LA NÉCESSITÉ DE PROTÉGER DAVANTAGE LES DROITS D'ASSOCIATION RELIGIEUSE EN MATIÈRE D'EMPLOI

André Schutten a obtenu son diplôme de droit à l'Université d'Ottawa. Son projet de recherche majeur plaidait pour une meilleure protection des droits d'association dans l'emploi à but non-lucratif. Son diplôme de premier cycle en sciences des religions a contribué à façonner son appréciation pour et sa reconnaissance du rôle très important que joue la religion dans la société multiculturelle du Canada. Il a complété un internat au Centre for Faith and Public Life et a fait son stage avec l'Alliance évangélique du Canada. André est actuellement conseiller juridique pour l'organisme Association for Reformed Political Action Canada, où il surveille la liberté de religion. Il est également inscrit en tant que candidat au LL.M. (droit constitutionnel) à Osgoode Hall.

RÉSUMÉ

L'exemption de l'interdiction sur la discrimination dans l'emploi (article 24 (1) (a) du *Code des droits de la personne*) est une préoccupation pour les communautés religieuses ; son interprétation étroite porte indûment atteinte au droit de s'associer librement avec d'autres dans une communauté religieuse. Je soutiens que, à la lumière de la jurisprudence sur la *Charte* de la Cour Suprême, l'article 24 devrait se traduire par une protection robuste des droits d'association, y compris le droit de limiter l'emploi à d'autres membres de l'association. Je propose ensuite une modification de la loi qui permettrait une plus grande clarté législative et une plus grande protection pour les communautés s'identifiant selon leur croyance, sans pour autant abandonner l'objectif et l'intention du *Code*.

Le *Code des droits de la personne de l'Ontario*[1] permet certaines dérogations à l'interdiction générale de discrimination dans l'emploi. Le *Code* interdit la discrimination dans l'emploi dans la section 5(1), mais permet une exemption à l'article 24 (1), la Section sur l'emploi particulier (ci-après, la SEP).[2]

La Cour Suprême du Canada a expliqué que le but de la SEP est de "conférer et protéger les droits" ; une section qui est en fait "une protection du droit d'association."[3] Le Juge Beetz a renforcé cette approche téléologique :

> *[la section est désignée afin de] permettre à certaines institutions sans but lucratif de faire des distinctions ou des exclusions ou de manifester des préférences qui, par ailleurs, violeraient la* Charte*. Il faut toutefois que ces distinctions, ces exclusions ou ces préférences soient justifiées par le caractère... religieux... de l'institution dont il s'agit. Dans ce sens, [la SEP] confère des droits à certains groupes. [Elle cherche] à promouvoir le droit fondamental des individus de s'associer librement afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières... afin d'établir la primauté des droits du groupe sur les droits de l'individu dans des circonstances précises.*[4]

En dépit de cette directive claire de la Cour suprême, il existe encore des préoccupations au sein des communautés identifiées par la croyance en ce qui concerne l'application et l'interprétation de l'exemption du *Code*. Celle-ci a été appliquée de manière stricte, de telle sorte qu'on porte indûment atteinte à la liberté de s'associer avec d'autres membres d'un groupe religieux ; une tendance inquiétante pour les communautés identifiées par la croyance.[5]

LIBERTÉS RELIGIEUSE ET ASSOCIATIVE

Il est utile d'examiner d'abord les principes juridiques qui entourent les libertés fondamentales de religion et d'association protégées par l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.[6] Ceux-ci sont particulièrement pertinents à la discussion de la discrimination dans l'emploi dans le contexte des organisations religieuses.[7]

Dans la cause *Hutterian Brethren*, la Cour suprême a insisté sur l'importance de reconnaître la communauté et l'aspect collectif des droits religieux. Le juge LeBel écrit : « [La liberté de religion, c'est] d'établir et de maintenir une communauté, liée par une même foi, qui partage une vision commune [...] La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi des rapports religieux [...] [cette cause] soulève des questions sur […] le maintien des communautés organisées autour d'une même foi. »[8] Cette reconnaissance d'un droit collectif à l'exercice libre de la religion est importante pour les personnes religieuses qui souhaitent exprimer collectivement leur identité ou qui souhaitent s'engager dans une entreprise ensemble, à l'exclusion des autres. La déclaration du juge LeBel reconnaît que la liberté de religion comprend le droit « d'établir et de maintenir une communauté, liée par une même foi, qui partage une vision commune »[9] sur la vie ou sur la moralité ou sur la pratique religieuse, que ces valeurs soient obligatoires ou non.

