

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 3 sur l'Autriche

par Helmut Graupner²

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 H. Graupner (hp@graupner.at ; www.graupner.at) est *Rechtsanwalt* (avocat) à Vienne et c'est l'expert autrichien du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle ; il est également docteur en droit de l'Université de Vienne, vice-président de la Société autrichienne de recherches sexuelles (ÖGS, www.oegs.or.at) président du *Rechtskomitee* LAMBDA (www.RKLambda.at) et vice-président, pour l'Europe, de l'Association juridique internationale des lesbiennes et Gays (ILGLaw, www.ILGLaw.org).

Introduction

Alors que l'Autriche a été le premier pays au monde à abolir la peine de mort pour relations homosexuelles, elle est ensuite devenue l'un des pays les plus répressifs en Europe.

La législation est restée en l'état bien avant dans le XX^e siècle et le dernier des délits spéciaux contre les homosexuels (article 209 du Code criminel) est resté en vigueur jusqu'au XXI^e siècle, et même alors, a été remplacé par une loi à l'énoncé neutre (article 207b du Code criminel), qui s'applique à nouveau principalement contre les homosexuels.

Sur cet arrière-plan de discrimination perpétuée jusque dans le droit criminel, on s'attendrait à ce qu'on ne soit pas arrivé à grand-chose en ce qui concerne la protection, par la législation civile, contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

C'était en effet le cas, du moins jusqu'à la mise en œuvre au niveau fédéral de la Directive au 1^{er} juillet 2004. La protection contre la discrimination en général a traditionnellement été faible dans le droit autrichien.

Interdiction de discriminer

Au niveau fédéral, deux propositions ont été soumises à l'été 2003 à la consultation publique: une proposition pour l'emploi privé et une pour l'emploi public fédéral. Sur la base de ces propositions, le gouvernement fédéral a présenté en novembre 2003 deux propositions au Parlement: de nouveau une couvrant l'emploi privé et l'autre pour l'emploi public fédéral. Conformément à ces propositions, une nouvelle "*Gleichbehandlungsgesetz*" ou *GIBG* ("loi d'Égalité de traitement") et une nouvelle "*Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft*" ou *GBK/GAW-G* ("loi fédérale relative à la Commission d'égalité de traitement et à l'Agence d'égalité de traitement") mettraient en œuvre la Directive dans l'emploi privé et une nouvelle "*Bundes-Gleichbehandlungsgesetz*" ou *B-GBG* ("loi fédérale d'Égalité de traitement") dans l'emploi public fédéral.

Les deux propositions présentées par le gouvernement fédéral au Parlement en novembre 2003 ont été adoptées par la première chambre du Parlement (le "*Nationalrat*" ou Conseil national) le 26 mai 2004 avec quelques amendements³. La seconde chambre (le "*Bundesrat*" ou Conseil fédéral) a adopté les propositions le 9 juin 2004 sans autres amendements. Les lois ont

³ A la fin juillet 2004, trois des neuf États confédérés autrichiens avaient voté des propositions (pas encore en vigueur) de mise en œuvre de la Directive dans leurs domaines de compétence: Vienne, la Basse-Autriche et la Styrie; la Haute-Autriche et la Carinthie avaient présenté des projets de loi. Quatre des neuf États (Vorarlberg, Tyrol, Salzbourg, Burgenland) n'ont pas encore présenté d'initiative législative de mise en œuvre de la Directive. Les propositions présentées en Haute-Autriche et en Carinthie, ainsi que les propositions adoptées en Styrie et à Vienne, interdisent également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que l'emploi.

Ce texte est un résumé du chapitre 3, qui contient des informations sur les développements du droit jusqu'au 30 avril 2004. Les développements ultérieurs ne sont illustrés que par (les plus importants) des exemples dans l'addendum à ce chapitre. En ce qui concerne la législation fédérale, le présent résumé est le reflet de la situation au 1^{er} juillet 2004; les commentaires, dans ce résumé, au sujet de la situation juridique dans les États confédérés d'Autriche sont principalement le reflet du texte des propositions d'État telles qu'en avril 2004.

été publiées dans le Journal de droit fédéral ("*Bundesgesetzblatt*") le 23 juin 2004⁴ et sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

Les lois fédérales font usage de la traduction littérale des mots français "orientation sexuelle": "*sexuelle Orientierung*". Les propositions d'État utilisent en revanche l'énoncé allemand de la Directive, qui est "*sexuelle Ausrichtung*" ("alignement sexuel").

Aucune des lois/propositions ne définit "*l'orientation sexuelle*". Les notes explicatives des lois fédérales (et de la proposition de Styrie) disent que le terme doit être interprété de manière extensive et qu'il est généralement compris comme "hétérosexuel, homosexuel et bisexuel".

