

ÉTUDES

p. 6 Jean Michel Servais

Droit international du travail et règlement des conflits transnationaux du travail

p. 16 Supriya Routh

Réseaux de solidarité et syndicalisme : une ressource pour les travailleurs informels en Inde ?

p. 28 Michel Miné

Interventions d'instances non juridictionnelles internationales : Brefs propos concernant la situation de la République Hellénique

p. 40 Leopoldo Gamarra Vílchez

Le droit du travail et la sécurité sociale au Pérou : Évolutions et défis de ces vingt dernières années

p. 50 Mathias Nyenti

Accès à la justice dans la sécurité sociale sud-africaine : vers un système efficient et efficace

p. 58 Sylvaine Laulom

La réception par la Cour de cassation française des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales

p. 68 Tania Bazzani

La protection contre le chômage en temps de crise au Danemark, en Italie et en Espagne

p. 80 Errico Urbani, Dominic Roux et Marie-Josée Legault

Les effets de l'institutionnalisation d'une culture de règlement à l'amiable des conflits de travail au Québec sur l'accès à la justice et l'effectivité du droit du travail

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : LES DISCRIMINATIONS RELIGIEUSES ET RACIALES

p. 93 Allison Fiorentino (coord.)

José Luis Gil y Gil (Espagne), Rosane Martins Padilha (Brésil),
Mélania Samson et Christian Brunelle (Canada)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

- | | | |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------|
| p. 120 Algérie | p. 142 Fédération de Russie | p. 164 République Tchèque |
| p. 122 Argentine | p. 144 France - Sécurité Sociale | p. 166 Roumanie |
| p. 124 Autriche | p. 146 France - Travail | p. 168 Royaume-Uni |
| p. 126 Bulgarie | p. 148 Grèce | p. 170 Serbie |
| p. 128 Canada (Québec) | p. 150 Hongrie | p. 172 Slovénie |
| p. 130 Chili | p. 152 Japon | p. 174 Tunisie |
| p. 132 Conseil de l'Europe | p. 154 Lituanie | p. 176 UE - Protection Sociale |
| p. 134 Côte d'Ivoire | p. 156 OIT | p. 178 UE - Travail |
| p. 136 Cour Interaméricaine
des Droits de l'Homme | p. 158 Pays-Bas | p. 180 Uruguay |
| p. 138 Espagne | p. 160 Pologne | |
| p. 140 États-Unis | p. 162 République du Congo
(Congo Brazzaville) | |



ÉTUDES

**JURISPRUDENCE SOCIALE
COMPARÉE**

COORDONNÉE PAR
ALLISON FIORENTINO



LES DISCRIMINATIONS RELIGIEUSES ET RACIALES

ALLISON FIORENTINO,

Maître de Conférences à l'Université de Clermont-Ferrand
Centre de recherche Michel de L'Hospital (EA 4232)

CHAPITRE INTRODUCTIF



Qui n'a pas pensé à la phrase attribuée à André Malraux, à propos de la religion¹, à la lecture du contentieux de l'année 2013 ? Tant sur la scène nationale qu'internationale, les prétoires ont été animés par des débats relatifs aux problèmes juridiques soulevés par la religion du salarié.

Tout d'abord, sur un plan international, nul ne peut ignorer les quatre arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme le 15 janvier 2013². Ces affaires opposaient des citoyens britanniques à leur État d'origine. Seule une demanderesse obtint gain de cause auprès de la Cour de Strasbourg. Mme Eweida, chrétienne pratiquante et salariée d'une compagnie aérienne avait été licenciée pour avoir refusé d'ôter le crucifix qu'elle portait autour du cou. Le juge national avait considéré que le motif du licenciement n'était pas critiquable mais n'avait pas suffisamment mis en balance les intérêts de l'entreprise et ceux de la requérante. Cette approche a été sanctionnée par la Cour européenne. L'employeur peut promouvoir, dans un souci de consensualisme, une image de laïcité mais il ne peut interdire totalement le port d'insigne religieux. En outre, le juge européen a été sensible à l'attitude particulièrement discriminante de l'employeur qui licenciat une salariée pour avoir porté le crucifix mais avait toléré que d'autres salariés revêtent le hidjab ou un turban.

Pour autant, la Cour européenne reconnaît la légitimité de l'interdiction d'un insigne religieux lorsque l'employeur peut se prévaloir d'un intérêt légitime pour imposer une telle mesure. Ainsi, une infirmière d'un service gériatrique, Mme Chaplin, avait également été licenciée car elle refusait d'enlever un crucifix autour de son cou. L'employeur lui avait fait valoir que le port de cet insigne pouvait être dangereux car des patients atteints de démence pouvaient le lui arracher.

¹ « Le XXI^{ème} siècle sera religieux ou ne sera pas ». La paternité de cette phrase fut attribuée à André Malraux par quelques auteurs parmi lesquels le pape JEAN PAUL II : « André Malraux avait certainement raison de dire que le XXI^e siècle serait religieux ou ne serait pas » *Entrez dans l'espérance*, Plon-Mame, 1994, p. 331. D'autres réfutent vigoureusement le fait qu'il ait écrit ou prononcé cette phrase. C. Tannery, *L'Héritage spirituel de Malraux*, Arléa, 2005, pp. 81-83 ; M. De Saint Cheron, *Malraux : la recherche de l'absolu*, La Martinière, 2004, pp. 20-21.

² Chaplin (req. n° 59842/10), Eweida (req. n° 48420/10), Ladele (req. n° 51671/10) et Mc Farlane (req. n° 36516/10). K. Blay-Grabarczyck, *JCPG* 2013, 180 ; L. Burgorgue-Larsen, *AJDA* 2013, p. 1801 ; G. Gonzalez, *RTDH* 2013, p. 975 ; A. Hamblen, I. Leigh, *Oxford Journal of Law and Religion*, 2014, p. 2 ; F. Laronze, *RDT* 2013, p. 337 ; P. Lokiec, J. Porta, *D.* 2013, p. 1026 ; V. Nivelles, *JSL* 2013, 2013, n° 340, p. 9 ; G. Pitt, *Industrial Law Journal* 2013, p. 398 ; C. Willmann, *Lexbase éd. soc.* 2013, n° 515.

Son entêtement avait été la cause de son renvoi. Ici, la Cour européenne a noté que la liberté de conscience et son corollaire, le droit de porter un insigne, pouvaient être légitimement restreints pour des raisons tenant à l'hygiène et la sécurité. Il en résultait que le licenciement ne méconnaissait pas l'article 9 de la Convention.

Les deux autres affaires posaient une problématique différente : des salariés peuvent-ils refuser de s'acquitter d'une partie de leurs tâches qu'ils jugeraient contraires à leurs croyances ? Mme Ladele était officier d'état civil et devait, notamment, enregistrer des contrats de partenariat (équivalent britannique du PACS) entre des couples homosexuels. M. Mac Farlane exerçait les fonctions de conseiller dans un organisme qui proposait des thérapies conjugales. S'arcbutant sur les préceptes de leur religion qui condamne l'homosexualité, les deux salariés refusèrent d'exécuter leurs fonctions dès lors qu'il s'agissait d'unir ou d'aider à l'harmonie conjugale entre des partenaires homosexuels. Ils furent licenciés pour ce motif.

La Cour européenne adopta une position bien plus sévère envers ces salariés. En effet, leur attitude caractérisait selon le juge européen une discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Il faut en effet rappeler que la liste non exhaustive des motifs de discrimination énumérés à l'article 14 de la Convention européenne a été complétée en 1999. Depuis sa décision *Salgueiro da Silva Mouta* du 21 décembre 1999, la Cour européenne a clairement posé le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Deux droits s'affrontaient donc : celui de l'article 9 et celui de l'article 14. La Cour a fait prévaloir le second en jugeant justifié le licenciement des salariés auteurs de discriminations.

Le professeur britannique Lucy Vickers avait, d'une certaine manière, anticipé ces deux décisions puisque dans son ouvrage de référence consacré à la liberté religieuse sur le lieu de travail, publié en 2008, elle avait noté que : « Le fait que des distinctions peuvent être établies entre les différents motifs (discriminatoires) suggère que les discriminations ne sont pas toutes égales, et que des hiérarchies peuvent non seulement être inévitables mais également être acceptables ».³ D'une certaine manière, la Cour européenne et le juge britannique, font donc prévaloir l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle sur la liberté religieuse. Ce faisant, il semble qu'en cas de conflit avec un autre droit ou liberté garanti par la Convention européenne ou le droit national, la liberté religieuse revêt une dimension purement passive. Elle se résume à la liberté d'avoir des croyances et de les manifester, dans une certaine mesure, au travers d'insignes religieux.

Si l'on quitte la sphère internationale pour examiner le droit de certains États, là encore on constate que la religion sur le lieu de travail est au cœur d'un contentieux de plus en plus fourni. En France, nul n'a pu échapper à la tempête médiatique qu'a déchaîné l'arrêt dit *Baby-loup* rendu par la Cour de cassation le 19 mars 2013⁴ qui a été amplement commenté⁵ que ce soit pour l'approuver⁶ ou respectueusement le critiquer⁷.

Cette décision concernait une éducatrice exerçant les fonctions de directrice adjointe d'une crèche associative. Au mépris de l'interdiction de porter un insigne religieux, prévue au règlement intérieur, la salariée vint travailler, revêtue du voile islamique. Pour ce motif, elle fut licenciée pour faute grave et contesta cette rupture qu'elle jugeait discriminatoire. Infirmant l'arrêt d'appel qui l'avait déboutée, la Cour de cassation trancha en faveur de la demanderesse. Non seulement les magistrats du Quai de l'horloge critiquèrent l'article du règlement intérieur qui avait servi de fondement au licenciement

³ « *The fact that distinctions can be drawn between the different grounds does suggest that discrimination is not all equal, and that hierarchies may not only be inevitable but may also be acceptable.* » L. Vickers, *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart publishing, 2008, p. 228.

⁴ Cass. Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845.

⁵ J. F Akandji-Kombe, *Dr. ouvr* 2013, p.580 ; F. Canut, *Rev. Lam. Colle. Terr.* 2013, n° 93, p. 49 ; D. Chenu, K. Pfeifer-Chomiczewska, *RJPF* 2013, n° 7, p. 14 ; D. Corrignan-Carsin, *JCPG* 2013, 542 ; I. Desbarats, *JCPS* 2013, 1297 ; H. Peschaud, *LPA* 26 juin 2013, n° 127, p. 7.

⁶ V. notamment P. Adam, *RDT* 2013, p. 385 ; E. Dockes, *Dr. soc.* 2013, p. 388.

⁷ J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Gaz. Pal.* 07/06/2013, n° 158-159, p. 13.

ment mais ils firent également référence dans les visas à la Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt d'appel fut donc cassé et renvoyé.

L'affaire aurait pu s'en arrêter là mais c'était sans compter le refus de plier de la juridiction de renvoi. Le 27 novembre 2013⁸, la Cour d'appel de Paris rejetant la décision de la Cour de cassation considéra que le licenciement de cette salariée était justifié. Un second pourvoi ayant été formé, il faut donc attendre la décision (que l'on espère ultime) de la Chambre sociale.

De l'autre côté de la Manche, en terre d'Albion, les juges britanniques ont dû se prononcer de nouveau, le 5 décembre 2013⁹, sur une affaire relative aux croyances religieuses du salarié. Cette fois-ci, il n'était nullement question d'insigne religieux de travail. Mme Mba, chrétienne pratiquante, refusait de travailler le dimanche. Jusqu'alors son employeur s'était accommodé de son refus mais pour des raisons tenant à l'organisation de l'entreprise, il lui demanda de reconsidérer sa décision et de venir travailler le dimanche. S'entêtant dans son refus la salariée fut sanctionnée. Elle démissionna et saisit un juge afin que ce dernier déclare la rupture imputable à l'employeur, coupable (selon la salariée) d'une discrimination religieuse. Elle fut déboutée.

