecte à raison de la religion dans le droit de l'Union européenne, reste donc incertaine. Devant ce constat, plusieurs auteurs plaident pour une reconnaissance expresse, par le législateur européen ou national, d'un droit à l'aménagement raisonnable pour motif religieux¹⁰³. Cette solution présenterait l'avantage d'établir clairement qu'une telle obligation s'impose à l'employeur mais aussi de permettre d'en préciser les contours et les limites. Car comparé au handicap et à la grossesse, le phénomène religieux présente plusieurs spécificités, qui peuvent générer des difficultés dans l'application du mécanisme de l'aménagement raisonnable¹⁰⁴. Deux points en particulier méritent l'attention.

Une première source de complexité tient au fait que certaines revendications, motivées par des convictions religieuses, peuvent entrer en conflit avec les droits d'autres individus, notamment le droit à la non-discrimination à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle¹⁰⁵. En droit canadien, on l'a déjà noté, il est établi qu'un aménagement qui porte atteinte aux droits d'autrui doit être considéré comme déraisonnable, justifiant son rejet¹⁰⁶. Face à des situations concrètes, toutefois, il n'est pas toujours aisé d'apprécier si un ajustement demandé est incompatible avec le respect des droits d'autrui. L'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* de la Cour européenne en fournit une illustration. Outre le cas *Eweida*, déjà évoqué, cette décision concerne trois autres affaires : *Chaplin*, *Ladele* et *McFarlane*. L'affaire *Ladele*, examinée au regard de l'article 9 combiné avec l'article 14 (non-discrimination), portait sur le refus d'une

¹⁰¹ Cour trav. Bruxelles (4ème ch.), 15 janvier 2008, *Journal des tribunaux du travail*, 2008, p. 140.

¹⁰² La Cour n'a, à ce jour, connu d'aucune affaire interrogeant la portée de la directive 2000/78 sur ce point. Il existe cependant un arrêt ancien et isolé, l'arrêt *Vivien Prais* de 1976, qui touche implicitement à la problématique de l'aménagement raisonnable. Une candidate à un concours organisé par le Conseil des Communautés avait demandé à passer l'épreuve à une autre date que la date fixée, au motif que celle-ci correspondait à une fête juive durant laquelle sa religion lui interdisait de se déplacer et d'écrire. Sa demande ayant été rejetée, elle alléguait une violation du principe de non-discrimination inscrit dans le statut des fonctionnaires. La Cour, tout en déboutant la requérante, déclare que « si un candidat informe l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchent de se présenter aux épreuves à certaines dates, celle-ci doit en tenir compte et s'efforcer d'éviter de retenir de telles dates pour les épreuves » (C.J., 27 octobre 1976, *Vivien Prais*, C-130-75, § 16). Cependant, si « le candidat n'informe pas à temps l'autorité investie du pouvoir de nomination de ses difficultés, celle-ci peut refuser de proposer une autre date, particulièrement lorsque d'autres candidats ont déjà été convoqués aux épreuves. » (§ 17). Car « le principe d'égalité veut que les épreuves aient lieu dans les mêmes conditions pour tous les candidats » (§ 13).

¹⁰³ En ce sens, K. Alidadi, « Reasonable Accommodation for Religion and Belief... », *op. cit.* ; K. Henrard, *op. cit.*, p. 69 ; L. Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Oxford and Portland, Hart, 2008, p. 220-225. En sens contraire, voy. L. Waddington, « Time to extend the Duty to Accommodate Beyond Disability? », *op. cit.*, p. 197.

¹⁰⁴ Voy. not. E. Bribosia, I. Rorive et J. Ringelheim, *op. cit.*

¹⁰⁵ Voy. not. A. McColgan, « Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace », *Industrial Law Journal*, 2009, Vol. 38, No. 1, p. 1-29.

