

L'accommodement raisonnable comme nouvel outil dans la lutte contre la discrimination

Étude de droit comparé (États-Unis, Canada, Suisse)

Résumé de thèse de doctorat

MORGANE VENTURA*

MOTS CLÉS Discrimination – Égalité – Intégration – Accommodement

I. Introduction – qu'est-ce que l'accommodement raisonnable ?

Notre thèse¹ présente l'accommodement raisonnable au droit suisse, et argumente que son incorporation aiderait à lutter de manière plus efficace et plus complète contre la discrimination.

L'accommodement raisonnable est en effet une obligation inconnue en droit suisse. Il suppose le dialogue entre deux parties: l'accommodante et l'accommodée². L'accommodée présente une caractéristique propre qui crée dans sa situation un conflit avec une règle générale et abstraite. Par exemple, une vendeuse en magasin, juive, se voit obligée de participer à un tournoi avec ses collègues et elle doit parfois travailler le samedi. Selon ses croyances, elle doit respecter le samedi comme jour de repos. Dans un État qui connaît l'accommodement raisonnable, elle pourrait demander un accommodement à la règle qui lui impose le tournoi. Elle ne peut toutefois pas être privilégiée, et on lui imposerait certainement d'autres plages horaires qui peuvent être considérées comme contraignantes, comme les périodes de Noël. Cela peut paraître anodin, mais ce n'est pas automatique.

En droit suisse, la demande de l'accommodée ne serait soumise qu'au bon vouloir de son employeur ou de son

employeuse, la partie accommodante. Aux États-Unis et au Canada, l'obligation d'accommodement raisonnable impose un schéma de réflexion à adopter dans ce genre de cas. Ce schéma est d'ailleurs transposable dans d'autres domaines, comme l'éducation obligatoire ou les relations de droit public, et à d'autres types de caractéristiques comme le handicap, l'ethnie ou le sexe.

Notre thèse n'a pu s'intéresser toutefois qu'aux minorités religieuses, par souci de place. Cela garantissait également une certaine réserve de jurisprudence dans les différents domaines traités (école, travail, détention).

II. Le point sur l'égalité en droit suisse

La protection contre la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) n'a pas changé depuis plus de vingt ans, que ce soit dans sa formulation ou dans son interprétation³. Ainsi, seules sont interdites les discriminations directes et indirectes injustifiées.

Pourtant, la diversité de notre société est croissante, et les revendications des différentes identités sont de plus en plus importantes. L'égalité en droit suisse mérite une nouvelle jeunesse. Cela implique aussi de reconnaître les nouveaux développements dans ce domaine en science sociale, notamment la notion de discrimination structurelle⁴. Elle implique de reconnaître que la société dans

* MORGANE VENTURA, Dre en droit de l'Université de Genève, LLM en *common law* de l'Université de Londres, juriste à l'Office fédéral de la Justice.

Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-042-0_17.

¹ MORGANE VENTURA, L'accommodement raisonnable, Étude de droit comparé (États-Unis, Canada, Suisse), thèse de doctorat Genève, 2023 (Collection Genevoise).

² Pour un aperçu voir VENTURA (n. 2), N 15 ss.

³ Voir BERNARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Étude de l'article 8 alinéa 2 Cst. du 18 avril 1999, Bâle 2003, qui est toujours autant d'actualité. Pour une revue du manque d'évolution dans l'interprétation, voir VENTURA (n. 2), N 706 ss, et 792.

⁴ VENTURA (n. 2), N 177 ss.

laquelle nous vivons a été créée et est constamment influencée par la population majoritaire, selon ses propres pensées. Par exemple, le fait que le dimanche soit toujours considéré comme le jour de repos ou de fermeture usuel provient des traditions chrétiennes qui ont baigné l'histoire suisse. Dans un autre contexte, les femmes sont encore majoritairement les personnes employées à temps partiel parce que notre tradition sociale s'est construite autour du rôle de la mère, et moins autour de celui du père.