De plus, le but de l'alinéa 2(a) de la *Charte* est que « la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. »[10] La Cour a affirmé ceci avec force dans l'arrêt *Amselem* :

> *L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux […] En conséquence, les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter et de déterminer, que ce soit explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel. Des décisions judiciaires séculières de différends théologiques ou religieux, ou de questions litigieuses touchant la doctrine religieuse, enchevêtrent la cour dans les affaires de la religion.*[11]

Le droit protège l'exercice collectif des droits *constitutionnels* des individus [...] la liberté de religion ne fait pas perdre la protection constitutionnelle lorsqu'elle est exercée en commun avec les autres.[12] Les droits collectifs religieux de chacun des membres d'organisations religieuses sont également protégés par leur liberté d'association. La Cour suprême a expliqué que de ne pas permettre cela est contradictoire et va à l'encontre du but des libertés élaborées dans l'art. 2 (d) :

> *[…] la liberté d'association doit garantir l'exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu'ils sont exercés collectivement. On doit pouvoir être libre d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice à chaque individu.*[13]

Cela devrait inclure la liberté de limiter l'adhésion à la communauté religieuse selon « la compréhension subjective de quelque exigence religieuse », ce qui inclut nécessairement de limiter les employés à ceux s'identifiant à la même croyance.[14]

LA COUR SUPRÊME SUR L'EMPLOI PARTICULIER ET L'EPN

L'étape finale, la plus complexe et la plus insaisissable que les organisations religieuses doivent passer afin de bénéficier de l'exception de l'emploi particulier, c'est que celles-ci doivent démontrer, sur la prépondérance des probabilités, que leurs qualifications professionnelles sont raisonnables et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. Pour le déterminer, la Cour suprême a mis au point un critère qui comporte un élément subjectif et objectif.[15]

La Cour suprême a traité des exemptions d'emploi à plusieurs reprises, mais le critère d'exigence professionnelle normale (EPN) qu'elle utilise (et, par nécessité, que tous les tribunaux inférieurs utilisent aussi) est d'une époque antérieure à la *Charte*[16] et repose sur un scénario de faits qui est fondamentalement différent de celui des causes impliquant des droits fondés sur les croyances. Il y a une différence majeure entre *Etobicoke* et des causes de ce genre et la cause *Christian Horizons* et d'autres cas semblables.

Dans l'arrêt *Etobicoke*[17] et dans l'arrêt Meiorin[18], la question sur la « nature de l'emploi » dans le différend concernait le travail physique réel, à savoir si des ouvriers ou des ouvrières âgés de plus de 60 ans étaient physiquement capables de faire le travail d'un pompier et si l'imposition de telles limites était raisonnable et de bonne foi. Ici, l'EPN est une exigence qui peut être objectivement mesurée par des études scientifiques : les hommes de plus de 60 ans peuvent-ils encore travailler de façon satisfaisante en tant que pompiers ? Dans ce type de cas, l'objectif initial de la SEP (la protection des droits d'association) ne joue pas un rôle dans l'analyse. En outre, les organisations fondées sur la croyance ont besoin d'un critère différent, parce que leurs critères d'embauche ne sont *pas* empiriquement mesurables et ne peuvent pas être évalués objectivement, et les tribunaux et les cours ne devraient pas tenter de le faire non plus.[19]

Un cas plus utile est l'arrêt *Caldwell*,[20] dans lequel une enseignante catholique n'a pas été réembauchée parce qu'elle a épousé un homme divorcé, un geste contraire au dogme de l'Église catholique. Les habiletés de la plaignante

n'étaient en aucun cas problématiques ; elle était qualifiée pour enseigner.[21] Donc dans ce cas, l'EPN va au-delà des résultats mesurables et des conditions objectives et considère les qualifications qui sont particulières à l'organisme qui emploie. La Cour suprême a statué en faveur de la commission scolaire et a reformulé l'élément objectif du test de l'EPN pour s'adapter à l'institution religieuse et d'enseignement en question :

> *[…] le critère demeure essentiellement applicable et peut se formuler ainsi : « Considérée objectivement, l'exigence que les professeurs catholiques se conforment à la religion est-elle raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs que poursuit l'Église en maintenant une école catholique de caractère distinct dans le but de fournir une éducation catholique à ses élèves ? »*[22]

Le critère objectif indiqué de cette manière représente une amélioration de l'approche adoptée dans l'arrêt *Etobicoke*. Cependant, des problèmes demeurent dans l'utilisation du critère « objectif » : d'une part, il n'y a pas d'accommodement pour les droits d'association, qui sans doute n'ont pas besoin de justification pour leurs limites[23] et, d'autre part, techniquement et actuellement, la plupart des (sinon tous les) emplois au sein de n'importe quelle institution religieuse ne peuvent être occupés indépendamment de l'appartenance religieuse lorsqu'ils ont été évalués « objectivement ». Alors où les cours et tribunaux doivent-ils fixer les limites ?

