Les actes motivés par une doctrine religieuse face à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Liberté religieuse et principe de non-discrimination (Australie)

Marion Tissier-Raffin

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/837>

DOI : 10.4000/revdh.837

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marion Tissier-Raffin, « Les actes motivés par une doctrine religieuse face à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 juin 2014, consulté le 03 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/837> ; DOI : 10.4000/revdh.837

Ce document a été généré automatiquement le 3 mai 2019.

Tous droits réservés

Les actes motivés par une doctrine religieuse face à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Liberté religieuse et principe de non-discrimination (Australie)

Marion Tissier-Raffin

- 1 Si cet arrêt de la Cour Suprême de l'état de Victoria en Australie peut paraître éloigné de nos préoccupations parce qu'il n'est pas délivré par une juridiction nationale suprême et ne concerne qu'un Etat de *common law* éloigné géographiquement, il s'inscrit néanmoins dans le cadre d'arrêts de plus en plus nombreux devant concilier le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle et la liberté de religion. En effet, de plus en plus d'associations, d'entreprises ou d'individus se réclament aujourd'hui de la liberté de religion, de l'exception légale accordée aux organisations religieuses ou de leurs convictions religieuses personnelles, pour refuser de fournir des marchandises, des services, des prestations ou des hébergements à des personnes homosexuelles.
- 2 Ainsi, dans plusieurs pays de *common law*, de tels conflits ont été portés devant les juridictions internes¹. Aux Etats-Unis, la conciliation entre la liberté religieuse et le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle a fait la une de l'actualité en février en Arizona au moment du vote de la loi SB 1062 (Elliott C. McLaughlin, Freedom or Oppression ? That's the question of Arizona's SB 1062 ?, CNN, 26 février 2014). Cette loi modifiait la loi sur la liberté de religion (Religious Freedom restoration Act) et autorisait les entrepreneurs à refuser de servir des personnes en raison de leur homosexualité pour se conformer à leurs convictions religieuses. Très controversée, au point que le sénateur Mc Cain est intervenu sur CNN pour s'y opposer, cette loi n'a finalement pas été promulguée car le gouverneur Brewer y a opposé son veto.
- 3 A cette actualité, s'ajoute le fait que la conciliation nécessaire entre le principe de non-discrimination et la liberté religieuse ne s'applique pas au domaine habituel de l'emploi.

En effet, l'impact des convictions personnelles d'un employé ou de son comportement personnel privé sur les relations de travail est réglementé par l'Union européenne et encadré par une jurisprudence déjà fournie de la Cour européenne des droits de l'homme². En revanche, **l'impact des convictions religieuses dans le domaine de la fourniture de biens et services est plus inédit**. Ainsi, un commerçant ou un entrepreneur peut-il, au nom de ses convictions personnelles, ou une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion peut-elle, parce que son éthique se fonde sur le respect de valeurs religieuses, refuser de vendre ses services à des clients en raison de leur orientation sexuelle ? Telle est la question précisément posée à la Cour Suprême de l'état de Victoria. Or, comme l'a clairement évoqué le juge Maxwell, auteur de l'opinion majoritaire, ce cas soulève, par son ampleur et sa complexité, des problématiques juridiques inédites (§ 14, « *It can be safely assumed that, in scale and complexity, these proceedings are without precedent in Victorian anti-discrimination law* »). Preuve s'il en est de cette complexité juridique, les débats portant sur l'autonomie des organisations religieuses ont été relancés en Australie depuis que la Cour a rendu son arrêt³. Et ils ne sont pas prêts de se clore puisque l'organisation défendante a annoncé fin mai qu'elle faisait appel de l'arrêt de la Cour Suprême de l'état de Victoria devant la Haute Cour d'Australie.

- 4 Pour traiter de cette affaire complexe, les juges de la Cour Suprême de l'état de Victoria ne se sont pas exclusivement prononcés sur le fondement du droit australien. On trouve en effet de nombreuses références aux arrêts de la Cour EDH. Dans la mesure où ces références témoignent de l'influence de la Cour à l'étranger et de la prise en compte de sa jurisprudence pour résoudre le conflit de droit en cause, il nous a donc paru pertinent d'aller analyser de plus près cet arrêt.
- 5 En l'espèce, il s'agissait de déterminer si une organisation privée, « *The Christian Youth Camp* » (CYC ci-après), était en droit de refuser de louer ses terrains de campement à une association de soutien psychologique aux homosexuels (« *Cobaw* »).
- 6 Dans cet arrêt, la Cour Suprême a d'abord facilement et unanimement reconnu qu'il s'agissait d'une discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle dans la fourniture d'un service. La prétendue distinction entre une objection à l'encontre d'un message soutenant l'homosexualité comme un comportement sexuel « normal » et une objection à l'encontre des homosexuels n'a heureusement pas été retenue (1°). Dans un second temps, la Cour Suprême est revenue longuement sur la question de la responsabilité individuelle du gérant et la responsabilité du CYC. Dans la mesure où le propos de ce commentaire ne porte pas précisément sur la question de la responsabilité de la personne ou de l'entité qui commet l'inégalité de traitement, nous ne reviendrons que brièvement sur ce point de droit. Toutefois, il est nécessaire de l'évoquer car il conditionne le régime dérogatoire applicable par la suite (2°). Les troisième et quatrième points de droit soulevés retiendront au contraire toute notre attention. En effet, la Cour Suprême est d'abord revenue longuement sur la définition de la notion d'organisation religieuse (« *religious bodies* ») qui autorise les entités qui satisfont aux critères fixés d'établir légalement une discrimination à l'encontre des personnes homosexuelles dans la fourniture d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation. Au final, elle en a retenu une définition strictement contenue. **Il ressort donc qu'une entité ne peut se prévaloir de ses objectifs religieux, même inscrit dans ses statuts, pour obtenir le droit légal de discriminer**. Encore faut-il que ses activités soient directement sous le contrôle ou directement dictées par des convictions religieuses (3°). Ensuite, les juges ont déterminé si le gérant de l'organisation était en droit de refuser les services de son organisation au