Cette solution ne surprend nullement dans la mesure où dès 1981¹⁰, la Commission européenne des droits de l'homme¹¹, statuant sur un recours intenté par un salarié britannique, avait décidé que la liberté religieuse n'était pas un droit absolu et l'employeur ne pouvait être contraint d'aménager l'emploi du temps des salariés pour leur permettre de respecter leurs préceptes religieux. Cette décision était relative à un enseignant musulman qui souhaitait s'absenter tous les vendredis afin de pouvoir prier 45 minutes. La Commission réitéra sa position quelques années plus tard¹² à propos d'une salariée britannique qui refusait de travailler le dimanche. L'instance européenne ajoutant même que la salariée était libre de démissionner si les conditions d'exercice de son métier étaient une entrave à sa liberté religieuse.

Prenant acte de cette jurisprudence, le juge britannique avait décidé, en 2005¹³ qu'un salarié ne pouvait se prétendre victime d'une discrimination religieuse si son contrat était rompu en raison de son refus de travailler le dimanche. L'arrêt du 5 décembre 2013 n'a donc pas étonné outre mesure les juristes. Il est, en revanche, intéressant de noter que le juge a pris soin d'utiliser l'approche suggérée par la Cour européenne dans l'arrêt *Eweida*. Il a en effet mis en balance l'intérêt de l'entreprise et celui du salarié. L'employeur était une instance publique en charge d'enfants nécessitant des soins particuliers. Exiger que certains de ses salariés, dont la requérante, travaillent le dimanche était un moyen proportionné d'atteindre un objectif légitime.

L'année 2013 a également mis à l'honneur le thème de la religion dans le contentieux d'un autre pays de *common law*: les États-unis. Le droit américain se distingue du droit britannique sur plusieurs points, notamment parce qu'il reconnaît à la charge de l'employeur une obligation d'accommodement raisonnable. Le devoir d'accommodement raisonnable a été initialement créé en 1966 par l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), structure instituée par le Congrès afin de surveiller l'application sur le lieu de travail de la loi *Civil Rights Act 1964* qui prohibe, notamment les discriminations religieuses.

⁸ CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981 ; J. F Akandji-Kombe, *CSBP* 2014, n° 260, p. 90 ; B. BOSSU, *JCPS* 2013, 1474 ; J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Gaz. Pal.* 07/01/2014, n° 5-7, p. 22 ; J. Couard, *RJPF* 2014, n° 1, p. 25 ; M. Hautefort, *JSL* 2014, n° 357, p. 26 ; F. Laronze, *Dr. soc.* 2014, p. 100 ; P. Mbongo, *JCPS* 2013, act., 486 ; J. Mouly, *D* 2014, p. 65 ; J. E. Ray, *Dr. soc.* 2014, p. 4 ; C. Willman, *Lexbase éd. soc.* 2013, n° 550.

⁹ *Mba v London Borough Of Merton* [2013] EWCA Civ 1562. <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/mba-v-lb-of-merton.pdf>

¹⁰ *Ahmad v United Kingdom* (1981) 4 EHRR 126.

¹¹ Avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11, cette instance avait le rôle d'un filtre et décidait si les recours des particuliers pouvaient être transmis à la Cour européenne.

¹² *Stedman v UK* (1997) 23 EHRR CD 168

¹³ *Copsey v Devon Clays Ltd* [2005] EWCA Civ 932

Le Congrès entérina cette innovation le 24 mars 1972 en ajoutant dans la loi *Civil Rights Act 1964* une définition du terme « religion » rédigée en ces termes : « Le terme « religion » inclut tous les aspects de l'observance et de la pratique religieuses, (...), à moins qu'un employeur démontre qu'il ne peut pas s'adapter raisonnablement à une observance religieuse ou à une pratique de l'employé sans difficulté anormale pour la gestion de l'entreprise¹⁴ ».

L'accommodement raisonnable impose non pas un simple devoir d'abstention mais une obligation d'action. Ce n'est plus seulement un acte négatif qui est imposé par la loi (absence de discrimination), l'employeur se doit de ménager les croyances de ses salariés. En pratique cela conduit à des situations qui débordent très largement de la simple question du port de l'insigne religieux. C'est l'apparence physique du salarié, telle qu'elle est voulue par sa religion, que l'employeur doit respecter, au besoin à dérogeant au règlement de son entreprise.

En 2013 deux affaires américaines illustrèrent parfaitement ce propos. La première concerne un employé musulman d'une chaîne de restauration rapide qui demanda à son employeur le droit de faire pousser sa barbe conformément à ses croyances religieuses. Il se heurta à un refus de la direction qui imposait à tous ses salariés masculins d'être imberbes. Outre ce refus, il fut licencié peu de temps après, sa hiérarchie ayant été irritée par son insistance. À la demande du salarié, l'EEOC intenta une action en justice à l'encontre de l'employeur pour discrimination religieuse. Ce dernier ne souhaitant s'exposer ni à une condamnation ruineuse ni à une publicité négative accepta en décembre 2013¹⁵ de transiger et de verser 50 000 dollars de dommages et intérêts au salarié. Outre cette indemnité, l'employeur dû faire amende honorable et s'engager à l'avenir à mieux former son personnel de direction pour le sensibiliser au problème de la discrimination religieuse¹⁶.

La seconde affaire concerne également une salariée d'une chaîne de restauration rapide qui était chrétienne pentecôtiste. Étant caissière, son employeur lui avait imposé un uniforme composé entre autres d'un pantalon. Hors les croyances religieuses de la salariée lui imposaient de porter une jupe. Là encore elle tenta vainement de faire valoir l'importance de ses croyances auprès de son employeur pour qu'il infléchisse les règles vestimentaires de son entreprise. De même que le salarié musulman, sa requête irrita son employeur et aboutit à la rupture de son contrat de travail. L'EEOC demanda réparation auprès du juge et, là encore, sans attendre une décision qui aurait pu se révéler très coûteuse, l'employeur accepta de transiger et versa 25 000 dollars à son ancienne employée¹⁷.

Le montant des sommes ainsi accordées au terme de la transaction varie en fonction de plusieurs facteurs dont la gravité de l'acte de l'employeur. Un refus d'accommodement peut coûter plusieurs dizaines de milliers de dollars. En revanche un prosélytisme virulent de l'employeur qui tente de convertir ses salariés peut résulter en une transaction d'un montant bien plus élevé. Ainsi en mai 2013 une entreprise a accepté de verser 170 000 dollars à l'un de ses anciens salariés afin d'éviter une condamnation pour discrimination religieuse après avoir licencié un salarié¹⁸. Ce dernier s'était vu intimer l'ordre de suivre des cours dispensés par l'Église de scientologie durant ses heures de travail. Il devait durant ses « séances de formation » se livrer à des actes qu'il jugeait perturbant psychologiquement tels que hurler devant un cendrier ou fixer une personne pendant huit heures sans bouger. Prenant la défense du salarié, l'EEOC intenta une action en justice que l'employeur jugea plus prudent d'écourter au moyen d'une transaction.

Outre le montant important des sommes mentionnées, ces affaires mettent en lumière une interrogation que la jurisprudence française ne s'est jamais posée : l'importance religieuse des règles excipées par le salarié lorsqu'il se prétend victime d'une discrimination ? En effet certaines pratiques peuvent de prime abord sembler cruciales pour une religion mais une analyse plus poussée des dogmes permet de remettre en cause cette idée préconçue. Dès lors une question devient particulièrement gênante : qui dispose de la légitimité suffisante pour décider que telle ou telle règle est réellement requise par la religion ?

¹⁴ Art. 701 (j) *Civil Rights Act 1964*.

¹⁵ <http://www1.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/12-20-13a.cfm>

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ <http://www.courthousenews.com/2013/01/21/burger.pdf>

¹⁸ <http://www1.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/5-9-13.cfm>

Un exemple pourrait être le travail le dimanche. A priori, un chrétien devrait pouvoir affirmer que travailler le dimanche est contraire à la religion chrétienne mais une lecture des textes saints conduit à douter de cette affirmation. Certes l'interdiction de travailler le septième jour est prévue par le livre de l'Exode¹⁹ mais rien n'est précisé quant à ce septième jour. C'est l'empereur Constantin I^{er}, converti au christianisme qui, par un décret de 321²⁰, a imposé dans l'empire romain que le jour de repos hebdomadaire corresponde au dimanche. Ce choix n'est pas anodin car Constantin, qui a longtemps été un monothéiste païen adorateur de la divinité Sol Invictus (fêtée le dimanche)²¹, a souhaité faire correspondre le jour du repos chrétien au jour de célébration de son ancien dieu. Le repos dominical n'est donc pas un commandement divin mais relève du bon vouloir d'un empereur dont les édits étaient la manifestation d'un pouvoir temporel et non spirituel.

Cependant d'autres pourraient arguer que le dimanche revêt néanmoins un caractère sacré en raison des références particulières qui lui sont faites dans la bible et des écrits relatifs à la liturgie des premiers chrétiens. Ainsi, le Christ est ressuscité le premier jour de la semaine²² [ici entendu comme le dimanche]²³ et est apparu après sa mort à ses disciples le soir de ce même jour²⁴ et pris un repas avec eux²⁵. En outre, des auteurs très anciens font du dimanche le jour de la célébration religieuse. Ainsi Saint Ignace, évêque d'Antioche, écrivait vers l'an 107 « Ceux qui vivaient selon l'ancien ordre des choses sont venus à la nouvelle espérance, n'observant plus le sabbat mais le dimanche, jour où notre vie s'est levée par le Christ et par sa mort »²⁶. De même vers 150 Saint Justin écrivait : « Le jour qu'on appelle jour du soleil, tous ceux qui vivent dans les villes ou à la campagne s'assemblent en un même lieu, et on y lit les mémoires des apôtres ou les écrits des prophètes »²⁷. Cela fait dire au professeur Willy Rordorf « la thèse adventiste selon laquelle le culte dominical aurait été introduit par l'Église de Rome comme réaction antijuive et d'après le modèle païen du culte solaire, apparaît bien branlante »²⁸.

Ajoutons à cela que parmi les chrétiens certains considèrent que le jour du Seigneur est le samedi et non le dimanche (les adventistes du 7^{ème} jour)²⁹ et l'on comprendra pourquoi il n'est pas aisé pour un juge de savoir quelle règle est importante pour les pratiquants de telle ou telle religion. Les juges américains ont contourné cette difficulté en exigeant que le salarié informe l'employeur de la pratique religieuse qui entre en conflit avec l'environnement de travail. Il doit également demander explicitement un accommodement raisonnable. S'il ne procède pas de la sorte en usant de cette « mise en demeure préalable », son action en dommage et intérêt a peu de chance de prospérer. Il n'appartient pas à l'employeur ou au juge de discuter le caractère religieux de la règle en question.

¹⁹ « Mais le septième jour est le repos de l'Éternel ton Dieu. Tu ne feras aucun travail, ni toi, ni ton fils, ni ta fille, ni ton esclave, ni ta servante, ni ton bétail, ni l'étranger qui habite chez toi. » Exode 20-10.

²⁰ D. Perron, *Histoire du repos dominical: un jour pour faire société*, Harmattan, 2010, p. 38.

²¹ Cette adoration est particulièrement flagrante lorsque l'on examine les pièces frappées à l'effigie de l'empereur qui comportaient sur l'une des faces des références à Sol Invictus même après 312 et sa victoire du pont Milvius qui aurait occasionné sa conversion au christianisme. B. Lançon, T. Moreau, *Constantin: Un Auguste chrétien*, Armand Colin, 2012, p. 40.

²² Marc 16.

²³ Aussi paradoxal que cela puisse sembler, le dimanche a longtemps été considéré comme le premier jour de la semaine. La septième édition du Dictionnaire de l'Académie française le présentait comme tel. *Dictionnaire de l'Académie française*, vol. 1, 7^{ème} éd. 1878, p. 546 Disponible sur le site <https://archive.org/details/dictionnaire187901acad>.

²⁴ Jean 20,19. Luc 24.