¹⁰⁶ Rapport Bouchard-Taylor, *op. cit.*, p. 175.

officier d'état civil de célébrer des partenariats civils entre couples de même sexe, au motif qu'en tant que chrétienne, elle considérait les unions homosexuelles comme contraires aux prescrits divins. Une procédure disciplinaire avait été engagée à son encontre, au terme de laquelle elle avait été informée que si elle persistait dans son opposition, elle serait licenciée. En première instance, le tribunal avait conclu à une discrimination¹⁰⁷. Selon lui, l'exemption sollicitée n'aurait pas empiété sur les droits des personnes homosexuelles car la mairie concernée comptait suffisamment de personnel pour que les partenariats de couples homosexuels soient célébrés par l'un de ses collègues¹⁰⁸. Les juridictions d'appel infirmèrent cette décision : à leurs yeux, l'attitude de la municipalité n'était pas disproportionnée car son but était de fournir un service qui ne soit pas seulement efficace, mais qui soit aussi conforme à une politique de promotion de l'égalité et de la non-discrimination entre les administrés¹⁰⁹. La Cour européenne juge ce point de vue légitime au regard de la Convention : en rejetant la demande d'exemption de la requérante au motif de la préservation des droits des personnes d'orientation homosexuelle, les autorités nationales n'ont pas excédé leur marge d'appréciation¹¹⁰. Si l'on peut regretter le laconisme de la motivation de l'arrêt sur ce point, la solution adoptée est à notre avis correcte : même si d'un point de vue pratique, il était possible d'assurer la célébration de ces partenariats sans le concours de Mme Ladele, il était pertinent de prendre en compte la dimension symbolique d'une telle exemption. Le fait, pour l'autorité publique, d'accorder à un fonctionnaire le droit de ne pas célébrer certaines unions, par dérogation aux obligations attachées à sa fonction, peut apparaître comme revenant, symboliquement, à admettre que celles-ci sont moins légitimes que les autres, ce qui affaiblit le droit en principe reconnu aux personnes homosexuelles¹¹¹. On imagine difficilement concéder une exemption similaire à un fonctionnaire qui objecterait aux unions entre personnes de religions ou d'origines différentes. De même, dans le cas de M. McFarlane, thérapeute de couple employé par un organisme privé de conseil conjugal et de sexothérapie, licencié parce qu'il refusait d'accepter la politique de son employeur de conseiller sans discrimination les couples homosexuels comme hétérosexuels et qui n'avait pas obtenu gain de cause devant les tribunaux britanniques, la Cour a jugé que la décision de faire prévaloir la protection du droit à la non-discrimination des personnes homosexuelles relevait de la marge d'appréciation des autorités nationales¹¹².

Quant à l'affaire *Chaplin*, elle concernait une infirmière qui n'avait pas été autorisée à porter une croix autour du cou pendant son travail pour des raisons de sécurité : l'hôpital estimait que ce bijou pouvait être source de lésions s'il entraînait en contact avec une blessure ou si un patient perturbé s'y accrochait. Ici aussi, la Cour conclut à l'absence de violation : tout en reconnaissant que l'intéressée a subi une restriction à sa liberté de manifester sa religion, elle juge que celle-ci était nécessaire à la protection de

¹⁰⁷ *Ladele v London Borough of Islington* [2008] London Central Employment Tribunal, Case No. 2203694/2007 (May 2008).

¹⁰⁸ *Id.*, § 78.

¹⁰⁹ *Ladele v London Borough of Islington* [2008] Employment Appeal Tribunal Case No. UKEAT/0453/08/RN (10 December 2008) et *Ladele v Islington LBC* [2009] EWCA Civ 1357, § 52 (arrêt de la *Court of Appeal*).

¹¹⁰ Arrêt *Eweida et autres*, §§ 105-106.

¹¹¹ En ce sens, M. Malik, « Religious Freedom in the 21st Century », Westminster Faith Debates, 18 April 2012.