nom de ses convictions religieuses personnelles. Là encore, les juges ont majoritairement retenu une appréciation stricte de la dérogation reconnue en droit australien en considérant qu'elle ne s'appliquait qu'aux fournitures de service qui porteraient **une atteinte à la substance même de leur liberté religieuse**. Or, dans le domaine des activités commerciales, et dans la mesure où le gérant menait librement lesdites activités, aucune atteinte à la substance de sa liberté religieuse n'a été constatée (4°).

1°/– Le refus de louer ses terrains à une association de soutien aux personnes homosexuelles : une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle

A – Les faits de l'affaire et le droit australien applicable

- 7 « Cobaw » est une association de soutien et d'aide à la prévention du suicide chez de jeunes homosexuels (« Cobaw », le plaignant). Cette association cherchait des terrains de campement à louer pour un week-end dans le but de sensibiliser les jeunes homosexuels aux conséquences psychologiques de l'homophobie. Ainsi, l'association Cobaw a contacté the « Christian Youth Camp » (CYC), une organisation chrétienne liée à l'Eglise Bethren, (appartenant à un mouvement de chrétien protestant évangélique né en 1820 en Grande-Bretagne), qui loue des terrains de campement sur l'île Philip. M. Rowe, le gérant de Cobaw, a refusé par téléphone d'enregistrer leur demande de réservation au motif qu'il ne pouvait autoriser les membres d'une association, qui « défendait le mode de vie homosexuel », séjourner sur leur terrain. L'association Cobaw a donc porté plainte pour discrimination en raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de l'Equal Opportunity Act de 1995⁴.
- 8 L'Equal Opportunity Act est une loi applicable dans l'état de VICTORIA en Australie qui codifie le droit de la non-discrimination en raison de plusieurs motifs interdits, dont celui de l'orientation sexuelle (article 6). Dans sa partie 2 (section 7 et 8), cette loi définit tout d'abord les notions de discriminations directes et indirectes en des termes similaires au droit communautaire. (La définition de la notion de discrimination directe est identique à celle de l'art. 2.2 a) de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, précitée, et la notion de discrimination indirecte reprend les mêmes critères que ceux dégagés par la CJCE⁵. Cependant, contrairement au droit communautaire qui interdit les pratiques discriminatoires en raison de l'orientation sexuelle dans le seul domaine de l'emploi, l'Equal Opportunity Act régit l'application du principe de non-discrimination dans plusieurs domaines. Ainsi, dans sa partie 3, la loi codifie l'application du principe de non-discrimination dans les domaines de l'emploi, l'éducation, la fourniture de biens, services et prestations, l'hébergement, les clubs, le sport et les collectivités territoriales. L'association Cobaw s'appuyait notamment sur l'article 49 qui interdit les discriminations dans les activités hôtelières et para-hôtelières. Enfin, l'Equal Opportunity Act reconnaît dans sa partie 4 des dérogations à l'application du principe de non-discrimination. La partie défendante, the Christian Youth Camp et M. Rowe, invoquait deux articles : l'article 75 (2) qui établit une dérogation au profit des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion et l'article 77 qui établit une dérogation au profit des personnes pour qui établir une discrimination est nécessaire afin de se conformer à ses convictions religieuses profondes.

- 9 En première instance, The Victorian Civil and Administrative Tribunal a considéré que le refus de réserver des terrains de campement opposé à l'association *Cobaw* était une discrimination directe et illégale fondée sur l'orientation sexuelle. L'arrêt commenté est le résultat de l'appel déposé par *The Christian Youth Camp* à l'encontre de cette décision.

B – Une discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle des membres de l'association « *Cobaw* ».

- 10 Il ressort clairement de la déposition et des propos de M. Rowe que ce dernier considère l'homosexualité comme une pratique contraire aux règles et valeurs de sa religion (§ 43). Selon M. Rowe, « *The Bible teaches that God's intention is that sexual activity be expressed only within the boundaries of marriage between a man and a woman and that the Bible strongly disapproves of any sexual activity outside such a marriage* » (§46). Toutefois, ce dernier objectait qu'il n'avait pas refusé d'enregistrer la réservation de l'association « *Cobaw* » en raison de l'orientation sexuelle de ses participants. Il l'avait plus spécialement refusé en raison du message véhiculé par l'association *Cobaw* selon lequel l'homosexualité est une attirance et pratique sexuelle « *natural and healthy* » (§49). Autrement dit, la partie défendante tentait d'établir une distinction douteuse entre la sexualité homosexuelle de la personne et la promotion d'un comportement homosexuel décomplexé.
- 11 Cette tentative de distinction a échoué : ce que M. Rowe qualifie de « *promotion de l'homosexualité* » est une des composantes du droit à l'égalité des individus quelle que soit leur orientation sexuelle. Il ne peut donc être établi de distinction entre une objection à la pratique homosexuelle et une objection adressée au message selon lequel l'homosexualité est une pratique et une attirance sexuelle « *saine et normale* ». Citant le juge de première instance, mais aussi le récent arrêt de la Cour Suprême britannique (UKSC, *Bull and another v. Hall*, précité, Lady Hale, §52 « *Sexual orientation is a core component of a person's identity which requires fulfilment through relationships with others of the same orientation*), le juge Maxwell a ainsi rappelé que « *Sexual orientation, like gender, race and ethnicity, [is] part of a person's being, or identity. The essence of the prohibitions on discrimination on the basis of attributes such as sexual orientation, gender, race or ethnicity is to recognize the right of people to be who or what they are. ... To distinguish between an aspect of a person's identity, and conduct which accepts that aspect of identity, or encourages people to see that part of identity as normal, or part of the natural and healthy range of human identities, is to deny the right to enjoyment and acceptance of identity* ».
- 12 Par conséquent, la Cour a considéré que le motif à l'origine du refus de M. Rowe avait bien pour fondement l'orientation sexuelle de ses participants. (§68). Procédant comme l'aurait fait la Cour EDH ou la CJCE par comparaison de situations analogues⁶, la Cour conclut que l'association *Cobaw* a bien été victime d'un traitement défavorable en raison de l'orientation sexuelle de ses participants, c'est-à-dire une discrimination directe. En effet, si une association défend une identité fondamentale de la personne humaine autre que l'orientation sexuelle et tente de réserver des terrains de campement, aucun refus ne lui serait opposé (§ 69).
- 13 Sur ce premier point de droit, la Cour s'est donc prononcée sans aucune difficulté et à l'unanimité. La position retenue par la Cour Suprême de l'état de Victoria s'inscrit dans la droite ligne du droit applicable dans d'autres pays anglo-saxons. Outre la référence à la Cour Suprême britannique que la Cour australienne cite directement, nous pouvons renvoyer le lecteur à d'autres arrêts défendant une interprétation similaire⁷.