²⁵ Luc 24.

²⁶ Épître aux magnésiens, partiellement reproduit par : D. Rigaux, *Le Christ du dimanche : Histoire d'une image médiévale*, L'Harmattan, 2005, p. 24.

²⁷ L. Pautigny, *1^{ère} apologie de saint Justin, Texte grec, traduction française*, Alphonse Picard et Fils, éditeurs, Paris 1904, § 67, p. 143. Numérisation BnF : <http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1121309>.

²⁸ W. Rordorf, *Liturgie, foi et vie des premiers chrétiens: études patristiques*, Editions Beauchesne, 1986, p. 42.

²⁹ Joseph Bates, cofondateur et premier théologien de l'Église adventiste du septième jour, était un fervent partisan du respect du sabbat. Il était tellement convaincu que la volonté divine était de respecter le repos le samedi qu'il publia en 1846 un court ouvrage à ce sujet : *Seventh day Sabbath, a perpetual sign*. Voir G.R. Knight, *A Brief History of Seventh-Day Adventists*, Review and Herald Pub Assoc, 1999, p. 40.

La récente décision d'une juridiction fédérale, rendue le 1^{er} octobre 2013³⁰, rappelle aux salariés que cette information conditionne la validité de leur plainte ultérieure. Une postulante à un emploi chez Abercrombie & Fitch est venue le jour de l'entretien, la tête couverte d'un hijab noir. Hors le code vestimentaire de l'entreprise est très strict concernant l'apparence des salariés. Tout vêtement noir est interdit et il en va de même de ce qui pourrait couvrir la tête des salariés. La postulante savait cela car elle en avait discuté avec le manager mais à aucun moment elle n'a fait valoir son droit à demander un accommodement raisonnable pour pouvoir porter le hijab en dépit des règles vestimentaires.

Elle ne fut pas engagée et appris peu de temps après que cela était dû au fait qu'elle avait porté ce vêtement. Le *EEOC* saisit le juge et avait bon espoir de voir l'employeur condamné ou, à tout le moins que ce dernier accepte une transaction. Il n'en fut rien. Le juge considéra que la postulante n'avait pas demandé un accommodement et que son employeur éventuel pouvait donc penser, au moment de l'entretien, que ce morceau de tissu était porté pour une raison culturelle et non religieuse. La décision peut surprendre tant il semble évident, même à un non juriste, que le hijab est une insigne religieuse. Encore faut-il que le salarié soulève de lui-même le conflit entre sa pratique religieuse et une règle de l'entreprise.

Cette exigence permet au juge américain d'éviter l'intervention d'autorités religieuses qui transformerait les prétoires en un lieu de débats théologiques.

Ces trois systèmes : français, britannique et américain ont donc été confrontés au délicat problème de l'équilibre entre les droits du salarié et ceux de l'entreprise. Chaque fois le juge est l'acteur du système juridique qui confère au droit la flexibilité nécessaire pour prendre en considération ces deux intérêts. Afin de mettre en lumière la diversité de la réponse prétorienne face à un tel dilemme, nous avons souhaité présenter plus longuement les jurisprudences de deux autres pays : brésilien et espagnol.

D'abord Mme Rosane MARTINS PADILHA, ancienne avocate au Barreau de Brasília, expose les difficultés que la pratique religieuse peut susciter dans la relation de travail au travers de l'examen de deux arrêts rendus par le Tribunal supérieur du travail.

Ensuite, la question de la liberté religieuse sur le continent américain ayant fait l'objet de réponses diverses par le juge, il nous a semblé pertinent de clore cette chronique par une étude portant sur un droit européen : celui de l'Espagne. Le professeur José Luis GIL Y GIL explique dans son article la position jurisprudentielle à propos de la rupture du contrat du travail des enseignants de religion et de morale catholiques en raison de la révocation de la déclaration ecclésiastique d'aptitude.

Enfin nous avons souhaité évoquer une problématique voisine de celle des discriminations religieuses, qui apparaît également de manière récurrente au contentieux : celle des discriminations raciales. Les professeurs canadiens Mélanie SAMSON et Christian BRUNELLE présentent un tour d'horizon jurisprudentiel afin d'éclairer le lecteur sur cette question.

³⁰ *EEOC v. Abercrombie & Fitch*, No. 11-5110 (10th Cir. Oct. 1, 2013)

José Luis Gil Y Gil

Faculté de droit, Université d'Alcalá
Professeur de droit du travail

LA RUPTURE DU CONTRAT DU TRAVAIL DES ENSEIGNANTS DE RELIGION ET DE MORALE CATHOLIQUES EN RAISON DE LA RÉVOCATION DE LA DÉCLARATION ECCLÉSIASTIQUE D'APTITUDE

La rupture du contrat de travail en raison de la révocation de la déclaration ecclésiastique d'aptitude à enseigner des cours de religion et de morale catholiques, dans des cas tels que le mariage avec une personne divorcée, a conduit à des litiges, qu'ont eu à traiter les juges et les tribunaux de la juridiction sociale et, parfois, la Cour constitutionnelle¹ et la Cour européenne des droits de l'homme².

¹ Dans un cas de non-renouvellement du contrat de travail d'une enseignante séparée et avec un nouveau partenaire, la décision de la Cour Constitutionnelle 38/2007 du 15 février a jugé valable l'exigence de l'aptitude ecclésiastique comme condition d'accès aux emplois des enseignants de religion dans les établissements d'enseignement public, mais elle exige que la déclaration d'aptitude ou sa révocation soit respectueuse des droits fondamentaux des salariés. La Cour constitutionnelle a maintenu la même doctrine dans les décisions 80 à 90/2007 du 19 avril et 128/2007 du 4 juin. De même, l'arrêt de la Cour constitutionnelle 51/2011 du 14 avril a déclaré que le non-renouvellement en tant qu'enseignante de religion pour se marier, sans se conformer aux normes du droit canonique, constitue une atteinte au droit de ne pas être victime de discrimination en raison de la situation personnelle, à la liberté idéologique en connexion avec le droit de se marier selon la forme légalement établie, et au respect de la vie de famille.

² L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 15 mai 2012, *Martínez Fernández contre l'Espagne*, requête n° 56030/07, a examiné s'il y avait eu une atteinte au droit à la vie privée protégé par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) dans un cas de non-renouvellement du contrat de travail d'un enseignant de religion et de morale catholiques, ancien prêtre marié, père de cinq enfants, à la suite de la publication d'un article dans le journal *La Verdad*, de Murcie. Le reportage faisait état du mouvement *Pro Célibat Optionnel* des prêtres, dont le requérant était membre. Une photo de ce dernier et de sa famille illustrait l'article qui exposait le désaccord de ce mouvement avec les positions de l'Église relatives à l'avortement, au divorce, à la sexualité ou au contrôle de la natalité. Le prêtre, José Antonio Fernández Martínez, était enseignant de religion depuis six ans. Lorsque le reportage fut publié en novembre 1996, l'évêque décida de ne pas accorder à l'enseignant, pour l'année 1997-1998, la déclaration ecclésiastique d'aptitude, nécessaire au renouvellement de son contrat. Le prêtre contesta la décision mais l'arrêt de la Cour constitutionnelle 128/2007 du 4 juin rejeta le recours de protection (*recurso de amparo*). Le salarié saisit alors la CEDH. La question posée était celle de savoir si l'Etat était tenu de faire prévaloir le droit du requérant découlant de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) sur le droit de l'Église découlant des articles 9 (droit à la liberté de religion) et 11 (liberté d'association) et si l'Etat avait offert une protection suffisante au requérant. La Cour a considéré que les circonstances qui ont motivé le non-renouvellement du contrat du requérant étaient de nature strictement religieuse et que les exigences des principes de liberté religieuse et de neutralité l'empêchaient d'aller plus avant dans l'examen relatif à la nécessité et à la proportionnalité de la décision de ne pas renouveler son contrat d'enseignant. La Cour a considéré qu'en ne renouvelant pas le contrat du requérant, les autorités ecclésiastiques se sont acquittées, dans le cadre de leur autonomie religieuse, des obligations découlant du droit canonique. Enfin, dans la mesure où les candidats aux postes de professeurs de religion postulent librement, il serait déraisonnable de ne pas prendre en compte leurs convictions religieuses comme critère de sélection, afin de protéger le droit à la liberté religieuse dans sa dimension collective. La Cour considère donc qu'il n'y a pas eu une violation du droit au respect de la vie privée. L'arrêt a une grande importance, étant le premier licenciement d'un enseignant espagnol de religion et de morale catholiques jugé par la Cour de Strasbourg. La CEDH a reconnu le recours du requérant, et a renvoyé l'affaire devant la Grande Chambre. À propos de cet arrêt, cf. Gil, José Luis, "La no renovación del contrato de trabajo de un sacerdote secularizado y casado, profesor de religión y moral católica: Comentario a la STEDH de 15 de mayo de 2012, *caso*

Conformément à l'accord du 3 janvier 1979 entre l'État espagnol et le Saint-Siège relatif à l'enseignement et aux affaires culturelles, l'enseignement religieux catholique dans les niveaux d'enseignement non universitaire sera assuré chaque année scolaire par des personnes désignées par l'autorité académique parmi celles proposées par l'évêque diocésain. L'évêque diocésain doit communiquer, suffisamment à l'avance, les noms des enseignants et des personnes considérées comme compétentes pour ce type d'enseignement (art. 3). Le problème se pose si l'autorité ecclésiastique propose des personnes n'appartenant pas au personnel enseignant de l'administration³.

Jusqu'en 1999, le ministère de l'éducation n'avait aucun lien juridique avec les enseignants du primaire et du secondaire et ne leur payait pas leur salaire. Le 9 septembre 1999, un accord fut signé entre la Conférence des Évêques d'Espagne et le Gouvernement par lequel l'État acceptait de financer l'enseignement de la religion catholique dans le primaire et le secondaire.

Dès l'année 2002, en statuant sur les pourvois en cassation aux fins d'unification de la jurisprudence, la Cour suprême a défini le statut juridique des enseignants de religion catholique n'appartenant pas au corps des enseignants des écoles publiques comme une relation de travail de nature contractuelle qui les liait aux établissements dans lesquels ils intervenaient⁴. Le Ministère de l'éducation jouissait donc du statut d'employeur. Cependant, et en raison des stipulations de l'accord entre l'État espagnol et le Saint-Siège, il s'agissait d'une relation à durée déterminée, pour une année scolaire, temps pour lequel les enseignants étaient proposés par l'évêque. L'absence de renouvellement d'une proposition d'un enseignant pour la prochaine année scolaire n'était pas considérée comme un licenciement, mais comme une rupture du contrat de travail à l'expiration du délai convenu.

La loi organique 2/2006 du 3 mai sur l'éducation (LODE) a prévu une réglementation spécifique de ces contrats, mais sans qualifier la relation de travail de spéciale. Selon la disposition supplémentaire 3^{ème} de la LODE, l'embauche des enseignants non fonctionnaire se fera selon des critères d'égalité, de mérite et de capacité. Le renouvellement des enseignants de religion sera automatique, et le retrait de la déclaration ecclésiastique d'aptitude, le cas échéant, « doit se conformer au droit ». Le décret royal 696/2007 du 1^{er} juin, réglementant la relation de travail des enseignants de religion visée par la disposition supplémentaire 3^{ème} de la LODE, prend en compte la doctrine de l'arrêt de la Cour constitutionnelle 38/2007 du 15 février 2007⁵. Il définit certains critères objectifs sur le mérite et la capacité du candidat, tels que l'expérience pédagogique, les qualifications académiques, ou les cours de formation et de perfectionnement, qui doivent être évalués par l'administration pour l'accès des enseignants au poste (art. 6). Il prévoit également la rupture du contrat « par révocation conforme au droit de l'accréditation ou de l'aptitude à enseigner des cours de religion de la part de la confession religieuse qui l'avait accordée » (art. 7).