Est-ce qu'un athée peut effectuer le travail d'un organiste d'église ? Est-ce qu'un Hindou peut remplir les fonctions de secrétaire dans une synagogue ? Est-ce qu'un homme homosexuel peut exercer les fonctions d'un servant d'autel catholique ?[24] Est-ce qu'une femme dans une union de fait peut enseigner l'école du dimanche aux enfants ?[25] La réponse « objective » à ces questions est oui. Mais le résultat est absurde pour de nombreux groupes religieux. Les points de vue subjectifs religieux de la communauté religieuse particulière doivent primer dans toute analyse. Une évaluation objective prive les membres religieux de la légitimité de leurs propres préceptes religieux et de leur liberté de s'associer et de se dissocier de qui ils veulent. Au lieu d'examiner l'emploi dans les organisations religieuses d'une manière instrumentale ou parcellaire, nous devons plutôt examiner l'emploi dans les organisations religieuses d'une manière holistique - chaque employé d'une organisation religieuse doit être considéré comme un membre fonctionnant de cette communauté religieuse.

UNE MEILLEURE LOI, UN MEILLEUR CRITÈRE

Un meilleur critère dans ces situations particulières est celui qui reconnaît et peut accommoder simplement les droits d'association religieuse. Un ajustement à la loi peut apporter plus de clarté sur cette question et une meilleure orientation pour les tribunaux à l'avenir. Cela permettra d'assurer que les libertés individuelles de religion et d'association soient correctement équilibrées avec le droit d'être libre de discrimination dans l'emploi.

L'exception dans le *Code* permet actuellement la discrimination « si la qualification est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. »[26] À tout le moins, cette déclaration devrait avoir une phrase supplémentaire ajoutée ensuite qui préciserait « [...] en raison de la nature de l'emploi, de *l'institution* ou de *l'organisme* ». L'ajout de ces cinq mots encouragerait nos tribunaux à utiliser l'approche de la Cour suprême dans l'affaire *Caldwell*, où la Cour suprême a souligné que l'élément objectif dans l'analyse du critère d'EPN doit prendre en considération la nature de l'organisation religieuse même et non pas simplement la description du poste.

Une autre amélioration serait de supprimer le terme objectif « raisonnable » de l'équation. Les groupes religieux ne devraient pas avoir à démontrer à l'État le caractère objectivement raisonnable de leur association avec des gens possédant les mêmes idées et croyances. Une simple exigence professionnelle justifiée, qui s'en remet aux politiques de bonne foi de l'organisme, à sa « compréhension subjective des exigences religieuses »,[27] devrait être suffisante. Les groupes religieux doivent être autorisés à embaucher des gens qui s'identifient complètement avec *toutes* les parties de cette communauté en autant que la qualification soit toujours appliquée par l'organisme et en autant que les restrictions de l'emploi soient fondées sur des raisons associatives.

Le *Code des droits de la personne* exige actuellement que le tribunal détermine si certaines exigences religieuses de l'emploi sont objectivement raisonnables ou non. Cela oblige le tribunal à prendre une voie qu'il ne devrait pas prendre (voir l'arrêt *Amselem*), en pataugeant dans le dogme religieux et en arbitrant les questions litigieuses touchant la doctrine religieuse. Avec les modifications proposées, le législateur éliminera ce fardeau des tribunaux et des cours.

L'approche actuelle utilisée pour la discrimination religieuse dans l'emploi est inutile en raison d'une mauvaise application de la SEP dans le *Code des droits de la personne,* un critère archaïque datant d'une époque antérieure à la *Charte*, et une section dont le langage est trop restrictif.

Une bonne compréhension des libertés fondamentales énoncées dans la *Charte* est fondamentale à une bonne application de l'exception de l'emploi particulier. Les cours et les tribunaux ne doivent pas lire la SEP comme une exemption d'être lié par les politiques antidiscriminatoires du *Code*. Plutôt, la SEP doit être lue comme une protection supplémentaire incorporée dans le *Code*. La liberté pour une organisation religieuse de n'embaucher que des coreligionnaires est l'octroi d'un droit, pas un déni des droits.[28] En protégeant les droits d'association, nous nous assurons de la diversité continue par le biais de la viabilité des groupes distincts et uniques, les contributeurs à notre tissu pluraliste canadien.

NOTES

[1] *Code des droits de la personne*, R.S.O. 1990, c.H.19 [Code].

