

Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: législation dans quinze États membres de l'UE

Rapport du *Groupe européen d'Experts dans le domaine
de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle*¹
concernant la mise en œuvre jusqu'au 30 avril 2004 de la
*Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur
de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail*

Résumé du chapitre 6 sur la Finlande

par Rainer Hiltunen²

traduit de l'anglais

¹ Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle (www.emmeijers.nl/experts) a été établi et créé par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'Action Communautaire de Lutte contre la discrimination 2001-2006 (http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm). Le contenu du rapport du Groupe ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position des autorités nationales ou de la Commission européenne. Le rapport, soumis en novembre 2004, vise à représenter le droit tel qu'il était fin avril 2004; seulement quelques développements postérieurs ont été pris en considération. Le texte intégral du rapport (y compris des versions anglaises des 20 chapitres et des versions françaises de la plupart des chapitres, ainsi que des résumés de tous les chapitres en anglais et français) sera édité sur le site web indiqué ci-dessus et les liens vers la page seront indiqués sur www.emmeijers.nl/experts.

² R. Hiltunen (rainer.hiltunen@iki.fi) a travaillé de 1996 à 2002 comme le directeur exécutif et le conseiller juridique de l'Association nationale des Gays et lesbiennes Seta.

Introduction

Dès avant d'entamer la mise en œuvre de la Directive-cadre en Finlande, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était déjà, dans une certaine mesure, interdite par la législation finlandaise. La Constitution finlandaise était interprétée comme interdisant aussi, implicitement, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et le Code pénal comme la loi relative aux Contrats d'emploi interdisaient la discrimination en matière d'emploi. Le harcèlement était interdit par la loi de Sécurité et de Santé professionnelles.

Par comparaison avec le niveau de protection requis par la Directive, il fallait toutefois remédier à des lacunes majeures. La définition de la discrimination, surtout, était insuffisante et n'incluait pas la discrimination indirecte ou le harcèlement.

La Directive a été transposée dans la législation finlandaise par la loi sur l'Egalité (21/2004) [*Yhdenvertaisuuslaki*], adoptée par le Parlement le 5 décembre 2003 et, après ratification par le président de Finlande, entrée en vigueur le 1^{er} février 2004.

L'action législative a consisté en l'adoption de la loi sur l'Egalité et des amendements mineurs à cinq lois: la loi relative à l'Ombudsman des minorités; la loi relative aux Contrats d'emploi; la loi relative aux Marins; la loi relative aux Fonctionnaires et la loi relative aux Titulaires d'une fonction municipale.

La loi sur l'Egalité est le noyau législatif du changement législatif et des amendements mineurs aux autres lois qui étaient nécessaires pour donner de la consistance au cadre législatif.

Interdiction de discriminer

La loi sur l'Egalité s'applique à l'entreprise privée comme publique pour:

- les conditions d'accès à des activités non salariées ou au commerce et à l'appui des professions;
- les critères de recrutement, les conditions de travail, les termes ou conditions d'emploi;
- la formation personnelle et la promotion;
- l'accès à la formation, y compris l'orientation professionnelle, la formation professionnelle, la formation de perfectionnement et la formation de reconversion;
- l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations.

L'interdiction de la loi a un large champ d'application personnel: en fait, elle s'applique aux employeurs tant comme personnes physiques que comme personnes morales, ainsi qu'aux employés, comme les collègues.

La loi sur l'Egalité définit la discrimination comme incluant la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement ou l'injonction de discriminer. Les définitions utilisées pour décrire ces formes de discrimination semblent avoir leur origine dans la Directive.

La définition de l'emploi et du travail n'inclut pas le service militaire obligatoire, mais couvre les personnes qui travaillent pour les forces de la défense en vertu d'un contrat d'emploi ou comme fonctionnaires.

Pas plus la loi que le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale ne définit le sens du terme "orientation sexuelle". Ailleurs dans la législation finlandaise, il est aussi toujours fait référence à l'orientation sexuelle sans en définir la signification. On pense probablement que cela va de soi et c'est pourquoi on ne précise pas que le terme fait référence à l'orientation homosexuelle, bisexuelle et hétérosexuelle.