Dans le nouveau système de recrutement établi par la disposition supplémentaire 3^{ème} de la LODE, la relation qui lie les enseignants de religion à l'administration est à durée indéterminée, avec renouvellement automatique de la déclaration ecclésiastique d'aptitude, sauf retrait « conforme au droit ». Auparavant, la relation était à durée déterminée. Elle se terminait avec l'expiration de la période d'un an, et le renouvellement n'était pas automatique, mais dépendait de la volonté unilatérale de l'évêché. En principe, il n'était pas nécessaire de justifier le non-renouvellement.

Pour évaluer le bien-fondé juridique de la doctrine établie par les tribunaux, il convient de s'arrêter à deux particularités du statut juridique et de la prestation de travail des enseignants de religion et de morale catholiques : l'exercice des pouvoirs de l'employeur (1) et l'obligation de bonne foi (2).

Fernández Martínez contra España, demanda 56030/07", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 30, 2014, à paraître.

³ Sur le statut des enseignants de religion, cf. Motilla, Agustín, "La enseñanza de la religión en los centros educativos", in Porras, J.M. (coord.), *Derecho de Libertad Religiosa*, 2^{ème} édition, Tecnos, Madrid, pp. 223-248, spécialement les pp. 235-243, où les règles et la jurisprudence en la matière sont synthétisées.

⁴ Cf., par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du 7 mai 2004 (Ar. 4154).

⁵ Cf note 1.

I - L'exercice des pouvoirs de l'employeur

Du point de vue de celui qui commande et reçoit la prestation de services, l'un des principaux éléments du statut juridique des enseignants de religion est la dissociation de la condition d'employeur. L'administration et la hiérarchie ecclésiastique partagent les pouvoirs de l'employeur. D'une part, l'administration engage et paie les enseignants de religion, qui sont soumis au régime disciplinaire général de l'établissement⁶. De l'autre, la hiérarchie ecclésiastique a les facultés prévues par l'accord du 3 janvier 1979 entre l'État espagnol et le Saint-Siège relatif à l'enseignement et aux affaires culturelles. L'éducation religieuse est assurée par les personnes qui, pour chaque année scolaire, sont désignées par l'autorité académique parmi celles proposées par l'évêque diocésain pour exercer cet enseignement. L'évêque diocésain doit communiquer, suffisamment à l'avance, les noms des enseignants et des personnes jugées compétentes à cet enseignement (art. III).

L'approbation de la hiérarchie catholique est reflétée dans la déclaration ecclésiastique d'aptitude. Il appartient à la hiérarchie ecclésiastique d'établir le contenu de l'enseignement et de la formation religieuse catholique, ainsi que de proposer les manuels scolaires et les matériaux didactiques relatifs à ce type d'enseignement et formation (article VI, premier alinéa). Dans le cadre de leurs compétences respectives, la hiérarchie ecclésiastique et les organes de l'État doivent veiller à ce que l'éducation et la formation soient dispensées correctement (art. VI, deuxième alinéa)⁷.

Il est vrai que la doctrine de la *Tendenzbetrieb* c'est-à-dire de l'entreprise idéologique ou de tendance s'applique, d'une manière claire et indiscutable, à l'Église, confession ou communauté religieuse qui embauche des travailleurs pour la réalisation de ses missions, par exemple dans le domaine de l'éducation. Si, dans une école privée jésuite, l'un des enseignants exprime publiquement des opinions jugées hétérodoxes, il appartient à la Compagnie de Jésus d'en tirer les conséquences qui s'imposent quant au sort du contrat de travail. La solution est identique lorsque l'évêque a le pouvoir d'attribuer ou non l'aptitude, et que l'administration embauche et paie les enseignants de religion.

Sans aucun doute, certains vont critiquer cette dissociation des pouvoirs découlant de la mise en œuvre de l'accord avec le Saint-Siège, entre l'évêque qui octroie la déclaration ecclésiastique d'aptitude, et l'administration qui embauche et paie. A l'inverse, d'autres considèrent qu'elle sert à garantir l'aptitude des enseignants et le droit des parents à l'éducation religieuse de leurs enfants, sans compromettre la neutralité de l'État. Quoi qu'il en soit l'Église catholique agit comme une entreprise idéologique ou de tendance au moment de décider d'accorder ou non la déclaration ecclésiastique d'aptitude, en vertu d'une proposition exclusive et obligatoire, et les tâches effectuées par l'enseignant de religion restent de nature religieuse ou spirituelle, bien que l'administration assume le rôle de l'employeur à des fins de travail.

L'accord avec le Saint-Siège donne à l'Église catholique le droit de proposer des personnes qui peuvent fournir une éducation religieuse, et pas de les nommer. La proposition n'implique pas la transformation de l'administration publique en une entreprise de tendance, car celle-ci ne développe pas une tendance ou des idées métaphysiques, mais elle exécute, suivant les termes convenus, une coopération avec l'Église catholique dans l'éducation. La tentative d'assimiler pleinement la position de l'enseignant de religion à d'autres enseignants qui travaillent pour l'administration est vouée à l'échec. Si l'État s'immisçait davantage et désavouait la décision discrétionnaire de l'évêque diocésain, il porterait atteinte à la liberté religieuse de l'Église catholique dans sa dimension collective.

D'un autre côté, dans un État de droit, la discrétion ne peut pas tourner à l'arbitraire. À cet égard, pour garantir le droit du salarié à une protection juridictionnelle effective, il est essentiel que les autorités ecclésiastiques justifient leur décision, afin de permettre le contrôle ultérieur par les juges et les tribunaux⁸. Les organes de l'État doivent veiller à ce

⁶ Article VI, dernier alinéa, de l'accord du 3 janvier 1979 entre l'État espagnol et le Saint-Siège relatif à l'enseignement et aux affaires culturelles.

⁷ L'arrêt de la Cour Suprême de Justice de Murcie du 26 février 2001 (AS 302) note qu'il existe un « patron spirituel », l'évêque ou la hiérarchie de l'Église, qui est le mandant, et un « employeur matériel ou temporel », l'administration, qui est dans une position intermédiaire.

⁸ Cf. l'arrêt de la CEDH du 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italie*, n° 39128/05. En droit espagnol, le contrat de travail peut se ter-

que l'exercice des pouvoirs de l'autorité ecclésiastique, même fondé sur une raison de nature religieuse, n'impose pas une restriction disproportionnée aux droits fondamentaux et libertés publiques des salariés. Et, bien sûr, ils peuvent contrôler les actes d'exercice du pouvoir qui sont basés sur d'autres raisons, non liées à la sphère religieuse, et qui portent atteinte aux droits fondamentaux et libertés publiques des salariés. Telle est la doctrine retenue dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle 38/2007 du 15 février, et qui fait sienne la portée de la décision de la CEDH du 15 mai 2012⁹.

II - Obligation de bonne foi

Du point de vue du salarié, la prestation de services des enseignants de religion et de morale catholiques demande la réunion de conditions professionnelles, que l'Église peut exiger, et se traduit également par une obligation renforcée de bonne foi et de loyauté à l'éthique de l'organisation¹⁰. Le salarié assume ces fonctions librement et volontairement. Ainsi, il existe un régime spécifique concernant une éventuelle discrimination dans l'emploi. A la différence de ce qui se passe dans une relation de travail neutre, et pour protéger les droits fondamentaux de l'Église et des parents des élèves, l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques de l'enseignant de religion est conditionné et limité par l'obligation de bonne foi¹¹.

À cet égard, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a prévu un régime spécifique concernant la discrimination fondée sur la religion¹². Elle admet la licéité des distinctions que peuvent imposer les Églises et les autres organisations publiques et privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, quand il s'agit d'établir une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Ce texte permet également de requérir des personnes travaillant pour elles « une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation » [art. 4].

Bien que les exigences religieuses dans l'exercice d'une activité professionnelle soient déjà incluses implicitement dans le régime général de justification de la différence de traitement relative à l'exigence professionnelle « essentielle et déterminante », les États membres de l'Union Européenne ont jugé utile de renforcer et d'élargir cette protection en matière religieuse¹³. Pour ce faire, ils se sont probablement inspirés des principes dégagés par la Commission Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Rommelfanger c. RFA*¹⁴. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 4.2 pose le principe d'une obligation générale « de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Parce qu'elle vise non seulement l'organisation elle-même, mais aussi son « éthique », l'obligation générale « de bonne foi et de loyauté » va plus loin que ce qu'exigerait une relation de travail fondée exclusivement sur un lien contractuel « neutre ». Il y va de la bonne prise en compte de la double dimension - contractuelle et spirituelle - de la relation de travail existant au sein des Églises. Parce

miner « par révocation conforme au droit de l'accréditation ou de l'aptitude à enseigner des cours de religion de la part de la confession religieuse qui l'avait accordée », aux termes de l'article 7 b) du décret royal 696/2007 du 1^{er} juin.

⁹ Point 81 de l'arrêt de la CEDH du 15 mai 2012, *Martínez Fernández c. Espagne*.

¹⁰ À mon avis, la bonne foi et la loyauté sont synonymes. Dans le langage juridique, la bonne foi est susceptible d'avoir deux significations: une croyance erronée ou un comportement loyal. La dichotomie se retrouve également dans d'autres distinctions doctrinales, comme celles qui opposent la bonne foi subjective à la bonne foi objective, ou la bonne foi du contractant à la bonne foi contractuelle. Cf. Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Mergablum, Edición y Comunicación, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2003, pp. 103 ss.

¹¹ Ainsi l'arrêt de la CEDH du 15 mai 2012, *Martínez Fernández c. Espagne*, a remarqué qu'il n'est pas déraisonnable d'exiger une obligation accrue de loyauté envers les enseignants de religion : cf. point 85.

¹² La CEDH a fait référence à la directive, entre autres, dans les arrêts du 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98; 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n° 43577/98 et 43579/98; 13 décembre 2005, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n° 15250/02; 13 novembre 2007, *D. H. et autres contre la République Tchèque*, n° 57325/00, et 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, n° 32526/05.

¹³ Dans le reste du paragraphe, je suis le raisonnement du European Centre for Law and Justice, "Observations écrites en tierce intervention présentées dans l'affaire n° 56030/07, *José Antonio Fernández Martínez contre l'Espagne*", 2010, pp. 2 et 3.

¹⁴ Commission Européenne des Droits de l'Homme, 6 septembre 1989, n° 12242/86, *Rommelfanger c. RFA* : DR, n° 62, p. 151.

que cette double dimension est difficile à appréhender par le droit, le caractère contractuel de la relation étant souvent dans les faits subordonné à sa dimension spirituelle, et comme absorbé par elle, c'est au regard des exigences de la liberté de religion et de conscience que la relation de travail doit être appréciée.

Ainsi, dans la pratique, les juges et les tribunaux doivent effectuer une analyse casuistique pour déterminer si le salarié méconnaît l'obligation de bonne foi ou, au contraire, exerce un droit fondamental ou une liberté publique¹⁵. En mettant en balance les droits en conflit, la jurisprudence de la CEDH tient en compte des circonstances telles que la nature de la relation¹⁶. De cette façon, lorsque des conflits surgissent dans les relations entre les ministres et leur confession, l'autonomie des Églises acquiert toute sa force et le contrôle, même s'il existe, est minime¹⁷. Néanmoins, la CEDH n'a pas consacré une *ministerial exception* à la protection des droits de l'homme à caractère individuel, comme l'a fait la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt du 11 janvier 2012¹⁸.

Quand il s'agit d'un laïc, la nature des tâches effectuées, la participation dans la gestion¹⁹ et la transmission de la foi de la confession²⁰ revêtent une importance particulière pour déterminer l'existence d'une obligation renforcée de bonne foi et de loyauté, avec la restriction corrélative des droits du salarié. Le fait que les divergences ou les critiques soient faites en public, en particulier à travers les médias est également pris en compte²¹. Pour évaluer l'importance ou la gravité de l'inexécution, sont aussi importants le caractère volontaire ou le degré de conscience du travailleur et de l'impact des faits sur la crédibilité du message de l'entité religieuse²². Enfin, pour juger de l'impact de la décision de rupture sur la situation personnelle des personnes concernées, d'autres facteurs peuvent être considérés, comme l'âge, la durée de la relation ou les possibilités ultérieures de trouver rapidement un emploi convenable²³. En somme, les critères mentionnés ont une efficacité relative, et conduisent à un système moins catégorique, clair et sûr, mais aussi plus casuistique, flexible et probablement plus juste, que celui du système juridique américain²⁴.