¹¹² Arrêt *Eweida et autres*, §§ 109-110.

la santé et de la sécurité des patients et du personnel¹¹³. Elle insiste sur la différence de nature et d'importance entre les motifs en jeu dans *Chaplin* et dans *Eweida* : dans ce dernier cas, ce n'est pas la volonté de protéger les droits d'autrui qui fondait l'interdiction faite à l'employée de *British Airways* d'arborer une croix en pendentif, mais la défense de l'image de marque de l'entreprise¹¹⁴. Dans la mise en balance des intérêts en présence, un objectif de ce type (la protection de l'image de l'entreprise), se voit donc accorder moins de poids que la préservation des droits d'autres personnes. Par ailleurs, dans l'affaire *Eweida*, la Cour n'estime pas établi que le port d'une croix par la requérante aurait nui à l'image de la compagnie. Elle observe que les autres types de signes religieux (turban et foulard), que l'entreprise avait autorisé ses salariés à revêtir, n'avaient pas eu d'impact négatif sur celle-ci¹¹⁵. Dans ces conditions, l'interdiction lui paraît disproportionnée. Aussi, cette affaire, contrairement aux trois autres cas examinés dans le même arrêt, débouche sur un constat de violation du droit à la liberté religieuse de la requérante¹¹⁶.

Ces affaires montrent qu'une obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux doit être accompagnée de directives d'interprétation claires. D'un côté, il faut éviter qu'il ne soit accédé à des demandes qui aboutiraient à porter atteinte aux droits d'autres individus. De l'autre, il faut se garder d'une lecture trop extensive de la notion de *charge disproportionnée*, qui aboutirait à vider l'obligation de son sens en permettant de refuser toute demande d'ajustement. Il importe dès lors que le risque d'une atteinte aux droits d'autrui soit évalué au regard des circonstances concrètes en jeu dans chaque espèce, en particulier la fonction occupée par l'intéressé et les répercussions de l'adaptation demandée sur d'autres personnes.

Une seconde difficulté tient au caractère subjectif du sentiment religieux et à la diversité des interprétations d'une même religion. A une époque d'individualisation et de pluralisation du croire, il est d'autant plus fréquent que des fidèles d'un même culte aient des visions différentes de ce que leur foi exige d'eux. Dans ce contexte, un employeur peut parfois être confronté à des revendications insolites, dont il peut se demander si elles trouvent réellement un appui dans la religion invoquée, voire si c'est véritablement une *religion* qui est en jeu. Ce risque ne doit pas être exagéré : les exemples fournis par la jurisprudence laissent penser que la majorité des demandes formulées dans les faits concernent des modalités courantes et connues de la pratique d'une confession¹¹⁷. Néanmoins, des cas douteux peuvent surgir. Face au handicap ou à la grossesse, l'entreprise ou le juge peut, en cas de doute, s'en remettre à une autorité objective extérieure, le médecin spécialisé, pour évaluer la nécessité d'un aménagement demandé. Dans le cas de la religion, en revanche, trouver une autorité « objective » est problématique, vu les divisions internes au sein des communautés confessionnelles et la subjectivité des convictions religieuses. A moins que la demande ne puisse de toute façon être écartée parce qu'impliquant une charge disproportionnée, cette situation crée un dilemme pour l'employeur. D'un côté, il est légitime de ne pas accepter un usage

¹¹³ Id., §§ 100-101.

¹¹⁴ La Cour dit, à propos de l'affaire *Chaplin* : « ...the reason for asking her to remove the cross, namely the protection of health and safety on a hospital ward, was inherently of a greater magnitude than that which applied in respect of Ms Eweida. » (id., § 99).

¹¹⁵ Id., § 94.

¹¹⁶ Id., § 95.