De même, alors que la loi sur l'Egalité est destinée à interdire toute discrimination, les motifs interdits de discrimination sont définis dans la loi comme une catégorie ouverte (race, origine nationale ou ethnique, ... orientation sexuelle ... ou un autre motif lié à sa personne). "Un autre motif lié à sa personne" servirait donc de manière alternative pour aborder certaines formes de discrimination fondée sur une orientation différente. Il faut cependant noter qu'il est possible de réclamer une compensation pour discrimination fondée sur "l'orientation sexuelle", mais pas pour discrimination fondée sur "un autre motif lié à sa personne".

Il n'y a pas de raison de croire que "l'orientation sexuelle" dans la loi sur l'Egalité aurait une interprétation étroite. Cependant, rien dans les travaux préparatoires ne définit ou ne donne des exemples de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

A la lumière de la jurisprudence, la discrimination fondée sur la révélation par une personne de son orientation sexuelle ou sur le fait qu'elle ne la cache pas serait probablement interprétée comme étant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

A la lumière de l'énoncé de la loi, le fait de traiter différemment des couples de même sexe et de sexe différent semblerait être une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La loi ne fait pas directement référence au sujet. Elle ne fait aucune référence à de quelconques conséquences juridiques du mariage, du partenariat enregistré ou du concubinage, pas plus que ne le fait le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale. Il n'y a pas non plus de références au considérant 22 de la Directive.

Le harcèlement a été défini dans la loi comme une situation où l'on porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité d'une personne ou d'un groupe de personnes, que ce soit volontairement ou *de facto*, en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Il n'est pas nécessaire que le harcèlement soit dirigé vers un individu donné. L'exemple proposé

précise que “du matériel exposé publiquement, par exemple dans les locaux de l'entreprise, et décrivant un groupe [ethnique] d'une manière insultante ou dégradante peut être du harcèlement”. Logiquement, un langage insultant sur le lieu de travail, même s'il ne s'adresse pas à un individu, pourrait donc être considéré comme du harcèlement.

Quant à savoir si le fait d'exprimer des opinions négatives au sujet des homosexuels, par exemple, équivaut à du harcèlement, cela dépend si cela crée ou non un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Exceptions

La loi sur l'Egalité ne prévoit pas d'exceptions à l'interdiction de la discrimination en ce qui concerne les paiements de la sécurité sociale. De plus, aucune exception n'est prévue en ce qui concerne la sécurité publique ou la protection des droits d'autrui, etc.

La loi sur l'Egalité autorise l'action positive en précisant qu'un plan visant à atteindre des objectifs fixés dans la loi sur l'Egalité ne serait pas considéré comme discriminatoire. Il est en outre clairement stipulé qu'une action spéciale visant à réaliser l'égalité *de facto* en empêchant ou en allégeant des torts causés par des motifs de discrimination est autorisée (action positive).

Les désavantages indirects objectivement justifiés dans la définition de la discrimination indirecte respectent l'énoncé de la Directive: “lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une personne par rapport à une autre personne, à moins que *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires*”.

De plus, les différences de traitement ne sont pas considérées comme de la discrimination si elles sont “fondées sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante liée à la nature de l'activité professionnelle donnée ou au contexte dans lequel elle s'exerce”.

En ce qui concerne les employeurs religieux, la proposition gouvernementale stipule que les États membres peuvent légiférer des exigences professionnelles particulières pour les Eglises et les institutions comparables. La proposition du gouvernement semble ignorer le prérequis de la Directive selon lequel les États membres ne peuvent que conserver des exigences professionnelles spéciales en raison de foi ou de convictions et non pas en créer d'autres.

On peut se demander si le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale crée, pour les personnes travaillant dans l'Eglise, de nouvelles exigences professionnelles acceptables, non mentionnées antérieurement dans la législation.

Le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale prend pour point de vue que, conformément à l'actuelle loi relative à l'Eglise (chapitre 6, section 1), seul un membre de l'Eglise peut être nommé à un poste religieux ou comme enseignant au sein de l'Eglise. La Commission de droit constitutionnel du

Parlement a aussi stipulé que, nonobstant la section 6(2) de la Constitution, l'Eglise a le droit d'exiger l'affiliation de ses employés.

Le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale va au-delà de ces exigences en précisant que l'on peut exiger des personnes qui travaillent comme enseignants, comme diacres, dans des cérémonies religieuses ou pour représenter la position de l'Eglise à l'extérieur qu'elles aient une certaine conviction religieuse en plus d'appartenir à l'Eglise.