¹⁵ Cfr. Calvo, Francisco Javier, y Feria, Iluminada R., "Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", comunicación presentada a las 31 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales *Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012, in <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/comunicaciones-a-las-ponencias>, pp. 16 y ss.

¹⁶ Commission Européenne des Droits de l'Homme, 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. RFA*, n° 12242/86, et arrêts de la CEDH du 31 janvier 2012, *Pastorul Cel Bun c. Roumanie*, n° 2330/09, point 78, et du 15 mai 2012, *Fernández Martínez c. Espagne*, point 83.

¹⁷ Cf., parmi d'autres, les arrêts de la CEDH du 6 décembre 2011, *Andreas Baudler c. l'Allemagne*, n° 38254/04, et *Roland Reuter c. l'Allemagne*, n° 39775/04.

¹⁸ Cfr. Supreme Court of the United States, No. 10-553, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, January 11, 2012, 565 U.S. (2012). Sur ce point, cf. Smet, Stijn, "Fernández Martínez v. Spain: Towards a 'Ministerial Exception' for Europe?", <http://strasbourgobserver.com>, 24 May 2012, lequel croit que l'arrêt de la CEDH du 15 mai 2012 préconise un « categorical balancing », au lieu d'insister sur un plus minutieux « ad hoc balancing » ou un « real balancing exercise ». Au contraire, Calvo, Francisco Javier, et Feria, Iluminada R., *op. cit.*, pp. 10 et ss., considèrent que la CEDH n'assume pas la *ministerial exception* américaine, mais en citant l'arrêt de la CEDH du 31 janvier 2012, *Pastorul Cel Bun c. Roumanie*, n° 2330/09, dont la doctrine a changé l'arrêt de la CEDH du 9 juillet 2013, sur le même sujet, rendu par la Grande Chambre. Cf. aussi les considérations de Navarro, Rafael, "Relaciones Laborales y libertad religiosa", *Iustel*, Diario del Derecho, Estudios y comentarios, 27 de enero de 2012.

¹⁹ Arrêt de la CEDH du 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, point 48.

²⁰ Arrêt de la CEDH du 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, point 69.

²¹ Cf., par exemple, Commission Européenne des Droits de l'Homme, 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. RFA*, n° 12242/86, et arrêt de la CEDH du 15 mai 2012, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07, point 86.

²² Arrêts de la CEDH du 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, points 48, 50 et 51 ; 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02, points 44 et 46 ; 31 janvier 2012, *Pastorul Cel Bun c. Roumanie*, n° 2330/09, point 82, et 15 mai 2012, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07, points 86 et 87.

²³ Arrêts de la CEDH du 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, point 48 ; 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, point 73 ; 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02, point 44, et 15 mai 2012, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07, point 88.

²⁴ Calvo, Francisco Javier, y Feria, Iluminada R., *op. cit.*, p. 18.

ROSANE MARTINS PADILHA

Ancienne avocate au Barreau de Brasília, Brésil

Ancienne assesseure au Tribunal Supérieur du Travail au Brésil

Doctorant en droit du travail (franco-brésilien)-Université de Bordeaux

LES MANIFESTATIONS DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DANS LA RELATION DE TRAVAIL AU BRÉSIL

La religion et la liberté religieuse occupent une place très importante dans la vie privée de l'individu ainsi que dans la vie professionnelle du salarié brésilien.

Deux arrêts rendus par le Tribunal supérieur du travail (la plus haute Cour fédérale du travail du Brésil-TST)¹, sont particulièrement révélateurs des difficultés que la pratique religieuse peut susciter dans la relation de travail, qu'il s'agisse de l'adaptation des horaires de travail à une pratique religieuse ou du port des signes religieux au travail.

Mais avant d'analyser ces arrêts (II) et pour mieux en saisir la signification, il est indispensable de présenter le contexte socio-historique dans lequel se manifeste la liberté religieuse au Brésil (I) et sa relation avec la laïcité.

I - Laïcité et liberté religieuse au Brésil

La religion occupe une place très importante dans la société brésilienne : c'est un véritable fait social.

Dans sa façon quotidienne de parler, le brésilien invoque sans cesse « Dieu »², qu'il ait ou non des racines judéo-chrétiennes. Le phénomène religieux fait partie de l'identité du brésilien et la religion est même élevée par la doctrine et la jurisprudence au rang de valeur culturelle³.

Toutefois, malgré cette « confession déiste de foi », quotidiennement et expressément manifestée par les brésiliens, l'État brésilien est laïc.

La Constitution et la législation encouragent cependant une sorte de « religiosité », et sa manifestation. C'est pourquoi la doctrine affirme que la liberté religieuse (a.2) est aussi une forme d'expression culturelle et facteur d'intégration de l'individu dans la société⁴.

¹ Le Brésil est une République fédérale composée de 4 catégories de personnes morales distinctes avec des compétences et autonomie budgétaires diverses : l'Union, les États-membres, le District fédéral et les Communes. Le Brésil est divisé en 26 États-membres : Acre, Alagoas, Amapa, Amazonas, Bahia, Ceara, Espirito Santo, Goias, Maranhao, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Para, Paraíba, Parana, Pernambuco, Piaui, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondonia, Roraima, Santa Catarina, Sao Paulo, Sergipe, Tocantins et un District fédéral. (Art. 18 de la Constitution du Brésil).

² Dorénavant nommé seulement Dieu : le Jehova judéo-chrétien.

³ Aloisio C. Santos Junior, *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, RJ, 2013, p.230 et s.

⁴ Ingo W. Sarlet, *Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988*. RT 101/923, 09/2012, pp. 221-238. Jayme Wein-

Il convient en effet de relever l'existence d'une forme de « tolérance constitutionnelle » permettant la libre manifestation des convictions religieuses comme en attestent les préambules de quasiment toutes les Constitutions du Brésil qui se sont succédées : ce que la doctrine appelle la « laïcité brésilienne » (A) ⁵.

A - Laïcité au Brésil

Au Brésil, comme en France, l'État est laïque, c'est à dire neutre à l'égard de la religion ⁶, depuis 1890 (Décret 119-A du 7 janvier 1890).

Le principe de la séparation des églises et de l'État inscrit dans l'art. 19, I, de l'actuelle Constitution fédérale du Brésil de 1988 interdit à l'Union, aux États-membres, au District fédéral et aux Communes d'établir des cultes religieux ou des églises, de les subventionner, d'entraver leur fonctionnement, d'entretenir avec elles ou leurs représentants des relations de dépendance ou d'alliance, sans préjudice, selon les formes de la loi, d'une collaboration d'intérêt public. L'art. 150, VI, « b » confère une immunité fiscale aux temples religieux ⁷.

Malgré cette laïcité expressément proclamée, le constituant protège, voire encourage, (c'est qui peut sembler contradictoire, d'où l'expression employée par la doctrine de « laïcité brésilienne ») la libre manifestation de l'expression religieuse dans la Constitution. Ce qui se constate à travers diverses dispositions qui autorisent **l'enseignement religieux dans les écoles publiques** ⁸ (pendant la période d'enseignement fondamental⁹) reconnaissent les mêmes effets au mariage civil et au mariage religieux¹⁰, ou encore autorisent le droit à des **lieux de culte et de liturgies et le droit à l'assistance religieuse**, dans les établissements civils et militaires d'internement collectif.

Le **Préambule de la Constitution fédérale** du Brésil invoque expressément la protection de Dieu dans les termes suivants : « *Nous, les représentants du peuple brésilien ... promulguons, sous la protection de Dieu, la présente Constitution de la République fédérative du Brésil* ».

Le Suprême Tribunal Fédéral (STF), (la plus Haute juridiction constitutionnelle) a affirmé que le Préambule de la Constitution fédérale¹¹ n'a pas valeur constitutionnelle, car « il indique la position idéologique du constituant », ainsi que « des proclamations ou exhortations à l'organisation politique, judiciaire, sociale et des principes, droits et libertés garantis par la Constitution ».

Donc, selon le STF, le Préambule qui invoque « Dieu » ne lie pas les autres Constitutions des États-membres bré-

gartner Neto, *Liberdade religiosa na Constituição- fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Liv.Advogado, 2007, p. 108 et Valério Oliveira, et Aldir G Mazzuoli. *Direito à liberdade religiosa :desafios e perspectivas para o séc. XXI*. Forum, BH, 2009, p. 49 et s.

⁵ Cette tradition semble trouver racine dans la première et unique Constitution monarchiste du Brésil de 1824 qui affirmait à l'art. 5, que la religion catholique était la religion officielle de l'Empire. Les autres manifestations religieuses étaient autorisées là où résidaient les croyants. Toutefois, toute manifestation publique dans les lieux publics, tels que les parcs, les théâtres, ainsi que dans les temples était interdite.

⁶ La doctrine brésilienne proclame que la neutralité effective de l'État se manifeste par la tolérance religieuse dans la manifestation de penser, agir, croire et d'exprimer de sa foi. Antônio B. Goncalves, *Estado democratico de direito laico e a neutralidade ante a intolerancia religiosa*. Rep.IOB, n° 14/2012, pp. 514-529.

⁷ Ingo W. Sarlet, *op cit.*, pp. 221-238.

⁸ Art. 210. Le contenu de l'enseignement fondamental est défini de manière à assurer une formation de base commune et le respect des valeurs culturelles et artistiques nationales et régionales. §1 L'enseignement religieux, facultatif, est une discipline dispensée dans le cadre des horaires normaux des écoles publiques de l'enseignement fondamental.

⁹ L'enseignement fondamental démarre à l'âge de 7 ans et a une durée de 9 ans.

¹⁰ Art. 226. La famille, base de la société, bénéficie d'une protection spéciale de l'État. § 2. Le mariage religieux produit des effets civils, selon les termes de la loi.

¹¹ STF/ADI-2076/AC, Rapp. Juge Carlos Velloso, j 8.8.2003.

siliens à faire de même car il ne contient pas de force normative, mais un message idéologique¹², un sentiment déiste et religieux¹³.

Le texte signale expressément qu'il n'y a pas une croyance en une religion spécifique mais en Dieu¹⁴.

Et enfin, l'art. 22 de la Constitution confère à l'Union la compétence, qui peut être déléguée aux États membres et aux Communes, pour fixer des jours fériés religieux. Ainsi, par la Loi 9.093, du 12 de septembre 1995, l'Union leur a délégué compétence pour légiférer en la matière : ils peuvent instituer jusqu'à 4 jours fériés y compris le jour férié du vendredi saint.

Nous constatons donc que la « laïcité brésilienne » n'implique pas une atteinte quelconque à la liberté religieuse, au contraire, elle l'encourage, comme nous allons le démontrer (B).

B - Liberté religieuse au Brésil

Pour saisir ce qu'est la liberté religieuse au Brésil, il faut appréhender le contexte socio-culturel-historique brésilien¹⁵.

Le Brésil, ancienne colonie portugaise, a subi une forte influence de la religion catholique. Les missions dirigées par les jésuites assuraient la conversion au catholicisme des peuples autochtones, ce qui justifiait la colonisation et la présence des Portugais.

Outre les manifestations de religiosités populaires, le Brésil admet des cultes et messes, des crucifix dans les services publics et dans les entreprises privées. Des billets de banque¹⁶ invoquent le nom ou la protection de Dieu ou font mention d'un verset biblique ; les signes ostentatoires d'appartenance à une religion, sont, en règle générale, bien tolérés par les brésiliens.

Ces aspects n'ont pas été ignorés par la législation constitutionnelle et infra constitutionnelle brésilienne qui appréhende la liberté religieuse comme étant un droit de la personnalité.