Les sensibilités changent, et de nombreux mouvements sociaux pointent du doigt ces traditions et appellent à la déconstruction de nos habitudes⁵. Répondre juridiquement à ces appels implique la révision de notre approche de l'égalité.

III. Aperçu comparatif – États-Unis, Canada

1. L'égalité et l'accommodement raisonnable

Les États-Unis prévoient une protection fédérale contre la discrimination symboliquement forte. Le XIV^e amendement, adopté à la suite de la Guerre de Sécession, puis le *Civil Rights Act*, adopté à la suite de la fin de la ségrégation, sont marqués par le déchirement racial des États-Unis⁶. Sur le principe, la protection contre la discrimination est la même qu'en Suisse : la discrimination directe (*disparate treatment*) et la discrimination indirecte (*disparate impact*) injustifiées sont toutes les deux interdites⁷. C'est le guide d'application du *Civil Right Act*⁸ en matière religieuse qui, pour la première fois, fait mention d'une obligation d'accommodement raisonnable pour les parties employeuses, afin de pouvoir garantir aux personnes employées un environnement de travail libre de toute contrainte religieuse, et d'y demander des adaptations si un conflit survenait.

Reprise ensuite par la jurisprudence de la Cour suprême⁹, cette obligation est peu à peu devenue une pierre angulaire de la protection contre la discrimination dans le milieu professionnel, à l'école, et dans le service public (les domaines couverts par le *Civil Rights Act*) ; elle a également été étendue à tous les domaines pour les personnes en situation du handicap (*ADA*)¹⁰, ainsi qu'au domaine du logement (*Fair Housing Act*)¹¹.

Au Canada, une forte tradition multiculturaliste se fait sentir depuis longtemps¹². Ainsi, en matière d'égalité, la protection contre la discrimination est plus large et couvre tant les discriminations directes et indirectes que systémiques¹³. Il n'est pas très étonnant que, peu de temps après le cas *Hardison* rendu par la Cour suprême américaine, la Cour suprême canadienne ait repris l'obligation d'accommodement raisonnable pour se l'approprier et l'incorporer dans son ordre juridique¹⁴. Fidèle à une volonté intégratrice, le Canada a développé l'obligation d'accommodement raisonnable pour tous les cas de discrimination, quel que soit le critère ou le domaine¹⁵.

2. L'application de l'accommodement raisonnable

L'accommodement raisonnable est un processus¹⁶. Il implique qu'une personne discriminée, à savoir une personne qui se trouve en conflit avec une règle générale

⁵ Voir par exemple IYIOLA SOLANKE, *Discrimination as Stigma, A theory of anti-discrimination Law*, Oxford/Portland 2017, en général et p. 88 plus directement. Dans les mouvements sociaux récents, on peut penser simplement au mouvement « *Me too* » qui voulait rappeler que les comportements masculins sont systématisés et insidieux, tout comme le mouvement « *Black Lives Matter* » qui dénonce les violences policières structurelles et universelles, puisqu'en juin 2023 encore des policiers vaudois ont été entendus par la justice après avoir causé la mort d'un Nigérian lors de son interpellation, voir <https://www.rts.ch/info/regions/vald/14113513-mort-de-mike-ben-peter-le-ministere-public-abandonne-laccusation-contre-les-policiers.html> (consulté le 28 juin 2023).

⁶ *Civil Rights Act of 1968*, 42 *Code of Federal Regulations* (ci-après CFR) §§ 2000bb (a)-(b). Voir Ventura (n. 2), N 25 ss.

⁷ VENTURA (n. 2), N 196 ss.

⁸ *Guidelines on discrimination because of religion*, CFR 1605.

⁹ Avec l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison et al.* 432 U.S. 63, 1977. Le cas concerne une personne adventiste du septième jour qui participe au tournus de *Trans World Airlines* pour savoir quand il travaille, la compagnie fonctionnant 24/7. Notamment, il peut être assigné aux vendredis soirs, nuits et aux samedis. Sa conversion à l'adventisme l'empêche de respecter certaines de ses obligations professionnelles, malgré sa demande d'adaptation. Il est donc licencié, pour faute grave. La Cour suprême reconnaît avec ce cas que les rapports de travail doivent, dans la mesure du possible, reconnaître et valoriser les différences de cultures. Un accommodement doit être offert, tant qu'il ne crée pas de fardeau trop important pour l'employeur. Si l'accommodement ne peut pas être mis en place, le licenciement qui en résulte ne peut, en tous les cas, jamais être considéré comme imputable à la personne employée.