Les lois fédérales (et les propositions de Haute-Autriche et de Styrie) interdisent la *discrimination directe et indirecte* en répétant l'énoncé de la Directive (la proposition de Vienne utilise un énoncé différent de celui de la Directive, cadrant mal avec la Directive).

Les lois fédérales (et les propositions d'État en Haute-Autriche et en Styrie) interdisent le *harcèlement* en répétant, en essence, l'énoncé de la Directive. Les lois fédérales restent cependant en deçà de la Directive en ce sens qu'elles restreignent l'interdiction du harcèlement à une atteinte (réussie) à la dignité et à la création d'un certain environnement et qu'elles ne couvrent pas le comportement (non couronné de succès) *ayant (seulement) pour objet* de porter atteinte à la dignité et de créer l'environnement spécifique⁵. Une *injonction de discriminer* est considérée comme une discrimination dans toutes les lois et propositions. Une injonction de harcèlement n'est considérée comme une discrimination que dans les lois fédérales (et dans les propositions de Haute-Autriche et de Styrie).

En ce qui concerne le *champ d'application matériel*, les lois fédérales (et les propositions de Vienne et de Styrie) couvrent toute discrimination "liée à l'emploi"⁶. La loi fédérale relative à l'Emploi privé (comme les propositions de Haute-Autriche et de Styrie) interdit également la discrimination dans les domaines de l'accès à l'orientation professionnelle, à la formation professionnelle, au perfectionnement et à la formation de reconversion, ainsi que la discrimination concernant 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.

Dans les *activités non salariées*, la loi fédérale relative à l'Emploi privé et la proposition de Vienne ne couvrent que *l'accès aux activités non salariées*. Seules les lois fédérales semblent rencontrer les exigences de la Directive en

⁴ BGBl 66/2004 (GIBG); BGBl I 65/2004 (B-GBG).

⁵ La proposition de Vienne se contente d'une atteinte à la dignité et ne prévoit pas la création (potentielle) d'un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant; elle limite cependant aussi l'interdiction de porter atteinte (avec succès) et ne couvre pas le comportement (non couronné de succès) *ayant (uniquement) pour objet* de porter atteinte à la dignité.

⁶ La proposition de Haute-Autriche couvre toutes les "mesures" par des organismes d'État, de (confédérations de) pouvoirs publics locaux et d'organismes autonomes (régis par la législation d'État).

ce qui concerne le *champ d'application personnel*. Sous cet aspect, les propositions d'État restent en deçà de la Directive⁷.

Le principe de l'égalité de traitement s'applique indépendamment du fait que l'orientation sexuelle d'une personne, sur laquelle est fondée la discrimination, soit *réelle ou (simplement) supposée*. L'orientation sexuelle couvre également *l'activité sexuelle*.

Le traitement inégal de *partenaires non mariés de même sexe par rapport à des partenaires non mariés de sexes opposés* est interdit. Le traitement inégal entre couples mariés de sexes opposés et couples mariés de même sexe, reconnu par le droit autrichien, semble aussi être interdit. Il n'y a rien sur les partenaires enregistrés dans les textes ou les notes explicatives. Étant donné l'interdiction générale, non restrictive, de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les lois, le traitement (directement et indirectement) inégal des partenaires enregistrés de même sexe par rapport aux partenaires enregistrés de sexes opposés devrait être couvert⁸.

Exceptions

Seules des exceptions concernant les exigences professionnelles et l'action positive sont établies. Les lois fédérales et propositions d'État respectives relatives à ce sujet répètent l'énoncé de la Directive⁹.

Application du droit

Les lois/propositions mettent en place des organismes spécialisés en plus des tribunaux et des autorités administratives. Tous ces organismes couvrent tous les motifs de discrimination (sauf le handicap et, à Vienne, sans le genre), y compris l'orientation sexuelle.

Toutes les lois/propositions mettent en place des ombudsmen dont les tâches et compétences sont mentionnées à l'art. 13 de la Directive 2000/43¹⁰.