- 14 Nous pouvons aussi noter que la position retenue par la Cour Suprême est conforme au droit applicable en Europe, que ce soit celui de l'Union européenne ou celui du Conseil de l'Europe.
- 15 Tout d'abord, l'objet du droit communautaire est bien de lutter contre les inégalités et de promouvoir l'égalité (point 3 du Préambule de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, précitée). Autrement dit, toute objection adressée à l'encontre de propos défendant le droit à l'égalité des personnes homosexuelles porte atteinte à l'identité fondamentale des personnes homosexuelles en raison de leur orientation sexuelle. Les recommandations du Conseil de l'Europe vont dans le même sens : qu'elles défendent des discours de tolérance ou encouragent les Etats à la lutte contre l'homophobie, elles s'inscrivent toutes dans une logique de condamnation des propos qui, même s'ils prétendent relever de valeurs culturelles, traditionnelles ou religieuses, doivent être compris comme justifiant la pratique de discriminations sur le fondement de l'orientation sexuelle⁸.
- 16 Par conséquent, refuser d'enregistrer une réservation en raison du message de tolérance et de soutien adressé à de jeunes homosexuels peut s'assimiler en un refus directement motivé par l'orientation sexuelle.
- 17 Ensuite, que ce soit l'article 13 du TUE, la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, précitée, ou le Protocole n° 12 à la Convention, toutes les discriminations directes fondées sur l'orientation sexuelle sont interdites. Ainsi, la Cour EDH a rappelé à de multiples occasions que l'orientation sexuelle est un aspect essentiel de l'identité personnelle qui touche l'un des aspects les plus intimes de la vie privée et mérite à ce titre la plus haute protection⁹.

2°/- La mise en cause exclusive de la responsabilité morale de l'organisation.

- 18 Sur la question de savoir qui est l'auteur responsable de la discrimination directe, la Cour y consacre ses plus longs développements et, au final, les juges n'y apportent pas une réponse unanime. Dans la mesure où les considérations développées n'emportent que des enjeux locaux liés à l'interprétation de l'Equal Opportunity Act, nous ne nous étendrons pas sur leur analyse. Nous y revenons toutefois brièvement car la détermination du droit dérogatoire applicable est fonction de l'auteur responsable de l'inégalité de traitement.
- 19 Selon le juge Maxwell, M. Rowe était employé par l'organisation CYC pour gérer le domaine de campement. Il avait pleine autorité pour gérer les réservations, et donc pour les accorder ou les refuser au nom de l'organisation CYC (§ 77). Autrement dit, lorsqu'il a refusé d'enregistrer la demande de réservation de l'association *Cobaw*, il a agi au nom de l'organisation CYC. Il n'a pas agi en son nom personnellement. Par ailleurs, il ressort de l'Equal opportunity Act que l'article 49 vise directement les entités, entreprises ou organisations, qui fournissent des services et pourraient, dans le cadre de leur action commerciale, discriminer en raison de l'orientation sexuelle de leurs clients (§ 98 à 101 et §141). Ce serait donc bien l'intention des parlementaires de rendre directement responsable les entités qui fournissent le service en cause puisqu'à défaut (§101 et §111 à 116), l'effet dissuasif de cette loi perdrait toute efficacité (§ 142-143). L'organisation étant directement responsable, le juge Maxwell considère que M. Rowe ne peut pas non plus être tenu pour personnellement responsable de la discrimination commise (§124 à 138).

- 20 Au contraire, selon les juges dissidents (le juge Neave et le juge Redlich), la responsabilité de l'organisation, que les juges dissidents reconnaissent au même titre que le juge Maxwell, n'exclurait pas automatiquement la responsabilité personnelle de M. Rowe (§378). Il y aurait donc double responsabilité, celle de l'organisation CYC et celle de M. Rowe à titre personnel. Les juges s'appuient notamment sur l'article 49 qui viserait autant les individus que les entreprises ou organisations qui fournissent les hébergements (§ 365).