¹⁰ *Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA)*, CFR S. 2345.

¹¹ Le « *fair housing act* » est en réalité compris dans les titres VIII et IX du *Civil Rights Act* (n. 7).

¹² Voir notamment le *Multiculturalism Act of 1988* qui complète les Lois Constitutionnelles du Canada, marquant ici l'identité multiculturelle du Canada (notamment au travers de l'article 27).

¹³ VENTURA (n. 2), N 204 et l'arrêt de la Cour suprême canadienne, *R v. Kapp* 2 R.C.S. 483, 2008, 519.

¹⁴ Arrêt de la Cour suprême canadienne, *Ontario (Human Rights Commission) v. Simpsons- Sears Ltd* 2 R.C.S. 536.

¹⁵ VENTURA (n. 2), N 88 et les sources citées en note 159.

¹⁶ VENTURA (n. 2), N 15 ss notamment.

et abstraite en raison d'une caractéristique personnelle propre, puisse d'abord montrer qu'elle est victime de discrimination. Ensuite, elle doit déposer une demande d'accommodement, que la personne accommodante est obligée de recevoir et de traiter. Un dialogue doit être mis en place afin de trouver la meilleure solution possible selon le cas individuel et concret de l'accommodée et de l'accommodante¹⁷. À l'issue de ce dialogue, les parties doivent être arrivées à une entente et à un accommodement qui devra être mis en place. Il est toutefois possible que l'accommodement trouvé soit tout de même trop compliqué à mettre en place pour la partie accommodante et soit considéré comme « déraisonnable ». Dans un tel cas, le processus s'arrête sans la mise en place d'un accommodement¹⁸.

Cette phase de dialogue est le cœur de l'accommodement raisonnable et elle permet généralement d'éviter les conflits. En se basant sur le dialogue entre les personnes concernées, l'on mise sur le développement d'une compréhension mutuelle des enjeux en présence. Cela permet également de désamorcer les tensions et d'expliquer en quoi l'accommodement retenu est déraisonnable à mettre en place. Cette recherche de compromis est essentielle pour les parties et pour la suite de leur relation.

Il est arrivé toutefois que des parties ne s'entendent pas sur le caractère raisonnable de la solution trouvée et que les tribunaux doivent trancher. Les jurisprudences américaines et canadiennes se sont ainsi développées parallèlement, mais n'ont pas pris la même direction. En effet, aux États-Unis, l'on considère que l'accommodement est raisonnable s'il respecte un standard *de minimis*¹⁹, c'est-à-dire s'il ne coûte pas ou très peu d'argent à sa mise en place. Ceci explique pourquoi les accommodements par les personnes employeuses sont généralement stricts, au contraire des accommodements en milieu scolaires dont le but est de garantir une bonne intégration de la diversité.

Au contraire, le Canada n'a pas développé à proprement parler de standard, mais une analyse complète selon différents facteurs permettant d'évaluer le besoin d'accommodement et ses implications. Il n'est pas étonnant de voir que l'accommodement est donc plus facilement raisonnable au Canada²⁰, même si sa mise en place est contraignante. Cette souplesse a parfois heurté l'opinion publique menant même jusqu'à une « crise des accommodements » au Québec entre 2006 et 2009²¹. Ce genre d'événement est

également intéressant à prendre en compte lors d'une proposition d'intégration en Suisse, afin de justement éviter de tomber dans une obligation trop drastique qui mènerait à une « crise » sociale²².