⁷ La proposition de Styrie couvre toute discrimination dans l'emploi, sans spécifier certains (groupes de) coupables et inclut expressément le harcèlement par des tiers (différents de l'employeur); mais, en dehors de l'emploi, la discrimination n'est couverte que lorsqu'elle est le fait d'organismes d'État et de (confédérations de) pouvoirs publics locaux. La proposition de Haute-Autriche ne couvre que la discrimination commise par des organismes d'État, des (confédérations de) pouvoirs publics locaux et des organismes autonomes; cela exclut par exemple les agences d'intérim. La proposition de Vienne est la plus restrictive en ce qui concerne le champ d'application personnel. Elle ne couvre que la discrimination infligée par des employés de l'État de Vienne, n'excluant pas seulement le comportement de tiers (comme les agences d'intérim), mais aussi des organismes d'État (comme les membres du gouvernement ou du Parlement). Les propositions de Haute-Autriche et de Vienne restreignent en outre l'application personnelle en ce qui concerne l'injonction de discriminer. En Haute-Autriche, l'injonction n'est considérée comme une discrimination que si cette injonction provient d'un supérieur et, à Vienne, que si elle s'adresse à un (autre) employé de l'État de Vienne.

⁸ La proposition de Styrie interdit l'usage discriminatoire de la "situation familiale" comme critère de recrutement.

⁹ Seule la proposition de Vienne autorise tout type de "justification raisonnable" de la discrimination (directe et indirecte) et reste donc en deçà de la Directive.

¹⁰ L'efficacité des *Ombudsmen* à Vienne et en Styrie semble menacée par le fait que ces Ombudsmen ne peuvent exercer leurs fonctions qu'à temps partiel, en plus de leurs fonctions de service ordinaires; la proposition de Styrie stipule explicitement que la fonction doit être exercée avec aussi peu que possible d'effets néfastes sur les fonctions de service ordinaires. Seule la proposition de Haute-Autriche stipule que l'Ombudsman doit recevoir le personnel nécessaire.

Les lois fédérales (et la proposition de Styrie) établissent des *Commissions d'égalité de traitement*. L'efficacité de ces Commissions semble être affaiblie par le fait que leurs membres doivent exercer leur fonction *pro bono*.

Les Commissions peuvent délivrer des opinions non contraignantes et des recommandations non contraignantes. Toute victime de discrimination peut s'adresser à la Commission, mais les procédures devant la Commission ne sont pas un prérequis pour une action pénale ou administrative.

Aucune des lois/propositions ne prévoit de *sanctions criminelles*.

La loi fédérale relative à l'Emploi privé (et la proposition de Haute-Autriche) prévoit une *procédure pénale administrative*¹¹. La loi fédérale relative à l'Emploi privé institue une amende administrative pour une annonce d'emploi discriminatoire; la peine maximale n'est cependant que de 360 EUR et il est exclu de punir des employeurs dont c'est le premier délit (ils ne reçoivent qu'un avertissement); il paraît douteux que ce niveau de sanction rencontre les exigences de sanctions "effectives, proportionnées et dissuasives" de la Directive.

Toutes les lois/propositions prévoient des *sanctions civiles* et – c'est un principe – une victime de discrimination a le choix entre l'annulation de l'action de discrimination et la compensation d'un dommage pécuniaire (en cas de non-recrutement ou de non-promotion, seule une réclamation en dommages est possible), les deux cas incluant l'option de réclamer des indemnités non-pécuniaires. Cette règle de base est sujette aux exceptions suivantes:

En cas de *résiliation d'emploi*, une victime ne peut que contester la résiliation, sans l'option d'accepter la résiliation et de réclamer des indemnités. Comme beaucoup de victimes refusent, pour de bonnes raisons, de retourner chez un employeur discriminatoire, la discrimination de telles victimes reste non sanctionnée (pas de réintégration, pas de compensation). Cela (ainsi que l'absence d'une réclamation pour dommages non pécuniaires en cas de réintégration) semble peu conforme à la Directive. La limite temporelle de 15 jours pour contester la résiliation d'un emploi dans toutes les lois/propositions paraît trop courte pour répondre aux exigences de la Directive.

Dans la loi fédérale relative au Secteur privé, la compensation pour *dommages non pécuniaires*, en cas de non-recrutement et de non-promotion, est limitée à un maximum de 500 EUR si l'employeur prouve que la victime n'aurait de toute façon pas été recrutée ou promue. La même règle s'applique avec la loi fédérale relative à l'Emploi public (et la proposition de Vienne), qui limite la compensation pour dommages non pécuniaires (et pécuniaires!), dans le cas de non-recrutement, à un maximum de trois mois du salaire d'une catégorie d'employés donnée (qui n'est pas la catégorie que visait l'employé discriminé), si l'employeur prouve que la victime n'aurait de toute façon pas été recrutée ou promue; en cas de non-promotion, la compensation pour dommages non pécuniaires (et pécuniaires!) est limitée à un maximum égal à la différence de

¹¹ La proposition de Haute-Autriche prévoit une amende maximale de 7.000 EUR pour les auteurs de discrimination.

salaire de trois mois. La législation nationale autrichienne ne prévoit pas de limitations similaires pour les réclamations de dommages non pécuniaires¹².