La liberté religieuse ainsi que ses manifestations ne doivent pas être dissociées du contexte socio-historique brésilien : une atteinte à la liberté d'expression peut donc être ressentie comme une atteinte à la dignité de l'individu.

La liberté religieuse est garantie par l'actuelle Constitution brésilienne, dans l'art. 5, VI, VII et VIII qui proclame :

1/ la liberté de conscience et de croyance est inviolable; le libre exercice des cultes religieux est garanti, ainsi que la protection des lieux de culte et des liturgies (art. 5, VI) ;

2/le droit à l'assistance religieuse est garanti dans les établissements civils et militaires d'internement collectif, selon les termes de la loi (art. 5, VII) ;

3/nul ne peut être privé de ses droits en raison de son adhésion à une croyance religieuse ou de son attachement à une conviction philosophique ou politique, sauf s'il les invoque pour se soustraire à une obligation légale imposée à tous et refuse d'accomplir le service de substitution prévu par la loi (art. 5, VIII).

La liberté religieuse comprend et protège la liberté de culte, d'opinion, de réunion de pensée, de croyance et de mani-

¹² Aloisio C. Santos Junior, *op. cit.*, pp. 230-265.

¹³ Ingo W., *op. cit.*, pp. 221-238. Neto, *op. cit.*, pp. 184-212.

¹⁴ Valério Oliveira, et Aldir G Mazzuoli, *op.cit.*, p.47 et s.

¹⁵ Aloisio C Santos Junior, *op. cit.*, pp. 202-265.

¹⁶ Tous les billets (espèces) en circulation au Brésil font mention d'un verset biblique ainsi que d'une invocation du nom de Dieu (judéo-chrétien), à savoir : « Dieu soit loué ».

festation religieuse; la protection des lieux de culte, le droit à l'assistance religieuse et la liberté de n'adhérer à aucune religion.

Sont considérées comme des formes de manifestation d'expression de la liberté religieuse au Brésil¹⁷ :

- le prosélytisme ;
- la tenue vestimentaire au sens large (vêtements, barbe, etc.) signes et symboles religieux¹⁸;
- l'expression individuelle ou collective de la religiosité dans les temples et lieux publics ;
- l'assistance religieuse¹⁹.

La liberté religieuse n'est pas une liberté absolue. Elle trouve ses limites dans l'ordre public (intérêt général) et les bonnes mœurs.

Portent atteinte à la liberté d'expression : le harcèlement; le prosélytisme abusif (y compris le discours de haine)²⁰; l'atteinte à la loi et aux droits et libertés d'autrui, afin de faire prévaloir une religion en particulier.

La loi sanctionne ces comportements soit en raison de la liberté religieuse, soit en raison du principe de la dignité qui impose la tolérance et le respect de tous les êtres humains indépendamment de leur religion²¹.

II - Les manifestations de la liberté religieuse dans la relation de travail au Brésil

Nous venons d'examiner comment la liberté religieuse est perçue dans la société brésilienne, son importance dans la formation de l'identité culturelle et sociologique de l'individu, avec des manifestations dans la vie privée e/ou professionnelle des brésiliens²².

Il convient à présent d'envisager des manifestations contentieuses à l'occasion de litiges ayant conduit à des décisions rendus par les TST, TRT, Tribunal de Justice et Conseils de la Magistrature et de Justice qui abordent la question de l'adaptation des horaires de travail à une pratique religieuse (A) et le port des signes religieux au travail (B).

A cette occasion, il sera intéressant d'effectuer une comparaison entre l'Administration publique et le secteur privé en matière de tolérance patronale et de liberté religieuse.

¹⁷ Jayme Weingartner Neto, *op.cit.*, p. 184 et s.

¹⁸ Les symboles religieux sont considérées par la jurisprudence du Brésil comme des objets de décoration; un symbole très important dans son histoire culturelle; des composants de la culture brésilienne (*infra*).

¹⁹ La loi 9982 du 14 juillet 2000 règlemente l'assistance religieuse dans les hôpitaux publics et privés et les prisons civils et militaires.

²⁰ Ce sont toutes les formes d'expression qui propagent, incitent, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance y compris l'incitation à la haine fondée sur des motifs religieux, à quoi on peut assimiler l'incitation à la haine sur la base d'une distinction entre croyants et non-croyants Disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/Manuel_discours_haine_FR.pdf consulté le 5 avril 2014. Jayme Weingartner Neto, *op.cit.*, pp. 306-322. Aloisio C. Santos Junior, *op.cit.*, p. 147 et s.

²¹ *Infra*.

²² Valério Oliveira, et Aldir G Mazzuoli, *op.cit.*, p.211 et s.

A- Le travail les samedis

Dans l'Administration publique :

Au nom du principe d'égalité et d'impartialité qui guident l'Administration publique, la justice fédérale (compétente pour juger les litiges dans lequel figure l'Administration publique) déboute, la plupart du temps, toutes les demandes de changement d'horaires et de jours de travail en raison de croyance religieuse, sans que cela porte atteinte à la liberté religieuse du salarié car un tel changement pourrait révéler une forme de partialité ou d'inégalité de traitement à l'égard des autres fonctionnaires.

Le Supérieur Tribunal de Justice²³ a déjà précisé que la liberté religieuse ne confère pas à celui qui relève d'une religion pratiquée le samedi, le droit au congé le samedi. Ni les obligations religieuses du salarié, ni ses croyances religieuses ne peuvent imposer, au nom de la liberté religieuse, des obligations envers l'Administration publique²⁴.

L'intérêt général prévaut en effet dans l'Administration publique.

Dans l'entreprise privée :

À l'inverse de la solution précédente, le TST semble encourager la tolérance dont l'employeur doit faire preuve envers la religion du salarié.

Dans un jugement, le TST confirme la décision d'un Tribunal Régional²⁵ qui a considéré comme étant injustifié le licenciement d'un salarié pour faute grave²⁶.

En l'espèce, une salariée, employée dans un supermarché, a été embauchée pour travailler les jours ouvrables y compris éventuellement les samedis.

Pendant l'exécution de son contrat de travail, la salariée a adhéré à une religion qui interdit le travail le samedi. Elle a donc demandé à son employeur que tous ses congés hebdomadaires lui soient accordés le samedi.

Si, dans un premier temps, l'employeur a accédé à sa demande, il s'est rapidement rendu compte que cela désorganisait le système de travail pratiqué dans le supermarché; pour cette raison il a décidé qu'elle n'avait plus le droit de s'absenter tous les samedis.

Face à la position adoptée par son employeur, la salariée a décidé d'être absente les samedis, sans se justifier autrement que par sa pratique religieuse.

L'employeur l'a licenciée par faute grave, pour manque de probité, selon l'art. 482, « a » de la Consolidation des Lois du Travail du Brésil (CLT)²⁷.

Toutes les instances saisies par la salariée ont confirmé que le licenciement pour manque de probité était une sanction disproportionnée à la faute commise, surtout parce que l'employeur lui avait, dans un premier temps, accordé les congés hebdomadaires qu'elle réclamait (faisant preuve de tolérance).

²³ L'équivalent de la Cour de cassation, en la matière.

²⁴ RMS-37070/SP-2012/0020565-0, Rapp. Juge Benedito Gonçalves, 1^{er} ch. BO 10/3/2014.

²⁵ Au Brésil, la Justice du Travail est une justice spécialisée, et intègre le Pouvoir judiciaire depuis 1946. Elle est autonome et répartie sur trois degrés de juridiction 1/ premier degré de juridiction : « Vara do Trabalho »; 2/ deuxième degré de juridiction : le Tribunal Régional du Travail; 3/ troisième degré de juridiction : le Tribunal Supérieur du Travail, doté d'une autonomie administrative, financière et d'un corps de juges professionnels spécialisés en droit du travail. Cette juridiction est compétente pour statuer sur tous les aspects du contentieux du travail (à partir d'une relation de travail subordonnée et rémunérée).

²⁶ RR-1885300-38-2008-5-09-0028, Rapp. Juge Marcio Eurico Vitral Amaro, 8^e ch., BO 30/7/2010.

²⁷ Equivalent du Code du travail.

Bien que les juges situent formellement leurs décisions sur le terrain du droit disciplinaire, on peut penser qu'ils imposent implicitement à l'employeur une obligation de tout faire pour adapter les horaires de travail de la salariée à sa foi si cela s'avère possible. C'est ce que la doctrine appelle le « devoir d'accommodement des pratiques religieuses »²⁸, un devoir de tolérance et d'adaptation de tout employeur afin d'éviter la discrimination.

Toutefois la question suscite encore de vifs débats.

Le « devoir d'accommodement » n'est pas perçu de la même manière par les juges du travail brésiliens.

Dans deux affaires portant sur la même question, le Tribunal Régional de Sao Paulo et celui du Mato Grosso ont considéré qu'un tel changement unilatéral du contrat de travail était une faute grave imputable exclusivement à la salariée et justifiant son licenciement disciplinaire pour insubordination (selon l'art. 482, « h » de la CLT) car son droit à la liberté religieuse ne l'exonère pas des obligations contractuelles qui sont les siennes : *pacta sunt servanda*²⁹.

B - Les symboles religieux

1 - Dans l'Administration publique

Les symboles religieux sont considérés par une partie de la jurisprudence comme des objets de décoration³⁰ et un élément de la culture brésilienne. Ils peuvent donc être affichés dans les enceintes des services publics, telles que les salles d'audience, et ce au gré du pouvoir discrétionnaire de l'Administration publique.

En 2007, le Conseil National de Justice (CNJ), organe du Pouvoir Judiciaire, a eu l'occasion d'affirmer que les symboles religieux (des crucifix) affichés dans les tribunaux appartenant au Pouvoir judiciaire représentent des symboles de la culture brésilienne : le crucifix est apaisant; il fait partie des traditions culturelles du Brésil et son affichage dans les espaces publics relève du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Donc, il n'interfère pas dans l'impartialité du juge et ne porte non plus atteinte à la neutralité de l'État.

L'option du CNJ a été claire : il n'y a pas d'identification de l'État laïc brésilien à l'idée religieuse sous-jacente que ce symbole représente.

Contrairement à la décision du CNJ, et en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le Conseil de la Magistrature du Rio Grande do Sul, en 2012, a décidé le retrait de tout symbole religieux des espaces publics dudit Tribunal.

Par ailleurs, le Tribunal de Justice de Sao Paulo a déjà eu l'occasion de juger inconstitutionnelle la loi d'une commune qui obligeait la transcription d'un verset biblique dans tous les documents officiels de ladite commune car cela manifestait une certaine sympathie (de la commune) envers une orientation religieuse, ce qui porte atteinte à la neutralité de l'État prévue à l'art. 19, I de la Constitution.

On constate, à partir de ces exemples, qu'en la matière, les juridictions ont décidé que le port des symboles religieux dans les espaces publics, relève du pouvoir discrétionnaire de chaque Administration publique.

²⁸ En l'occurrence, cette obligation impose à l'employeur de chercher des solutions permettant d'assurer la protection du salarié victime d'une discrimination, de garantir sa dignité et liberté religieuse. L'accommodement doit être raisonnable et ne peut pas imposer à l'employeur une « contrainte excessive » : c'est du cas par cas. Aloisio C Santos Junior, *op. cit.* p. 234 et s.

²⁹ RO-00213-2007-472-02-00-1, Rapp. Juge Rilma Aparecida Hemérito, 10^e ch., BOSP 27/10/2009. RO-20111377506, Rapp. Juge Benedito Valentini, 12^e ch., BOSP 28/10/2011. RO-1278/2001-005-24-004-4, Rapp. Juge Dalma Diamante, j. 22/1/2003.

³⁰ Le Tribunal de Justice de Sao Paulo a accepté une demande de référé afin de rétablir « la décoration originale » de la salle de la Présidence de l'Assemblée législative de l'État de Sao Paulo au motif que le crucifix accroché au mur, ainsi que les autres « objets de décoration » n'empêchent pas le plein exercice du mandat de député de l'État membre en question.