3. Comparaison avec la Suisse

Proposer l'intégration d'une obligation inconnue en droit suisse suppose que nous avons tout de même une structure permettant la reprise, et suffisamment de points communs avec les droits américain et canadien pour ancrer une pratique cohérente dans le domaine. Les États-Unis et le Canada étant deux États de *common law*²³, l'obligation s'est principalement développée dans la jurisprudence. La Suisse n'ayant pas de processus clair pour répondre aux conflits susceptibles d'accommodement a également une base jurisprudentielle importante dans ce domaine²⁴. Au contraire des deux États outre-Atlantique, elle se base toutefois sur la liberté religieuse (art. 15 Cst. féd.) et non pas sur l'égalité ou l'interdiction de la discrimination²⁵. Cela a pour conséquence de proposer une vision symbolique différente et de renforcer l'équilibre des libertés, au lieu de renforcer l'égalité de manière globale. C'est toutefois une vision qui peut être changée, si l'on souhaite revaloriser l'égalité en droit suisse.

Le chapitre sixième de notre thèse²⁶ se dédie donc à une analyse comparée de jurisprudences américaine, canadienne et suisse, aux états de fait similaires. Cela permet de mettre en valeur plusieurs points communs²⁷ et plusieurs étapes encore à franchir²⁸ pour incorporer l'accom-

¹⁷ Sur la question du dialogue, VENTURA (n. 2), N 407 ss.

¹⁸ VENTURA (n. 2), N 256.

¹⁹ VENTURA (n. 2), N 258 ss.

²⁰ VENTURA (n. 2), N 280 ss.

²¹ VENTURA (n. 2), N 300 ss. Voir aussi GÉRARD BOUCHARD/CHARLES TAYLOR, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation* (rapport de la Commission Bouchard-Taylor), Québec 2008.

²² VENTURA (n. 2), N 709 ss.

²³ Dans la *common law*, l'État donne une importance prioritaire à la jurisprudence, celle-ci représentant ainsi la source principale des obligations, que ce soit pour leur interprétation ou leur application. Au contraire, un État de *civil law* a tendance à plutôt codifier ses obligations et ses principes dans des lois. Un État de *common law* donne une grande importance à sa jurisprudence en tant que « créatrice de normes ». Pour éviter que le droit ne soit trop empreint des conceptions du juge qui le rend, des règles strictes de respect des jugements des tribunaux supérieurs, voire parfois inférieurs, sont mises en place dans les systèmes de *common law*.

²⁴ Voir le chapitre sixième et la comparaison des jurisprudences, VENTURA (n. 2), N 429 ss.

²⁵ VENTURA (n. 2), N 642 ss.

²⁶ VENTURA (n. 2), N 429 ss.

²⁷ VENTURA (n. 2), N 606 ss. Les parallèles sont notamment une certaine sensibilité au dialogue, la reconnaissance d'un droit à une « exception », la prise en compte des situations individuelles, la pesée des intérêts et les fardeaux de la preuve.

²⁸ VENTURA (n. 2), N 624 ss. Les étapes à franchir sont notamment l'amélioration de notre pratique de l'interdiction de la discrimination, le dépassement de la liberté de croyance, l'intégration d'un processus et le rattachement légal de l'obligation.

modement au droit suisse. Ce chapitre central de notre thèse permet surtout de montrer que nous rencontrons les mêmes problèmes, et que les mêmes intérêts s'opposent, quel que soit l'ordre juridique dans lequel on se trouve, et quel que soit le domaine. Le manque de cohérence en droit suisse, sur la manière d'aborder ces questions, nous conforte dans l'idée de la pertinence de proposer un nouveau processus, unique et clair, qui est à la fois adaptable à chaque situation et cohérent dans ses étapes. Dans une volonté d'intégration, de prise en compte des différences et de déconstruction des schémas sociaux discriminatoires, le dialogue et la recherche de compromis sont des outils très précieux. Ces éléments sont d'ailleurs déjà présents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹, certes de manière peu systématique. Renforcer la cohérence des raisonnements en matière d'égalité et d'intégration serait un atout non seulement pour ces garanties, mais aussi pour la sécurité du droit.

