

KARIN CALITZ Université de Stellenbosch

<sup>1</sup> [2014] 35 ILJ 406 (SCA). [2014] 35 ILJ 908 (SCA).

<sup>2</sup> A. Rycroft, « Business Needs, Cultural Beliefs and Fairness » *ILJ*, 2014, n° 35, pp. 908-914.

<sup>3</sup> 2008 2 BCLR 99 (CC).

Jusqu'à quel point peut-on exiger d'un employeur qu'il compose avec les pratiques religieuses ou culturelles des employés sur leur lieu de travail ? D'après des décisions récentes de tribunaux sud-africains, il semblerait que la justice attende des employeurs qu'ils fassent un effort supplémentaire dans une Afrique du Sud multiculturelle. À travers ces décisions, la tension inhérente entre les intérêts des employeurs, dans la gestion de leurs entreprises, et les droits à la liberté de culte et de culture des employés, protégés par la Constitution, a été projetée sur le devant de la scène.

Dans l'affaire *Kievits Kroon Country Estate v. Mmoledi*<sup>1</sup> (ci-après *Kievits*), une salariée (qui supervisait la cuisine d'un hôtel/centre de conférence) a demandé à son employeur de lui accorder cinq semaines de congé sans solde pour pouvoir suivre une formation afin de devenir guérisseuse traditionnelle (*sangoma*). L'employeur n'était prêt à lui accorder qu'une semaine de congé car il s'agissait d'une période de forte activité et que l'entreprise était en manque de personnel. Malgré la décision de l'employeur, la salariée s'est tout de même absentée. Cependant, elle avait remis à son employeur une lettre du *sangoma* qui allait la guider tout au long de l'initiation qu'elle allait suivre. Cette lettre expliquait que les ancêtres de la salariée lui avaient demandé de suivre l'initiation et que si elle ignorait cet appel, elle pourrait tomber malade ou même mourir. L'employeur n'ayant pas jugé cette excuse valable a licencié la salariée pour faute professionnelle, puisqu'elle n'avait pas respecté les instructions qu'il lui avait donné et ne s'était pas présentée sur son lieu de travail pendant la durée de sa formation.

La Cour suprême d'appel a estimé que le licenciement était injuste car la salariée croyait sincèrement qu'elle pouvait mourir si elle n'obéissait pas à ses ancêtres et qu'il était donc justifié qu'elle n'ait pas respecté l'ordre donné par son employeur. La Cour a eu recours à une analyse subjective selon laquelle il n'est pas nécessaire d'apporter des preuves pour justifier l'existence d'une pratique culturelle ou religieuse essentielle à la religion, ou pour prouver qu'il s'agit d'une pratique obligatoire. Cette approche subjective a été critiquée par certains universitaires<sup>2</sup> mais elle reflète l'approche de la Cour constitutionnelle dans l'affaire MEC for Education : *Kwazulu-Natal v Pillay*<sup>3</sup> (ci-après *Pillay*).

Dans l'affaire *Kievits*, la Cour suprême d'appel a insisté sur le fait que les employeurs devaient être plus sensibles aux différentes cultures et religions présentes sur le lieu de travail, et sur le fait que cet employeur aurait dû prendre le temps de comprendre les croyances profondes de la salariée. L'employeur aurait dû chercher

des alternatives, par exemple en trouvant une autre période de l'année plus propice à un départ en congé. Dans cette affaire, l'opposition entre une culture occidentalisée (celle de l'employeur) et les croyances traditionnelles autochtones de la salariée était évidente. Le jugement a été critiqué en raison du fait que la cour semblait exiger de l'employeur qu'il accorde la même importance à une lettre de *sangoma* qu'à un certificat rédigé par un médecin agréé<sup>4</sup>.

Dans l'affaire *Department of Correctional Services v Popcru*<sup>5</sup> (ci-après *Popcru*), le nouveau directeur du centre pénitentiaire de Pollsmoor avait ordonné à tous les gardiens de porter les cheveux courts au nom de l'ordre et de la discipline. Trois salariés de culture rastafarien et deux salariés de culture Xhosa n'ont pas obtempéré. Ils ont par la suite été licenciés pour faute professionnelle au motif de la désobéissance. Les salariés ont répliqué que leur religion rastafarienne et culture Xhosa respectives exigeaient qu'ils portent des dreadlocks et que leur employeur avait fait preuve d'une discrimination injuste à leur encontre pour des raisons religieuses, culturelles et de genre (il n'avait pas été demandé aux femmes employées qui portaient des dreadlocks de se couper les cheveux). La Cour suprême d'appel a déclaré que l'ordre apparemment neutre (celui demandant à tous les hommes de porter les cheveux courts) avait un impact différent sur les rastafariens et les salariés de culture Xhosa. L'employeur avait donc fait preuve de discrimination à l'encontre de ce groupe d'employés. En essayant de déterminer si le port de cheveux courts était un prérequis inhérent à la profession et si la discrimination était justifiable du point de vue du *Labour Relations Act*<sup>6</sup>, la cour a estimé que l'employeur était incapable de prouver que les cheveux courts étaient propices à l'ordre et à la discipline. La cour a déclaré :

« Une règle n'est pas justifiée si elle constitue une restriction à une croyance religieuse – et donc évidemment, par extension, à une croyance culturelle – qui n'interfère pas avec la capacité du salarié à accomplir ses tâches, qui ne menace pas la sécurité publique ou les autres salariés et qui ne cause pas de difficultés indues à l'employeur... Aucun lien rationnel n'a été établi entre l'objectif prétendu de la discrimination et la mesure qui a été prise ».

Le message judiciaire de tolérance à l'égard des autres cultures des affaires *Kievits* et *Popcru* a aussi été mis en avant dans l'affaire *Pillay*, dans laquelle la Cour constitutionnelle a déclaré que dans la société sud-africaine, la diversité est une caractéristique qui doit être préservée, et qu'une exception aux règles habituelles doit être permise dans une optique d'équilibre des intérêts des deux parties.

<sup>4</sup> A. Rycroft, « Business Needs, Cultural Beliefs and Fairness », *op. cit.*, p. 916.

<sup>5</sup> [2013] ZASCA 40.

<sup>6</sup> Loi n°66 de 1995.