2 - Dans l'entreprise privée

Selon la jurisprudence brésilienne, l'entreprise privée doit accepter que les symboles religieux soient portés sur le lieu du travail (dès lors qu'ils ne portent pas atteinte à l'intérêt général) sous peine de discrimination religieuse, autorisant la réparation par des dommages intérêts³¹.

Ainsi, considérant l'importance et la valeur que portent en eux les symboles religieux, la sixième chambre du Tribunal supérieur de travail³² a jugé recevable le recours d'une salariée portant sur la liberté de manifester sa foi et ses croyances par le port d'un signe religieux (le voile islamique) et a condamné l'employeur à l'indemniser en raison du harcèlement horizontal pour discrimination religieuse³³.

La salariée a affirmé que depuis sa conversion à la foi islamique, elle était victime de discrimination religieuse dans l'environnement du travail, et que, lorsqu'elle portait le voile islamique (hijab) au travail, ses collègues de travail la harcelaient moralement. L'employeur, au vu de ses faits, n'a pas pris de mesures concrètes afin d'y mettre fin.

Déboutée de sa plainte en première et seconde instance (faute de preuves), la salariée a formé un recours (pourvoi) extraordinaire.

Les juges du TST ont accueilli favorablement le recours de la salariée au motif que, si elle n'avait pas été empêchée de porter le voile, du moins avait elle fait la preuve de l'existence d'un traitement discriminatoire de la part de ses collègues de travail en raison de sa religion. Ils en ont déduit que les juges du fond ont débouté à tort la salariée de sa demande car le port du voile est directement lié à ses opinions religieuses dont l'art. 5, VI de la Constitution du Brésil assure le respect.

Le TST a considéré que ces comportements portaient atteinte à « la réserve d'intimité »³⁴ de la salariée de confesser une opinion religieuse – en l'occurrence la religion musulmane – et de la manifester. Ils ont aussi condamné le comportement de l'employeur car il n'a pas pris les mesures nécessaires afin de faire cesser les agissements contre la salariée; ce comportement justifiait donc la réparation du dommage résultant de sa *culpa in vigilando*³⁵.

Ainsi, pour les juges TST, l'atteinte à la liberté religieuse dans l'entreprise est considérée comme une forme de discrimination car elle porte atteinte aux convictions religieuses du salarié et autorise la réparation pour dommage moral.

³¹ Le principe de non-discrimination prévu à l'art. 3^o, IV de la Constitution a été règlementé par les lois n^o 7716, de 1989 et 9459, de 1997 et 9029, de 1995. Cette législation autorise le paiement de dommages intérêts quand la rupture du contrat de travail se fonde sur une forme de discrimination. Sans préjudice d'une éventuelle procédure pénale dont la compétence relève du juge pénal et non du juge du travail. L'art. 208 du Code pénal, protège le sentiment religieux, ainsi que le droit de n'être pas humilié ou vexé dans ses croyances religieuses et le droit à la liberté de culte religieux.

³² RR-37200-77-2006-5-02, Rapp.Juge Aloysio Corrêa, 6^e ch., BO 13/9/2013.

³³ Au Brésil, seul le harcèlement sexuel a été règlementé par la loi. Le harcèlement moral, fruit de la jurisprudence, peut être défini, comme l'exposition prolongée et répétée du salarié à des contraintes, à des agissements, à des pratiques de techniques de management nuisibles ou vexatoires, à des remarques injurieuses, aux moqueries, à la volonté de ridiculiser ou à la mise à l'écart ; à la fixation d'objectifs irréalisables, etc. lesquels portent atteinte à l'honneur, à l'image et à la dignité du salarié.

³⁴ Pour la doctrine brésilienne la « réserve d'intimité, » est le droit au respect de la vie privée, ainsi que le respect pour chacun de ses convictions intimes sous peine d'atteinte à la dignité humaine et à la vie privée du salarié. Jayme Weingartner Neto, *op.cit.* p. 116 et s.

³⁵ Aloisio C Santos Junior, *op. cit.*, pp. 213-217.

MÉLANIE SAMSON

CHRISTIAN BRUNELLE

Faculté de droit, Université Laval, Québec (Canada)

Professeurs de droit du travail

LA PERSISTANCE DE LA DISCRIMINATION RACIALE AU TRAVAIL : LE CAS DU QUÉBEC

Au Canada, l'État fédéral et chacune des juridictions provinciales qui composent la fédération comptent une loi sur les droits de la personne qui vise à enrayer la discrimination, notamment au travail. Le Québec ne fait pas exception. La *Charte des droits et libertés de la personne*¹, adoptée par l'Assemblée législative en 1975, interdit ainsi la discrimination à toute étape de la relation de travail.

Hier peuplé d'une forte majorité de Francophones d'ascendance française, le Québec est aujourd'hui une société de plus en plus diversifiée sur le plan ethnographique. Ces dernières années, la politique d'ouverture à l'immigration promue par les autorités gouvernementales québécoises a largement contribué à la diversification de la main-d'œuvre. À preuve, « [l]a proportion des personnes nées à l'étranger dans la population active a crû chaque année au cours de la période 2006-2013, passant de 11% en 2006 à 14,2% en 2013 »².

Pour ces nouveaux arrivants, l'intégration à la société d'accueil passe d'abord par le travail. Or, leur insertion y est souvent très difficile. D'une part, même en période de relative prospérité, trouver un emploi pose un grand défi. Par exemple, en 2011, le taux de chômage des immigrants atteignait 11,9 % au Québec, soit le double de celui des Québécois nés au Canada (5,6 %) ³. D'autre part, les personnes venues d'ailleurs qui parviennent à trouver du travail sont souvent surqualifiées pour occuper l'emploi obtenu⁴ et touchent des revenus inférieurs par comparaison à la moyenne des natifs⁵.

En 2012, une étude a d'ailleurs montré, de façon éloquent, que les difficultés d'insertion en emploi que rencontrent certains groupes ethniques découlent manifestement des préférences discriminatoires des employeurs⁶.

Ainsi, malgré une législation progressiste qui fait la promotion de l'égalité dans l'accès à l'emploi, la réalité vécue par les minorités visibles est souvent empreinte de discrimination. Un arrêt récent prononcé par la Cour d'appel du Québec met en lumière à quel point ce phénomène peut se manifester ostensiblement.

¹ LRQ, c. C-12 (ci-après : « Charte québécoise »).

² Institut de la statistique du Québec, *État du marché du travail au Québec : Bilan de l'année 2013*, p. 28 [En ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/bulletins/etat-marche-travail-2013.pdf>].

³ Statistique Canada, *Série d'analyses de la population active immigrante : Les immigrants sur le marché du travail canadien, 2008-2011* (rédaction : Lahouaria Yssaad), décembre 2012, p. 15 [En ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/71-606-x/71-606-x2012006-fra.pdf>].

⁴ Mircea Vultur (dir.), *La surqualification au Québec et au Canada*, coll. Sociologie contemporaine, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.

⁵ Institut de recherche et d'informations socio-économiques (IRIS), *L'intégration des immigrants et immigrantes au Québec* (note socio-économique de Mathieu Forcier et Laura Handal), décembre 2012 [En ligne : <http://www.iris-recherche.qc.ca/wp-content/uploads/2012/11/Note-immigration-web.pdf>].

⁶ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées : résultats d'un « testing » mené dans le grand Montréal*, Cat. 2.120-1.31, mai 2012 [En ligne : http://www.cdpcj.qc.ca/publications/etude_testing_discrimination_emploi.pdf].

I - La portée des garanties contre la discrimination raciale

Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, des travailleurs d'origine chinoise ont porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (ci-après : « Commission ») après que le président de l'entreprise pour laquelle ils travaillaient leur ait tenu des propos qu'ils jugeaient racistes et discriminatoires. Saisi du dossier par la Commission, le Tribunal des droits de la personne du Québec a d'abord donné raison aux salariés et a condamné l'entreprise et l'un de ses dirigeants au paiement de dommages moraux et de dommages punitifs⁷. La Cour d'appel du Québec a ensuite confirmé la condamnation au paiement de dommages moraux, mais annulé la conclusion du jugement relative aux dommages punitifs⁸.

Le litige prend naissance après que le propriétaire et président de *Calego international inc.* ait été informé d'un problème d'hygiène et de salubrité dans la cuisine et les toilettes de l'entrepôt de l'entreprise. Sans faire aucune vérification, l'employeur impute le problème à une quinzaine d'employés d'origine chinoise embauchés temporairement par l'intermédiaire d'une agence de personnel – pour la plupart des ingénieurs condamnés à travailler dans cet entrepôt parce qu'incapables de trouver un travail qui corresponde à leurs qualifications! Il décide alors de les convoquer à l'exclusion des autres salariés et, avec l'assistance d'un interprète, leur tient les propos suivants : « *Vous êtes ici au Canada, pas en Chine. Nous prenons des douches et utilisons du shampoing chaque jour, nous lavons nos mains avec du savon, nous tirons la chasse d'eau de la toilette après usage. Ne pissez pas sur le plancher... C'est ici ma cuisine, pas la vôtre. Ma cuisine, je la veux propre. Vous, les Chinois, mangez comme des cochons* » [traduction libre]. La preuve administrée devant le Tribunal des droits de la personne révélera plus tard que la malpropreté de la cuisine et des toilettes mises à la disposition des travailleurs chinois était, en fait, essentiellement attribuable au sur-achalandage de ces installations et au défaut de *Calego* de prendre les mesures adéquates pour y maintenir la propreté⁹.

Les salariés visés réagissent vivement aux propos du président de *Calego*. Insultés et humiliés, ils cessent immédiatement leur prestation de travail et sortent de l'entrepôt. Ils y reviennent ensuite pour exiger des excuses écrites de la part de leur employeur. Devant son refus, ils démissionnent en bloc et portent plus tard plainte auprès de la Commission, alléguant avoir été victimes de discrimination au sens de la Charte québécoise.

L'article 10 de cette Charte offre une protection contre la discrimination fondée sur « la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ». En l'espèce, les travailleurs chinois ont soutenu avoir été l'objet d'une discrimination sur la base de leur « origine nationale ».

Pour qu'un tribunal conclue à la présence de discrimination au sens de cette disposition – laquelle présente, incidemment, une certaine similitude avec l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* – la partie demanderesse doit établir :

- (1) qu'il existe une « distinction, exclusion ou préférence »,
- (2) que cette « distinction, exclusion ou préférence » est fondée sur l'un des motifs énumérés, et
- (3) que la « distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre » le « droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne »¹⁰.

⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, 2011 QCTDP 4.

⁸ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924.

⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, préc., note 7 (§ 433).

¹⁰ Voir notamment : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

Le troisième et dernier élément de cette grille d'analyse invite à combiner l'article 10 de la Charte québécoise avec une autre de ses dispositions. De fait, l'article 10 « ne crée pas un droit autonome à l'égalité »; il « proclame le droit à l'égalité mais uniquement dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garantis » par la Charte¹¹.

En matière d'emploi, l'article 10 peut être invoqué en corrélation avec l'article 16 de la Charte québécoise, qui interdit spécifiquement la discrimination dans « l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne »¹². En l'espèce, les travailleurs ont également plaidé avoir été victimes de discrimination dans la reconnaissance de leur droit à la dignité, protégé par l'article 4 de la Charte¹³. C'est sur la base de ce deuxième argument que le Tribunal des droits de la personne et la Cour d'appel du Québec trancheront en leur faveur.

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a défini la dignité humaine en ces termes :

[...] La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelle qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne [...]¹⁴.

Plus récemment, la même Cour citait avec approbation ces propos tirés d'une décision de première instance :

[l]e manque de respect, le mépris et le traitement dégradant constituent des atteintes à la dignité. Ils doivent atteindre un certain degré pour être sanctionnés sous l'empire de la charte¹⁵.