3°/- L'interprétation strictement contenue de la notion « d'organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion » et sa stricte application à l'organisation « The Christian Youth Camp »

- 21 Dans le Préambule de la Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres, précitée, il est clairement inscrit « qu'aucune valeur culturelle, traditionnelle ou religieuse, ni aucun précepte découlant d'une culture dominante ne sauraient être invoqués pour justifier (...) toutes autres formes de discrimination, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ». Par ailleurs, comme le rappelle le juge Redlich, les règles de droit garantissant le respect effectif du principe de non-discrimination implique un changement nécessaire dans le comportement et les conduites habituelles des personnes (§507 « *Equal opportunity legislation may sometimes compel individuals to change their conduct and practice in order to ensure that discrimination which may be harmful to others does not occur* »).
- 22 Néanmoins, la liberté de religion est également un droit fondamental garanti par les normes internationales (article 18 PIDCP ; article 9 CEDH ; article 12 (3) de la CADH). Selon la Cour EDH, « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une société démocratique (...). Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie (...) »¹⁰. Il existe donc potentiellement des risques de conflits de droit entre la liberté de religion et le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Mais, comme le rappelle la Cour Suprême de l'état de Victoria elle-même (§188), puisqu'aucune hiérarchisation entre les droits de l'homme n'est consacrée, la solution à ces conflits doit être recherchée par une logique de conciliation. En Australie, cette conciliation est réglementée par la norme législative.

A – L'autonomie reconnue aux organisations dont l'éthique est fondée sur la religion dans le droit australien

- 23 L'Equal Opportunity Act de 1995 prévoit une première dérogation à l'application du principe de non-discrimination dont sont titulaires les Eglises et les entreprises identitaires. Ainsi, l'article 75 reconnaît d'abord que le principe de non-discrimination ne s'applique pas pour le choix et la formation du personnel et des enseignants religieux. On retrouve classiquement cette dérogation en droit communautaire (§ 4.2 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, précitée - Déclaration n° 11 relative au statut des Eglises et des organisations non confessionnelles, annexé à l'acte final du traité d'Amsterdam) et dans le droit interne des Etats européens. Il a pour but, comme le relève

la Cour Suprême à propos de l'intention des législateurs de l'Equal Opportunity Act, de protéger l'autonomie des Eglises et des groupes religieux dans la mesure où celle-ci est une garantie de la jouissance effective de la liberté individuelle de religion (§ 227). La Cour EDH a ainsi reconnu que l'autonomie des communautés religieuses était un droit protégé par l'article 9 de la Convention¹¹.

- 24 Le §2 de l'article 75 vise plus généralement « *body established for religious purpose* ». Il consacre le droit de traiter différemment des personnes en raison de l'orientation sexuelle pour se conformer à la doctrine religieuse si cela est « *nécessaire pour éviter de heurter la sensibilité des croyants* ». Cette dérogation peut s'apparenter au droit reconnu en droit communautaire aux « *organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » de ne pas respecter l'égalité de traitement, dès lors que le traitement discriminatoire est une « *exigence professionnelle essentielle* » proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. (§4.1 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 , précitée) ». Toutefois, il faut préciser que cette dérogation, contrairement au droit australien, n'autorise que les inégalités de traitement fondées sur la religion ou les convictions. La jurisprudence de la Cour EDH s'inscrit dans la droite ligne des critères énoncés par cette Directive¹².

B – La consécration d'une définition strictement contenue de la notion de « religious body »

- 25 En l'espèce, la question à laquelle devait répondre la Cour Suprême était donc de déterminer si le CYC pouvait être qualifié comme « *a body established for religious purpose* » lui ouvrant le droit de procéder à une inégalité de traitement.
- 26 Pour cela, la Cour Suprême va s'appuyer sur un arrêt de la Haute Cour dans lequel celle-ci avait strictement défini la notion « *d'objectifs religieux* » (dans un domaine différent, celui des legs testamentaires) : « *it is not enough that an activity or pursuit in itself secular is actuated or inspired by a religious motive or injunction (...) the purpose must be directly and immediately religious* » (Roman Catholic Archbishop of Melbourne v. Lawlor, , 1934 HCA 14, 23 mai 1934, Dixon Judge, § 231). Autrement dit, seules des activités « *directly and immediately religious* » peuvent justifier qu'une organisation remplisse les critères de l'article 75 (§232). La Cour Suprême définit donc la notion d'organisation dont l'éthique est fondée sur la religion à l'aide de deux critères cumulatifs très stricts.

C – Le refus de reconnaître le CYC comme une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion (« a religious body »)

- 27 La Cour Suprême a considéré que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur en concluant, au regard de l'ensemble des caractéristiques relatives aux statuts et aux activités du CYC, que celle-ci n'était pas une organisation religieuse.
- 28 Le Tribunal avait tout d'abord relevé que les terrains sur lesquels sont organisés les campements appartiennent à une fondation caritative « *The Christian Brethren Trust* » (§201). Tels qu'ils ont été enregistrés en droit australien, ces terrains sont expressément dédiés au culte et à l'enseignement de la doctrine religieuse de cette Eglise. Le CYC est le preneur à bail (§205). Selon les termes de ce bail de longue durée, les terrains doivent être mis à disposition pour honorer Dieu, permettre de développer un environnement propice

à l'expression individuelle et collective de la foi. Ils doivent aussi être un lieu propice pour sensibiliser les jeunes enfants et adolescents à la parole de Dieu. (§205). Enfin, il est prévu que d'autres organisations charitables « compatibles » avec les valeurs et les règles de la foi de l'Eglise Brethren pourront louer les terrains. De plus, le Tribunal précise que les personnes employées par le CYC sont dans l'obligation de signer une déclaration de conviction (§206). Ainsi, selon les statuts de l'organisation CYC, il ressort que celle-ci aurait pu être qualifiée comme une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion (« a religious body »).