[2] Ibid., à s.24.(1)(a) : « Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait :
(a) qu'un organisme ou un groupement religieux, philanthropique, éducatif, de secours mutuel ou social dont le principal objectif est de servir les intérêts de personnes identifiées par la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial ou un handicap n'emploie que des personnes ainsi identifiées ou leur accorde la préférence si cette qualité requise est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. »

[3] Caldwell v. Saint Thomas Aquinas High School, [1984] 2 S.C.R. 603 à 626 [Caldwell].

[4] Brossard (Town) c. Québec (Commission des droits de la personne), [1988] 2 S.C.R. 279 par.100 [Brossard] [*italiques ajoutés*].

[5] L'arrêt *Christian Horizons* est un exemple dans lequel les droits religieux associatifs du groupe ont été ignorés en faveur de l'individu ; le Tribunal et la Cour divisionnaire en appel n'ont pas prêté suffisamment attention à la question des droits d'association et le vrai but de la SEP. Voir Heintz c. Christian Horizons, [2008] O.H.R.T.D. No. 21 et Ontario Human Rights Commission c. Christian Horizons, 2010 ONSC 2105.

[6] *Charte des droits et libertés*, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982 (R.-U.), 1982, c.11.

[7] En plus des libertés fondamentales dans la section 2, nous pouvons considérer l'article 15 et la façon dont cette clause s'applique également aux membres individuels d'une organisation religieuse. Voir Iain T. Benson, "The Freedom of Conscience and Religion in Canada : Challenges and Opportunities" (2007) 21 Emory Int'l L. Rev. 111 à 148.

[8] Ibid. par. 180-182 [*italiques ajoutés*].

[9] Voir Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 S.C.R.551 [Amselem]. La Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel l'observance religieuse non-obligatoire n'est pas protégée par la liberté de religion ; les « expressions volontaires de la foi » sont également protégées (par. 47).

[10] R. c. Edward Books, [1986] 2 S.C.R. 713 à 759.

[11] Amselem, supra note 10, par.50 [*italiques ajoutés*].

[12] P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, student ed. (Toronto : Thomson-Carswell, 2007), 1009.

[13] Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alberta), [1987] 1 S.C.R. 313 par. 172. Je crois qu'à l'exception des syndicats dans le droit du travail, les droits d'association ont par ailleurs été sous-évalués. Je suis d'accord avec David Schneiderman, qui plaide en faveur d'une plus grande protection des droits religieux d'association dans "Associational Rights, Religion, and the Charter" dans Richard Moon, éd., Law and Religious Pluralism in Canada (Vancouver : UBC Press, 2008) 65 à 80].

[14] Voir Amselem, supra note 10, par. 50.

[15] Ontario (Commission des droits de la personne) c. Etobicoke (Borough), [1982] 1 S.C.R. 202 [Etobicoke].

[16] Ibid. Cet arrêt est antérieur à la *Charte*, par contre son critère demeure la norme utilisée dans les causes de discrimination dans l'emploi. Il a été appliqué dans Caldwell, supra note 3 et dans Ontario (Commission des droits de la personne) c. Simpsons Sears Ltd., [1985] S.C.J. No. 74, affirmé à nouveau dans Bhinder c. Canadian National Railway Co., [1985] 2 S.C.R. 561, détaillé dans Brossard, supra note 4 et raffiné dans British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.) (Meiorin Grievance), [1999] 3 S.C.R. 3 (SCC) [Meiorin].

[17] Etobicoke, supra note 16.

[18] Meiorin, supra note 17.

[19] Voir les arguments concernant l'interprétation et la mise en œuvre de l'arrêt Amselem, supra note 12, et pourquoi les tribunaux et les juges doivent s'abstenir de fouiller dans l'objectivité des différentes exigences religieuses.

[20] Caldwell, supra note 3.

[21] Ibid. par.28.

[22] Ibid. par.33.

[23] Il y a une grande différence entre discrimination et association. Les deux impliquent la sélection par préférence. Cependant, c'est une chose d'embaucher toutes sortes de gens différents, sauf un groupe cible. C'est de la discrimination. C'en est une autre de ne pas embaucher n'importe quel type de personnes, à l'exception d'un groupe cible spécifiquement défini. C'est l'association.

[24] Voir Corcoran c. Roman Catholic Episcopal Corporation of the Diocese of Peterborough, 2009 HRTO 1600.

[25] Voir Hoekstra c. First Hamilton Christian Reformed Church, 2010 HRTO 245.

[26] *Code*, supra note 1, s.24(1)(a).

[27] Amselem, supra note 10, par. 50.

[28] Caldwell, supra note 3 626.