Cela étant, tant le Tribunal des droits de la personne que la Cour d'appel du Québec vont conclure que « les propos infantilisants sur l'hygiène corporelle adressés aux travailleurs chinois sur un ton arrogant, condescendant et irrespectueux » constituaient « des propos blessants, humiliants, dégradants »¹⁶ et donc inacceptables dans les circonstances. Puisque ces propos ne s'adressaient qu'aux seuls travailleurs chinois et qu'ils étaient en lien avec leur origine nationale, le Tribunal des droits de la personne a rapidement conclu à la présence de discrimination au sens des articles 10 et 4 de la Charte québécoise. Dans ses motifs, la Cour d'appel du Québec se montre cependant plus exigeante. Après avoir reconnu que les propos tenus par le président de l'entreprise constituent une faute au sens du droit civil de la diffamation, la Cour laisse entendre que la démonstration d'un comportement d'un niveau de gravité plus élevé est cependant nécessaire pour conclure à une contravention aux dispositions de la Charte québécoise¹⁷. Selon la Cour, il doit en être ainsi parce qu'« [a]utrement, on banalise[rait] la *Charte* et on multiplie[rait] inconsidérément les poursuites en justice pour obtenir de gros sous et non pour sauvegarder les droits fondamentaux. »¹⁸ Cette précision apportée, la Cour d'appel reconnaît qu'en l'espèce, l'atteinte à la dignité des salariés est telle que « le seuil d'application de la *Charte* a été franchi »¹⁹.

¹¹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 [§ 430]; *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540, 1547 (C.A.).

¹² « 16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. ».

¹³ « 4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. ».

¹⁴ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [§53].

¹⁵ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168 [§116].

¹⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, préc., note 7 [§385].

¹⁷ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 8 [§46 et 48].

¹⁸ *Id.* [§ 50].

¹⁹ *Id.* [§ 51].

Bien que nous soyons d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel du Québec selon laquelle les propos tenus par le président de *Calego* ont porté atteinte au droit des plaignants d'être traités avec dignité, sans discrimination fondée sur leur origine nationale, il nous semble que la voie empruntée pour parvenir à cette conclusion n'est pas à l'abri des critiques. L'article 49 de la *Charte québécoise* offre des voies de recours en cas d'« atteinte illicite » à un droit protégé par la Charte²⁰. Dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs, l'« atteinte illicite » à un droit protégé par la Charte est le plus souvent assimilée à une faute au sens du droit de la responsabilité civile²¹. Estimant qu'« [i]l faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la Charte québécoise, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile »²², la Cour suprême du Canada tend cependant à admettre que certains comportements peuvent constituer une « atteinte illicite » à un droit protégé par la Charte sans toutefois équivaloir à une faute civile. Ainsi, dans le contexte de l'application de la Charte québécoise, la notion d'« atteinte illicite » acquiert progressivement une portée plus large que celle de faute. En laissant entendre dans l'arrêt *Calego* que la démonstration d'une contravention au droit à une égale dignité est une étape supplémentaire et plus difficile à franchir que la démonstration d'une faute civile, la Cour d'appel du Québec va à l'encontre de ce courant jurisprudentiel et déroge apparemment aux enseignements de la Cour suprême voulant que la Charte québécoise reçoive « une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières »²³.

II - Les moyens de défense de l'employeur

Lorsque, comme en l'espèce, le tribunal parvient à la conclusion qu'un employeur a, à première vue, exercé de la discrimination, un renversement du fardeau de la preuve s'opère et il appartient dès lors à cet employeur de prouver le caractère justifié de la mesure discriminatoire qui lui est reprochée. Pour se décharger de ce fardeau, l'employeur tente généralement d'établir que la mesure discriminatoire dont il est l'auteur a une justification réelle et raisonnable. En vertu de l'article 20 de la Charte québécoise, un employeur peut en effet être exonéré de toute responsabilité s'il parvient à démontrer que la différence de traitement dénoncée par la partie plaignante est fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par l'emploi ou, en d'autres termes, qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée²⁴. Pour ce faire, l'employeur doit pouvoir établir que la mesure contestée est rationnellement liée à la poursuite d'objectifs légitimes et qu'elle est raisonnablement nécessaire à l'atteinte de ces objectifs en ce qu'il est impossible pour lui de composer avec les personnes ayant les mêmes caractéristiques que la victime sans subir de contrainte excessive²⁵. C'est ainsi que, à titre d'exemple, le refus d'embaucher une personne âgée ou sourde comme pompier pourrait être considéré comme une atteinte *licite* au droit à l'égalité²⁶. De même, en certaines circonstances, un employeur pourrait être justifié d'imposer le port d'un casque de sécurité, et ce, même si cette mesure est discriminatoire pour les employés qui, en raison de leurs convictions religieuses, souhaitent porter le turban²⁷.

²⁰ « 49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs. »

²¹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 [§122]; *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591 [§49]; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214 [§23]; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64 [§44].

²² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789 [§26].

²³ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., note 21 [§42].

²⁴ « 20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire. »

²⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3.

²⁶ *Lberge c. Montréal (Ville de)*, [1996] 24 C.H.R.R. D /155 (T.D.P.Q.).

²⁷ *Bhinder c. CN*, [1985] 2 RCS 561.

Bien évidemment, l'on conçoit mal comment des propos racistes comme ceux tenus par le président de *Calego* pourraient être justifiés par les exigences d'un emploi. En l'espèce, l'employeur a donc plutôt plaidé l'exercice légitime de sa liberté d'expression, laquelle est garantie par l'article 3 de la Charte québécoise²⁸. Cet argument n'a été retenu ni par le Tribunal des droits de la personne ni par la Cour d'appel du Québec. Dans ses motifs, le juge Morissette de la Cour d'appel souligne que les formes d'expression ne sont pas toutes « sur un même pied d'égalité »²⁹. À ses yeux, une manifestation de colère comme celle à laquelle s'est livré l'employeur ne mérite pas la même protection que des propos portant sur une question d'intérêt public général. Il fait donc sienne la conclusion du Tribunal des droits de la personne selon lequel « [l]e fait d'être contrarié en raison de la perte d'un important contrat, la colère, la mauvaise humeur et le mauvais caractère, ne constitue pas des motifs valables pour exonérer [le président de *Calego*] de l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits et libertés protégés par la *Charte*. »³⁰.

Le juge Morissette accorde, par ailleurs, beaucoup d'importance au fait que les propos discriminatoires aient été tenus dans le cadre d'une relation employeur-employé. À ses yeux, « si le contrat de travail impose à un salarié certaines restrictions à sa liberté d'expression, il n'y a pas de raison pour que des restrictions du même ordre ne visent pas également l'employeur »³¹. Dans les circonstances, les salariés chinois constituaient un auditoire « captif »³². En les convoquant de manière ciblée pour leur tenir des propos fondés sur un stéréotype grossier en lien avec leur origine nationale, le représentant de l'autorité patronale les a contraints à « souffrir silencieusement de se laisser injurier [...] en présence de tiers et à [leur] travail [...] à défaut de quoi il[s] risqu[ai]ent de perdre un emploi précaire qu'il[s] exer[çaient] par nécessité et non par choix. »³³ Ce faisant, il a outrepassé ses droits.

En guise de réparation pour le préjudice subi, le Tribunal des droits de la personne a accordé à chaque plaignant un montant de 7000 \$. La Cour d'appel du Québec a confirmé cette partie du jugement. Elle a cependant annulé la condamnation au paiement de dommages punitifs prononcée par le tribunal de première instance, estimant que la preuve ne permettait pas de conclure que le président de *Calego* avait compris et voulu que la blessure des plaignants soit aussi grave qu'elle s'est avérée l'être³⁴. Dans ce contexte, l'atteinte au droit à l'égalité des plaignants ne pouvait être qualifiée d'« intentionnelle », condition essentielle pour que des dommages punitifs soient accordés sur la base de l'article 49 de la Charte québécoise. Cette dernière conclusion nous paraît discutable. Selon la Cour suprême du Canada, des dommages punitifs peuvent être accordés dès lors qu'une personne raisonnable aurait pu prévoir les conséquences de son geste discriminatoire ou autrement attentatoire à un droit protégé par la Charte³⁵. La Cour d'appel du Québec a, par ailleurs, déjà affirmé qu'il y a des situations dans lesquelles « l'intention de commettre l'atteinte à un droit protégé par la Charte transparaît d'emblée du caractère volontaire du geste posé »³⁶. Tel est le cas, nous semble-t-il, lorsqu'une personne tient des propos racistes³⁷. En l'espèce, le président de *Calego* devait raisonnablement savoir qu'il blesserait les salariés en leur

²⁸ « 3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles [...] la liberté d'opinion, la liberté d'expression... »

²⁹ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 8 (§114).

³⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, préc., note 7 (§398). Dans le même sens, voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lamarre*, 2004 CanLII 48550; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Entreprise conjointe Pichette, Lambert, Somec*, 2007 QCTDP 21; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brisson*, 2009 QCTDP 3.

³¹ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 8 (§115) [renvoi omis].

³² *Id.* (§103).

³³ *Id.* (§104).

³⁴ *Id.* (§ 70 et 72).

³⁵ *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 262 (§121).

³⁶ *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, 372 (C.A.). Ce passage de l'arrêt a été cité avec approbation par la Cour suprême du Canada : *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 (§78).

³⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lamarre*, préc., note 30 (§36); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caumartin*, 2007 QCTDP 22 (§ 102); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Giannias*, 2011 QCTDP 20 (§ 48).

tenant des propos discriminatoires et humiliants. Comme l'a déjà souligné le Tribunal des droits de la personne du Québec, même lorsqu'elle est submergée par la colère, une personne raisonnable ne perd pas « toutes balises relativement à ce qui est permis et ce qui ne l'est pas dans la vie en société »³⁸.

Conclusion

Qu'un employeur use d'insultes à caractère raciste pour exprimer son insatisfaction à des salariés vulnérables qu'il prend pour cible, du seul fait de leur origine nationale, en dit long sur la résistance de certains milieux de travail à observer le principe d'égalité. Malgré l'existence de textes à valeur constitutionnelle ou quasi constitutionnelle qui défendent ce principe, la discrimination marque encore certaines pratiques patronales.

Dans l'affaire *Calego*, les salariés victimes de telles pratiques ne jouissaient pas de la représentation syndicale, l'interposition d'une agence de personnel dans la relation employeur-employé constituant souvent un obstacle important sur la voie de l'accès à la syndicalisation au Québec³⁹. Ainsi, c'est en adressant une plainte de discrimination à la Commission, cet organisme administratif créé par l'État québécois pour assurer la promotion et le respect des principes contenus dans la Charte québécoise, que les salariés chinois finirent par obtenir justice.

Sans banaliser la victoire ainsi acquise, on peut néanmoins regretter que la Cour d'appel du Québec en ait atténué la portée. Tandis que le Tribunal des droits de la personne du Québec avait *ordonné* aux défendeurs :

« [...] de mettre sur pied un programme favorisant l'intégration dans l'entreprise *Calego International* des travailleurs immigrants, dont les travailleurs d'origine chinoise, afin de prévenir toute discrimination fondée sur l'origine ethnique et nationale en milieu de travail, ce programme devant être transmis à la Commission pour approbation; »⁴⁰

la Cour d'appel substituait plutôt le mot « RECOMMANDE » au mot « ORDONNE ». Nous aurions cru, pour notre part, que ce type de mesure proactive – et éducative! – aurait pu contribuer à assainir les rapports entre l'employeur, ses représentants et les employés. Après tout, ne faut-il pas convenir qu'il reste manifestement de l'éducation à faire pour éradiquer la discrimination raciale des milieux de travail?

³⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lamarre, préc.*, note 30 (§38).

³⁹ *Ville de Pointe-Claire c. S.E.P.B.*, [1997] 1 R.C.S. 1015; Anne Pineau, « Conjuguer les relations tripartites et sous-traitance avec travail décent », [2013] 54 *C. de D.* 461.

⁴⁰ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, préc.*, note 8 (§504).