- 29 Mais l'analyse du Tribunal ne s'arrête pas là. Celui-ci a recherché en détail quelle était la nature précise des activités exercées. Or, celles-ci ne sont pas directement dictées par des valeurs ou des objectifs religieux. Elles sont au contraire dictées par des valeurs séculières et exclusivement commerciales (§ 211- 218). En effet, rien n'indique dans les brochures ou sur le site internet que le CYC entretient des liens avec l'Eglise Brethren ou poursuit des objectifs religieux. Par ailleurs, aucune restriction n'est apportée à la location des terrains (§ 215-216). Au contraire, la plupart des associations qui louent les terrains sont des écoles, privées et publiques (§ 217). Et lorsque ce sont des écoles publiques qui les louent, aucune observation des valeurs religieuses n'est exigée lors de leur séjour (§ 217).
- 30 Au regard de l'ensemble de ces caractéristiques, le Tribunal avait conclu que le CYC n'était pas une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion. La Cour Suprême n'a rien trouvé à redire aux analyses menées. Si la Cour reconnaît que les statuts du CYC exigent que ses activités s'exercent en accord avec les valeurs de l'Eglise Brethren, ces conditions ne convertissent pas des objectifs commerciaux et séculiers en objectifs religieux¹³. En effet, les activités commerciales menées ne sont aucunement limitées ni même encadrées par des impératifs religieux¹⁴. Si, au contraire, le CYC louait ses terrains dans le seul objectif d'y assurer un enseignement religieux, la Cour laisse entendre que celle-ci aurait pu être qualifiée comme une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion dans la mesure¹⁵.
- 31 Au terme de cette analyse, il ressort donc que la définition de l'organisation dont l'éthique est fondée sur la religion est strictement circonscrite. Celle-ci repose sur une analyse objective et factuelle des activités menées par l'entreprise, au détriment des éléments statutaires qui peuvent être clairement spécifiés dans son acte fondateur. Et les activités menées doivent être directement sous le contrôle des objectifs religieux. Cela signifie que, si des activités commerciales sont menées, celles-ci doivent être directement encadrées afin de poursuivre un objectif religieux. Or, tel n'est pas le cas du CYC. Cette approche, soutenue à l'unanimité par l'ensemble des juges (Redlich JA \$439 et Neave JA \$360), a pour conséquence directe de strictement limiter le droit de déroger au principe de non-discrimination aux seules organisations dont la religion dicte ou contrôle la conduite de leurs activités (§ 268).

4°/- La liberté de manifester ses convictions religieuses *versus* le principe de non-discrimination : une conciliation au détriment de la liberté religieuse

- 32 Dans la mesure où deux juges avaient exprimé une opinion dissidente en considérant que M. Rowe était cumulativement responsable de l'inégalité de traitement, ces derniers se sont logiquement demandés si M. Rowe pouvait, à titre personnel, se prévaloir du droit

dérogatoire ouvert par l'article 77 de l'Equal Opportunity Act. Bien qu'il n'ait pas reconnu M. Rowe personnellement responsable, le juge Maxwell a néanmoins répondu à la question de savoir s'il pouvait revendiquer l'application de cet article 77. Pour rappel, l'article 77 de l'Equal Opportunity Act reconnaît le droit de ne pas appliquer le principe de non-discrimination si cela est nécessaire pour se conformer aux convictions religieuses sincères de l'individu (« (...) *to comply with the person's genuine religious beliefs or principles* »).

A – La position du juge majoritaire où l'appréciation intrusive et stricte des préceptes prônés par l'Eglise Brethren

- 33 Selon le juge Maxwell, auteur de l'opinion majoritaire, M. Rowe peut légalement invoquer l'application de l'article 77 puisque celui-ci a bien pour champ d'application personnel les personnes privées (§ 310). Toutefois, il ne considère pas que le refus opposé par M. Rowe était nécessaire pour se conformer à ses convictions religieuses.
- 34 Cette conclusion résulte tout d'abord d'une étude approfondie et surprenante (pour le juriste habitué à lire les arrêts de la Cour EDH) du contenu et de la valeur des préceptes prônés par la doctrine de l'Eglise Brethren. En effet, s'il ne conteste pas la nature et la sincérité des convictions de M. Rowe au regard des préceptes religieux qui doivent, selon lui, encadrer les relations sexuelles (§328), le juge Maxwell rappelle que ces préceptes relèvent de la morale privée et n'emporte aucune obligation de prosélytisme (§ 330). L'obligation d'avoir exclusivement des relations sexuelles entre un homme et une femme dans le cadre du mariage ne s'appliquerait donc qu'aux adhérents. Cette conclusion, le juge y arrive au prix d'une analyse fouillée des écrits sur lesquels se fonde la religion Brethren et leur interprétation par le juge. Or, cette appréciation de la nature des règles et de leur degré d'obédience personnelle est très contestable. Le juge dissident Redlich n'a pas manqué de relever le caractère intrusif et illégitime de cette appréciation séculière des règles et valeurs de la doctrine religieuse de l'Eglise Brethren¹⁶. Cette appréciation s'inscrit également en porte-à-faux par rapport à la position de la Cour EDH. En effet, dans l'arrêt *Eweida*,¹⁷ la Cour a rappelé que « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées », § 81. Si l'acte en question doit « être étroitement lié à la religion ou à la conviction », la Cour a explicitement posé le principe selon lequel « le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de religion en question », §82.
- 35 Parallèlement, le juge Maxwell a considéré que le critère de « nécessité » auquel renvoie l'article 77 devait s'interpréter strictement : l'inégalité de traitement est nécessaire s'il n'existe aucune autre alternative permettant à son auteur de prendre des mesures pour contourner une restriction à sa liberté de manifester sa religion (§ 287 : « *as requiring it to be shown that conformity with the relevant doctrine of the religion gave the person non alternative but to act (or refrain from acting) in the particular way* »). En effet, selon le juge, l'article 77 codifie un droit dérogatoire et que seules des considérations très fortes peuvent justifier son application (§ 288: « *Parliament could hardly have intended that discriminatory conduct be exempted from the scope of the EO Act in circumstances where it would have been equally open to the person, consistently with doctrine, not to engage in it* »). Autrement dit, le juge Maxwell s'est clairement prononcé en faveur d'une interprétation stricte des critères délimitant le champ d'application de ce droit dérogatoire (§ 328 - 329).