¹¹⁷ Voy. les cas mentionnés par L. Vickers, *op. cit.* et K. Alidadi, *op. cit.* Voy. aussi les cas observés dans l'étude sociologique précitée : I. Adam et A. Rea (dir.), *op. cit.*

abusif ou purement opportuniste de la notion d'aménagement raisonnable. Celle-ci impose à l'entreprise de déroger à certaines règles, voire de supporter des inconvénients ; son application dans un contexte donné doit donc être suffisamment justifiée. D'un autre côté, l'employeur (ou le tribunal) est mal placé pour se faire juge de la validité des croyances religieuses invoquées par un travailleur. Face à ce dilemme, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invite à adopter une attitude souple. D'abord, une conviction entre dans le champ de l'article 9 dès lors qu'elle atteint « un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »¹¹⁸. Ensuite, pour qu'un acte puisse être considéré comme la manifestation d'une religion, il doit présenter un lien étroit et direct avec celle-ci. Mais il n'est pas requis de prouver que la pratique est jugée obligatoire par les autorités officielles de la confession en cause : il suffit que la personne qui l'invoque soit inspirée ou motivée par une religion¹¹⁹. A notre sens, c'est par la discussion et la négociation avec le travailleur que l'employeur devra examiner si ces critères sont rencontrés. Toutefois, dans ce processus, il serait utile que les intéressés puissent, le cas échéant, faire appel à des personnes extérieures à l'entreprise. Le développement, par l'autorité publique, de services de médiation, fournis par des personnes spécialement formées à cette problématique serait un moyen d'aider les employeurs à répondre de manière adéquate à ce type de situations.

CONCLUSION

Le droit européen de la non-discrimination reconnaît expressément un droit à l'aménagement des conditions ou de l'environnement de travail en faveur de deux catégories de travailleurs : les personnes handicapées, d'une part, les femmes enceintes, allaitantes ou accouchées, d'autre part. En outre, l'interdiction de la discrimination indirecte peut être interprétée comme induisant également, dans certaines circonstances, une obligation d'aménager les modalités d'emploi d'un travailleur, pour éviter qu'il ne subisse un désavantage particulier en raison d'un critère protégé, tel que sa religion – une interprétation qui, jusqu'ici, il est vrai, n'a trouvé un écho que dans la jurisprudence de certains Etats membres seulement.

Si la notion d'obligation d'aménagement est importante, c'est non seulement pour le droit qui en découle pour les bénéficiaires, mais aussi pour ce qu'elle révèle de la philosophie sous-jacente et des potentialités du droit de la non-discrimination. Consacrer ce mécanisme, c'est reconnaître que la lutte contre la discrimination justifie qu'on exige des employeurs qu'ils prennent des mesures positives pour assurer aux travailleurs des chances égales d'accès à l'emploi, en remédiant aux désavantages que connaissent certains d'entre eux en raison de l'interaction entre un critère protégé et une norme interne à l'entreprise. L'obligation d'aménagement souligne ainsi le potentiel transformateur du droit de la non-discrimination : si l'on veut éviter que les motifs prohibés de discrimination, tels que le handicap ou le sexe, ne soient un obstacle à

¹¹⁸ C.E.D.H. (GC), arrêt *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011 (req. no. 23459/03), § 110.

¹¹⁹ Arrêt *Eweida et autres*, § 82 et C.E.D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98), § 78. Comp. avec la jurisprudence canadienne qui opte pour une conception subjective et individualiste de la religion, basée sur le critère de la *croyance sincère*, plutôt qu'une conception objective et institutionnelle. Voy. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 [2004] 2 R.C.S. Pour une discussion des avantages et inconvénients de cette approche, voy. J. Woehrling, *op. cit.*, p. 553-565.

l'insertion des individus sur le marché du travail, on ne peut se contenter d'en interdire la prise en compte dans les processus de décision. Il faut également se préoccuper des normes qui, parce qu'elles se sont construites en ignorant les réalités vécues par ces groupes défavorisés, entravent leur intégration dans la vie professionnelle. L'entreprise doit pouvoir être tenue de réformer ses structures et ses modes d'opération pour éliminer ces barrières et s'adapter ainsi à la diversité de l'ensemble des travailleurs.