Application du droit

La loi sur l'Egalité stipule que la responsabilité d'engager une action pour toute discrimination relative à l'emploi revient aux Services de sécurité et de santé professionnelles. Cet organisme a la responsabilité de fournir des avis, de donner des instructions et de faire des déclarations sur l'application des dispositions et de la réglementation relatives à la sécurité et à la santé professionnelles; l'organisme n'a cependant pas le pouvoir de présenter un cas devant le tribunal ou de représenter des employés dans une procédure judiciaire. Il revient à l'employé de présenter l'affaire devant le tribunal, ce qui doit se faire avec l'aide d'un syndicat ou d'un avocat.

La législation finlandaise n'autorise pas un groupe d'intérêt à intenter une action en justice pour le compte d'un individu et les actions collectives ne sont pas permises lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi. La loi ne contient pas de dispositions permettant de modifier la situation. Il semblerait que le gouvernement finlandais utilise la possibilité décrite au considérant 29 ("sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions") pour maintenir la situation actuelle. Un avocat travaillant pour une organisation peut toutefois représenter une victime en agissant comme son conseil.

Le fournisseur d'emploi ou d'enseignement qui enfreint l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge, l'origine ethnique ou nationale, la nationalité, la religion, les convictions, le handicap ou l'orientation sexuelle est tenu de payer à la victime une compensation pouvant aller jusqu'à 15.000 euros. La compensation peut aussi être ordonnée en cas de violation de l'interdiction de l'injonction de discriminer ou de la rétorsion. L'interdiction de rétorsion est définie dans la loi sur l'Egalité comme une interdiction de sanctions. La loi sur l'Egalité stipule que personne ne peut être placé dans une position défavorable ou traité de manière à souffrir de conséquences négatives pour s'être plaint ou avoir entrepris une action visant à sauvegarder l'égalité.

La compensation peut aussi être laissée sans adjudication et le montant maximum de 15.000 euros peut être dépassé si, au vu de toutes les circonstances, cela se justifie.

La compensation n'affecte pas le droit de la victime de réclamer une compensation pour dommages en vertu d'autres lois, particulièrement la loi de Responsabilité en tort. La compensation n'interdit pas non plus d'appliquer les dispositions du Code pénal conformément auxquelles la personne qui a violé l'interdiction de discrimination en matière d'emploi sera condamnée, pour

discrimination au travail, à une amende ou à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six mois.

Les sanctions sont appliquées à l'employeur comme personne morale, mais un employeur qui est une personne physique peut également être sanctionné. L'utilisation d'une agence d'intérim ne libère pas l'employeur de la responsabilité de payer une compensation.

Il est de plus expliqué, dans le Mémoire explicatif de la proposition gouvernementale, que la compensation ne s'applique pas entre deux individus privés (par exemple entre collègues). En cas de harcèlement entre collègues, il semble que l'employeur ne puisse pas être tenu de verser une compensation, même s'il a agi de manière négligente.

La charge de la preuve de la discrimination est partagée, comme l'exige la Directive. Conformément à la loi sur l'Égalité: "Si une personne qui se considère victime d'une discrimination telle que définie à la section 6 établit devant un tribunal ou un autre service compétent des informations desquelles on peut présumer qu'il y a eu violation de l'interdiction de discrimination, il revient à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation de l'interdiction."

La loi sur l'Égalité inclut aussi une disposition permettant de réagir aux clauses de contrats discriminatoires. Les clauses de contrats ou de conventions peuvent être déclarées de nul effet ou modifiées par le tribunal si elles sont jugées discriminatoires en vertu de la loi.

Observations conclusives

La loi sur l'Égalité semble répondre aux exigences qu'implique la mise en œuvre de la Directive. Elle ne prévoit cependant aucune possibilité pour les groupes d'intérêt d'agir à l'appui ou pour le compte de la victime. Conformément à la législation finlandaise, ils ne peuvent représenter la victime qu'en son nom, mais ne peuvent pas intenté une action individuelle. Cela semble être en contradiction avec l'article 9 de la Directive, mais ce pourrait être autorisé en vertu du considérant 29 de la Directive.