- 36 En l'espèce, puisque l'obligation d'avoir des relations sexuelles entre un homme et une femme dans le cadre exclusif du mariage ne s'applique qu'aux adhérents et n'implique aucune obligation de prosélytisme, le juge en conclut que M. Rowe n'était pas contraint d'opérer une inégalité de traitement pour se conformer à ses convictions religieuses.

B – Les positions contraires développées par les juges dissidents Neave et Redlich : deux analyses se référant à la jurisprudence de la Cour EDH

- 37 Témoin de la complexité de la conciliation entre le respect du principe de non-discrimination et le respect de la liberté religieuse, les deux autres juges dissidents se divisent sur la question de savoir si M. Rowe peut se voir appliquer le droit dérogatoire prévu à l'article 77. Ce qui est d'autant plus intéressant est que chacune des opinions délivrées se fonde en partie sur une analyse de la même jurisprudence de la Cour EDH.
- 38 Rejoignant la position du juge Maxwell, le juge Neave défend une analyse objective et stricte du critère de nécessité. A défaut, on élargirait dangereusement le champ d'application du droit dérogatoire dès lors qu'une personne invoque des convictions sincères s'opposant à l'homosexualité (§424 « *if necessity were determined subjectively, genuinely held religious beliefs would always trump the right of individuals to be free from discrimination on prohibited grounds* »). De manière complémentaire, son argumentation se fonde sur le fait que le critère de nécessité doit, selon lui, s'interpréter à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Citant notamment l'affaire européenne *Eweida*¹⁸, il considère que la mise en balance des droits doit d'abord amener le juge à vérifier que le principe de non-discrimination ne porte pas atteinte à la substance du droit à la liberté religieuse (§ 433 : « *If the discriminatory act does not arise from a core feature of the discriminator's religious beliefs, it is less likely that it will be held to infringe his or her right to religious freedom* »). En l'espèce, il y répond par la négative dans la mesure où l'exercice d'une activité commerciale ne porte pas atteinte à la substance du droit individuel de manifester sa religion. Contrairement aux restrictions imposées dans l'exercice du culte, la personne reste libre de manifester sa religion dans le cadre d'activités religieuses (§ 430). De plus, citant une nouvelle fois la jurisprudence européenne dans le domaine plus spécifique de l'emploi, le juge Neave rappelle que M. Rowe s'est volontairement engagé dans la poursuite de cette activité commerciale. Au regard de la nature de l'activité exercée et au fait que M. Rowe s'est volontairement engagé à exercer cette activité, le juge Neave en conclut qu'il n'était pas nécessaire pour M. Rowe de traiter différemment l'association *Cobaw* pour se conformer à ses convictions religieuses (§ 435).
- 39 Au regard du raisonnement mené, on comprend que le juge Neave ne semble pas avoir une pleine et entière compréhension de la subtilité de la jurisprudence européenne. En effet, l'arrêt *Eweida*¹⁹ marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour EDH en ce qu'il met fin à l'application de la doctrine de la démission dans la mise en balance des intérêts concurrents opposant un employé à son employeur. Il marque la volonté de la Cour d'accorder une attention supplémentaire à l'employé invoquant des convictions religieuses. Comme le dispose très explicitement la Cour EDH, « *plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi excluait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction* »²⁰.