IV. Aperçu de droit international

Notre thèse n'offre qu'un aperçu limité de nos obligations internationales en lien avec l'égalité, et n'analyse pas l'obligation d'accommodement raisonnable dans le droit international. Elle relève toutefois l'importance du contexte international, et européen notamment, pour la Suisse et souligne que l'accommodement raisonnable serait un pas bienvenu en faveur de l'égalité au vu de nos obligations internationales³⁰.

Le système onusien reconnaît depuis plusieurs années déjà l'importance du contexte en matière de discrimination et a même appelé à déconstruire certains schémas de pensée³¹. Il n'a appelé concrètement à l'accommodement raisonnable qu'en lien avec les personnes en situation de handicap et leur propre protection contre la discrimination. Il est toutefois clair qu'une obligation plus transversale, demandant à créer le dialogue entre les diversités en présence, et à favoriser le compromis, serait bien accueillie par les organes onusiens.

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a renoncé à plusieurs reprises à consacrer l'accommodement raisonnable tel qu'il existe aux États-Unis et

au Canada³². Elle l'a mentionné une fois³³ et l'a ignoré de nombreuses fois. D'après notre analyse, cela s'explique par les principes auxquels la Cour est tenue comme celui de la marge d'appréciation – très large en matière religieuse – ou celui de la subsidiarité qui l'empêcherait d'imposer un standard relativement élevé en matière de protection contre la discrimination. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de développer une protection riche de certaines minorités considérées comme vulnérables, et d'accorder une attention particulière au contexte menant à la discrimination³⁴. Ainsi, même si la Suisse n'était en aucun cas contrainte par la Cour, elle serait sans doute soutenue dans une initiative visant une meilleure intégration de tous et toutes en offrant une protection contre la discrimination plus adéquate.

V. Perspective – l'intégration de l'accommodement raisonnable en droit suisse

Après une présentation et une analyse de l'obligation d'accommodement, notre thèse propose une incorporation cohérente de l'accommodement raisonnable en droit suisse. Soutenue par le droit international, l'adoption de cette obligation est non seulement possible mais également faisable. Il manque toutefois un processus favorisant le dialogue et le compromis³⁵. L'accommodement raisonnable implique plusieurs étapes pour la meilleure protection possible contre la discrimination, et la prise en compte de tous et toutes. Cela n'existe pas en droit suisse : nous devons attendre qu'une discrimination soit intervenue pour voir si elle peut être justifiable ou non. Ce raisonnement réactif n'est plus satisfaisant³⁶. Un processus en aval permettrait d'éviter de nombreux conflits, et renforcerait la cohésion sociale au lieu d'attendre qu'elle doive être réparée.

L'incorporation de l'accommodement raisonnable soulève trois³⁷ difficultés surmontables :

²⁹ Voir notamment ATF 142 I 49, c. 8 et 9.1.

³⁰ Voir VENTURA (n. 2), N 311 ss.

³¹ Observation générale n° 20 du 2.7.2009 La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels), E/C.12/GC/20, par. 9, ou Observation générale no 6 sur l'égalité et la non-discrimination, du 26.4.2018, CRPD/C/GC/6, par. 10.

³² Voir VENTURA (n. 2), N 378 ss.

³³ CourEDH, GC, nos. 48420/10, 598422/10, 51671/10 et 36516/10, 27.5.2013, Affaire Eweida et autres c. Royaume-Uni, c. 48 (USA) et 49 (Canada).

³⁴ Voir VENTURA (n. 2), N 364 ss.

³⁵ Voir VENTURA (n. 2), N 656 ss.

³⁶ Voir VENTURA (n. 2), N 586 ss.

³⁷ La thèse en présente quatre, mais pour une question de place, ici, les deux premières sont traitées ensemble. Elles sont de toute façon liées : la reconnaissance et l'égalité et le dépassement de la liberté de croyance doivent en effet être compris ensemble.