- 40 La Cour s'est donc engagée dans la voie d'une mise en balance de l'ensemble des intérêts concurrents pour déterminer si la restriction est proportionnée au but légitime revendiqué. Autrement dit, les références exclusives au caractère volontaire des activités commerciales exercées ou au fait que le requérant peut exercer sa religion par d'autres moyens alternatifs pour justifier une interprétation stricte du critère de nécessité, sans être en soi erronées, doivent être replacées dans une logique de mise en balance de l'ensemble des intérêts en cause pour être fidèle à la jurisprudence de la Cour EDH. Néanmoins, il est incontestable que la Cour EDH a clairement défendu le principe selon lequel « *seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur l'orientation sexuelle* » (§105).
- 41 Si le juge Redlich exprime également une opinion dissidente, celui-ci se prononce à l'encontre des analyses et conclusions développées par les juges Maxwell et Neave. Il considère en effet que M. Rowe pouvait légalement opérer une différence de traitement sur le fondement de l'orientation sexuelle pour se conformer à ses convictions religieuses. Le cœur de son raisonnement réside dans le fait qu'il défend une interprétation nationale de l'article 77 en référence aux intentions du législateur australien. Notamment, en insérant les articles 75 et 77, le législateur aurait déjà prévu les termes de la conciliation nécessaire entre le respect du principe de non-discrimination et le respect de la liberté religieuse. Il aurait notamment voulu protéger la liberté religieuse (§513). Plus précisément, la Partie 3 de la loi, dans laquelle sont insérés ces deux articles, traite de l'application du principe de non-discrimination dans le cadre d'activités commerciales. Rien n'indiquerait donc que les dites activités ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 77 (§ 549-550). Les juges devant se conformer aux termes législatifs de cette conciliation (§ 515), tenir compte du fait que l'objection soulevée par M. Rowe se manifeste dans le cadre d'une activité commerciale serait donc sans incidence. Seules comptent les convictions du requérant. Dans la mesure où celles-ci sont en contradiction flagrante avec le message véhiculé par l'association Cobaw, le juge en conclut que M. Rowe, pour se conformer à ses convictions religieuses, pouvait légalement opérer une différence de traitement en raison de l'orientation sexuelle comme l'y autorise l'article 77.
- 42 En raison de cette interprétation nationale de l'article 77, le juge tient à ajouter que toute interprétation systémique du critère de nécessité en référence au droit international et européen des droits de l'homme ne serait donc pas légitime car celle-ci contredirait la volonté du législateur australien. En effet, citant directement la décision *Pichon et Sajous c/ France*²¹ et l'affaire *Eweida*²², le juge Redlich estime que la Cour EDH opère une conciliation des droits en faveur du principe de non-discrimination et au détriment de la liberté religieuse (§ 541 : « *In summary, in balancing rights human rights law has in general given less precedence to religious belief in the marketplace* »). Comme le juge Neave, il estime que la Cour européenne ne qualifie pas d'atteinte à la liberté religieuse les inégalités de traitement imposées dans le cadre d'activités commerciales volontairement menées (comme dans le cadre d'un emploi) car elles n'empêchent pas le requérant de pratiquer sa religion par d'autres moyens (§ 539). Retenant une telle compréhension de la jurisprudence européenne, il en conclut logiquement que cette position de principe va à l'encontre de l'objet même de la loi nationale qui inclut, dans son domaine d'application, les activités commerciales. Ainsi, en important l'interprétation prévalant en Europe, les positions des juges Maxwell et Neave aurait fait prévaloir le principe de non-discrimination sur le respect de la liberté religieuse en restreignant le champ

d'application des dérogations pourtant prévues par le législateur. Une nouvelle fois, comme pour l'argumentation développée par le juge Neave, on peut se demander si le juge Redlich a une pleine compréhension de la subtilité des évolutions qu'a récemment connu la jurisprudence européenne.

- 43 Finalement, l'intérêt de cet arrêt réside principalement dans l'interprétation étroite que la Cour Suprême consacre de la notion d'organisation dont l'éthique est fondée sur la religion. On peut notamment se demander à juste titre si la jurisprudence de la Cour EDH peut s'appliquer à l'affaire en cause. En effet, dans les affaires européennes, les convictions religieuses des employés se heurtent aux valeurs de l'entreprise, ou bien, le comportement de l'employé n'est pas compatible avec les valeurs religieuses de l'organisation qui l'emploie. Au contraire, dans l'affaire en cause, les convictions religieuses de M. Rowe n'entrent pas en conflit avec celle du CYC. Bien au contraire, elles sont en parfaite harmonie. L'affaire en cause ne porte donc aucunement sur l'application du principe de non-discrimination dans la relation de travail qui lie un employé à son employeur. Elle porte sur un domaine différent, celui d'une relation commerciale entre un prestataire de service et un client. En effet, l'enjeu de l'affaire en cause porte sur la question de savoir si une personne peut, dans le cadre d'une relation commerciale, invoquer ses convictions religieuses personnelles pour refuser de servir un client en raison de son orientation sexuelle.
- 44 Doit-on appliquer la jurisprudence développée dans le domaine de l'emploi, c'est-à-dire la mise en balance de l'ensemble des intérêts en cause ? Ou doit-on au contraire accorder une prépondérance ou reconnaître une spécificité en raison du caractère commercial de l'activité menée, c'est-à-dire n'accepter que des « *considérations très fortes* » (pour reprendre un vocable de la Cour EDH) pour faire prévaloir la liberté religieuse sur le principe de non-discrimination ? En droit australien, la question est très délicate car, dans la loi, le principe de non-discrimination et l'unique référence à un droit dérogatoire s'appliquent autant à la relation de travail qu'à la fourniture de biens et services. Par ailleurs, le fait que la personne travaille pour une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion, en pleine adéquation avec ses convictions religieuses personnelles, bouleverse-t-il les critères de l'appréciation de ce conflit de droit ? Est-ce un élément à prendre en compte dans la mise en balance des intérêts concurrents comme le fait le juge Maxwell ? Si oui, tous les enjeux reposent sur la question de l'interprétation de la notion d'organisation dont l'éthique est fondée sur la religion. Celle-ci peut-elle s'appliquer à toutes les organisations qui prétendent, dans leur statut, se fonder sur une éthique religieuse ? Ou, doit-elle, comme le défend la Cour Suprême de l'état de Victoria, ne s'appliquer qu'aux seules organisations dont l'activité est effectivement dictée et contrôlée par des préceptes religieux ? C'est à l'ensemble de ces questions que devra répondre la Haute Cour d'Australie dans un arrêt qui sera très attendu par les communautés religieuses australiennes.

*

- 45 **Cour Suprême de l'état de Victoria, 16 avril 2014, *Christian Youth Camps Limited & Ors v Cobaw Community Health Service Limited & Ors* [2014] VSCA 75**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Voir, entres autres: Canada : Smith and Chymyshyn v. Knights of Colombus and others, 2005 BCHRT 544, du 29 novembre 2005, à propos de la location d'un hall d'Eglise par un couple d'homosexuels qui souhaitait célébrer leur union civile; Eadie and Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others (n°2), 2012 BCHRT 247, du 17 juillet 2012 ; Grande-Bretagne : Bull and another (Appellants) v. Hall and another (Respondents), (2013) UKSC 73, du 27 novembre 2013 à propos de deux personnes qui avaient refusé de louer les chambres de leur maison transformée en bed and breakfast à un couple d'homosexuels au nom de leurs convictions religieuses.
2. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 23 septembre 2010, Obst c. Allemagne et Schüth c. Allemagne, Resp. Req. n° 425/03 et n° 1620/03 – ADL du 26 septembre 2010 ; 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
3. Lire, entre autres, Neil J. FOSTER, Katherine TOWER, « New Anti-discrimination Laws erode religious freedom », The Australian, 29 mai 2014.
4. Equal Opportunity Act n° 42 de 1995 amendé par l'Equal Opportunity Act 2010, entrée en vigueur le 21 décembre 2011 dans l'état de Victoria en Australie.
5. : CJCE, 5^{ème} Chambre, Hilde Schonheit c/ Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker c/ Land Hessen, C-4/02 & C-5/02, 23 octobre 2003 ; CJCE, R c/ Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith & Perez, C-167/97, 9 février 1999
6. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. § 104 – ADL du 24 janvier 2013 : « La Cour considère que l'élément de comparaison pertinent dans ce cas est un officier d'état civil n'ayant aucune objection religieuse aux unions homosexuelles » ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), article 2 - Arrêt de la CJCE, Première Chambre, Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, 27 avril 2006, Recueil 2006, p. I-3585).
7. : CSC, Egan v. Canada, 1995 2 RCS 513, 25 mai 1995, l'orientation sexuelle y est définie comme « a deeply personal characteristics that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personals costs » ; NZ Court of Appeal, Living Word Distributors Ltd v. Human Rights Group (Wellington), 2000, NZCA 179, 31 août 2000, §36-37 ; HCA, S395/2002 v. MIMA, 2003 HCA 71, 9 décembre 2003, § 81.
8. Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (adopté par le Comité des Ministres le 31 mars 2010.
9. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, X. et autres c. Autriche, Req. n° 19010/07, § 99 – ADL du 26 février 2013 ; Cour EDH, 4^e Sect. 21 décembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, Req. n° 33290/96

10. Cour EDH, G.C. 7 juillet 2011, Bayatyan c. Arménie, Req. n° 23459/03, § 118 – ADL du 10 juillet 2011
11. Cour EDH, G.C. 9 juillet 2013, Sindicatul 'Pastorul Cel Bun' c. Roumanie, Req. n° 2330/09, § 136 : « l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve au cœur même de la protection offerte par l'article 9 de la Convention. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de ces communautés en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de leurs membres actifs du droit à la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés ».
12. Cour EDH, 5^e Sect. 23 septembre 2010, Obst c. Allemagne et Schüth c. Allemagne, Resp. Req. n° 425/03 et n° 1620/03 – ADL du 26 septembre 2010 ; Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013 ; Sur la notion d'entreprise identitaire et l'emploi, lire, entre autres : Jean-Pierre MARGUNENAUD, Jean MOULY, « Les droits de l'homme salarié dans l'entreprise identitaire », *Recueil Dalloz* 2011, n° 24, 23 juin 2011, p. 1637-1642 ; Bernard ALDIGE, « Le champ d'application de la laïcité : la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte des crèches ? », *Recueil Dalloz* 2013, n° 14, 18 avril 2013, p. 956-963 ; Julien COUARD, Licenciement pour adultère par un organisme religieux : la consécration des entreprises dites « identitaires » par la CEDH, *Revue de droit du travail*, n°1, janvier 2011, p. 45-48 ; Michel MORAND, Entreprises identitaires et religions, *Semaine Sociale Lamy*, 23 décembre 2013, supplément 1611.
13. § 248 : « I do not, overlook the fact that the objects require the facilities to be conducted in accordance with the fundamental beliefs and doctrines of the Christian Brethren and in a way which will create an atmosphere throughout the facilities that is obviously Christian. But those requirements do not, in my view, convert a secular purpose into a religious purpose ».
14. § 252 : « There are no limits imposed, either by CYC's founding documents, or by its promotional material, or by its booking practices, on who may hire the facilities or for what purpose » - §253 « CYC's camps are open to all comers ».
15. §249 « The position might have been different if CYC existed for the sole purpose of providing facilities for camps and conferences which were avowedly religious in character – that is, which were held for the purpose of religious instruction, discussion or inquiry. That might properly have been described as a religious purpose, that is, a purpose of propagating or advancing the religion ».
16. § 523 : « neither human rights law nor the terms of the exemptions required a secular tribunal to attempt to assess theological propriety. The Tribunal was neither quipped nor required to evaluate the applicants' moral calculus » - §522 « The outcome of a court's investigation of what a person's religious beliefs require may be particularly controversial where a court reaches a different conclusion to that of the applicant concerning what his or her belief require ».
17. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013.
18. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013.
19. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013.
20. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al., § 83 – ADL du 24 janvier 2013.
21. Cour EDH, 3^{ème} Sect., 2 octobre 2001, Pichon et Sajous c. France, Req. n° 49853/99.
22. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al. – ADL du 24 janvier 2013.

RÉSUMÉS

Une organisation privée ne peut se prévaloir de l'exception légale accordée aux groupes religieux « religious bodies » pour ne pas appliquer le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle dès lors que ses activités, notamment commerciales, ne sont pas contrôlées ou directement dictées par la doctrine religieuse. De même, le gérant de cette organisation ne peut se prévaloir de ses convictions religieuses personnelles pour refuser de servir des clients en raison de leur orientation sexuelle dès lors qu'il peut manifester ses convictions par d'autres moyens légaux, notamment en dehors des activités commerciales qu'il a librement consenti d'exercer.

AUTEUR

MARION TISSIER-RAFFIN

Docteure en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)