- 1) *Le dépassement de notre vision actuelle de l'égalité.* Nous entendons par là que nous reconnaissons que l'égalité doit être plus qu'un principe en droit suisse, mais doit être considérée comme un droit dont découlent des obligations de comportement³⁸. En effet, notre vision actuelle limite la justiciabilité et les prétentions en matière d'égalité aux cas de discriminations couverts par l'art. 8 al. 2 Cst. féd. Ce n'est pas suffisant pour lutter efficacement contre les structures sociales et les comportements qui perpétuent les schémas d'inégalité. Insérer dans nos pratiques des obligations de comportement visant à promouvoir l'intégration et à prendre en compte les différences pour anticiper la discrimination est nécessaire. L'égalité a depuis trop longtemps été reléguée au rang des droits fondamentaux secondaires, et elle doit retrouver une place dans nos raisonnements juridiques³⁹. En parallèle de cela, notre vision centrée autour des libertés doit évoluer.
- 2) *L'acceptation d'un processus.* Si la vision de l'égalité est réaffirmée, cela implique que nous revoyions également notre manière de la protéger et de la promouvoir. Incorporer l'accommodement raisonnable suppose que l'on accepte un processus de dialogue et de recherche de compromis⁴⁰, ce qui n'existe actuellement pas dans le paysage des droits fondamentaux suisses. Cette incorporation serait toutefois en ligne avec la jurisprudence européenne⁴¹, qui permettrait à la fois d'éviter les conflits et de renforcer l'égalité.
- 3) *L'incorporation à une norme juridique existante.* La Suisse n'est pas un État de *common law*, et il est nécessaire de trouver un ancrage juridique satisfaisant sur lequel pourrait prendre appui l'accommodement raisonnable⁴². C'est sans surprise que notre choix s'est porté sur l'art. 8 al. 2 Cst. féd. qui interdit la discrimination. Si une révision de celui-ci était possible, elle ne nous semble pas nécessaire. Une évolution de son interprétation se prêterait mieux à l'accommodement raisonnable et à la liberté qu'il suppose pour les autorités. En partant de la jurisprudence sur celui-ci, nous avons montré qu'une évolution serait possible si l'utilisation du « contexte socio-historique⁴³ » était développée. Afin de convaincre que cette évolution est possible, nous avons proposé trois revisites d'arrêts du Tribunal fédéral sous le prisme de l'accommodement raison-

nable⁴⁴. Cet exercice de style permet notamment à la lectrice et au lecteur de se rendre compte concrètement de l'implication que pourrait avoir l'accommodement raisonnable dans l'ordre juridique suisse.

VI. Conclusion

L'accommodement raisonnable est une obligation de processus menant au dialogue entre deux parties, afin de renforcer l'égalité et l'intégration de la partie accommodée. Au Canada, l'accommodement est devenu un réflexe dans tous les cas de discrimination, et aux États-Unis, une base jurisprudentielle solide continue de se développer autour de la notion. La notion d'accommodement raisonnable est toutefois (quasi) inconnue en Europe, et en droit suisse notamment. Elle mérite toutefois que l'on s'y attarde. Pour son caractère individuel et concret, pour la grande liberté laissée aux parties et pour sa volonté éminemment sociale de renforcer l'intégration et l'égalité de tous et toutes. En Suisse, l'égalité n'a pas évolué depuis plus de vingt ans, mais la discrimination reste une question quotidienne. Il est nécessaire de revisiter notre approche de l'égalité et de promouvoir une société intégrative et diversifiée. Juridiquement, cela devrait passer par une revaloriser de l'art. 8 Cst. féd. et de ses implications. Y rattacher une obligation de processus, de dialogue et de recherche de compromis, telle que l'accommodement raisonnable, permettrait à la Suisse d'affirmer une volonté d'accepter et de défendre ses diversités pour une meilleure égalité de tous et toutes.

³⁸ VENTURA (n. 2), N 629 ss.

³⁹ VENTURA (n. 2), N 632 s.

⁴⁰ VENTURA (n. 2), N 656 ss.

⁴¹ VENTURA (n. 2), N 657.

⁴² VENTURA (n. 2), N 675 ss.

⁴³ VENTURA (n. 2), N 725 ss.

⁴⁴ VENTURA (n. 2), N 738 ss.