Dans certaines régions, les lois/propositions *ne prévoient aucune sanction*. C'est le cas de la rétorsion d'employés dans les lois fédérales¹³.

La loi fédérale relative à l'Emploi public (ainsi que les propositions de Vienne et de Haute-Autriche) est dépourvue de toute sanction en cas d'annonce d'emploi discriminatoire. La loi fédérale relative à l'Emploi privé prévoit des amendes administratives¹⁴.

La loi fédérale relative à l'Emploi privé et la proposition de Vienne fixent une sanction très efficace pour les firmes qui ne respectent pas l'interdiction de discrimination: l'exclusion de l'assistance accordée par la fédération.

En général, les sanctions peuvent s'appliquer à toutes les personnes qui sont du ressort de l'interdiction de discrimination. Les lois fédérales (et la proposition de Styrie) stipulent que, dans le cas du harcèlement par des tiers (d'autres employés ou des clients, etc.), la compensation ne peut être réclamée à l'employeur que s'il n'intervient pas *par défaut*; à mon avis c'est une exigence que n'établit pas la Directive¹⁵.

Alors que la loi fédérale relative à l'Emploi privé (et la proposition de Styrie) exige que les divers organismes d'application soient composés à parts égales d'hommes et de femmes, on ne trouve dans aucune des lois/propositions de disposition demandant ou suggérant que *des membres des autres groupes discriminés* couverts par l'art. 13 CE – comme des hommes et femmes homosexuels et bisexuels – jouissent d'une représentation raisonnable au sein de ces organismes.¹⁶

Toutes les lois/propositions restent en deçà de la Directive en ce qui concerne *la légitimation d'agir des groupes d'intérêt*, étant donné que le simple droit de représenter un plaignant (à la place d'un avocat) ne suffit pas; seules les lois fédérales (et la proposition de Styrie) accordent l'opportunité de fournir des opinions d'experts, mais seulement au cours des procédures qui se déroulent devant les Commissions d'égalité de traitement et pas devant les tribunaux. Le Parlement a amendé la loi relative à l'Emploi privé en accordant à une tierce partie un droit d'intervention devant les tribunaux pour une ONG spécifique (à l'exception de toutes les autres ONG). Il n'y a aucune légitimation d'agir devant

¹² Dans le cas d'employés publics, la proposition de Haute-Autriche ne prévoit une compensation pour dommages non pécuniaires qu'en cas de harcèlement; même chose pour la proposition de Vienne.

¹³ Ainsi que dans les propositions de Vienne et de Styrie et pour l'injonction de discriminer dans la proposition de Vienne.

¹⁴ La proposition de Styrie n'autorise la publication d'annonces d'emploi qu'avec l'accord du Commissaire à l'égalité de traitement; si une annonce (directement ou indirectement) discriminatoire paraît en dépit des objections du Commissaire, l'annonce doit être répétée suivant les directives du Commissaire.

¹⁵ Alors que la proposition de Haute-Autriche interdit aussi la discrimination aux *organismes autonomes*, elle ne prévoit pas de sanctions civiles pour eux, mais seulement des sanctions administratives. Et la proposition de Styrie, tout en établissant un champ d'application personnel beaucoup plus vaste de l'interdiction, ne fixe des sanctions pour discrimination au recrutement, à la promotion et au paiement que si l'employeur est responsable de la discrimination.

¹⁶ La proposition de Styrie prévoit que, dans chaque cas relatif à l'orientation sexuelle, un membre de la Commission d'égalité de traitement doit être un *expert en discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* désigné par le gouvernement d'État. Et pour la nomination des ombudsmen, il faut examiner leur expérience dans la représentation d'employés dans des matières d'égalité de traitement. On ne trouve aucune disposition de ce type dans les autres lois/propositions.

les tribunaux en vertu de la proposition relative à l'emploi public et aucune légitimation d'agir "pour le compte de" dans toutes les lois/propositions.

Dans les procédures pénales administratives, il n'y a aucune légitimation d'agir pour les groupes d'intérêt (il n'y a même pas de légitimation d'agir pour la victime de discrimination elle-même).

Ce sont toujours les autorités administratives qui doivent enquêter sur les faits de l'affaire; par conséquent *le transfert de la charge de la preuve* n'est pas prévu¹⁷. Les lois fédérales stipulent qu'une victime n'a pas besoin de prouver la discrimination devant les tribunaux: il suffit qu'elle établisse les faits desquels on peut présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte; d'autre part, il suffit également que le défendeur lui-même établisse les faits desquels on peut présumer qu'il n'y a pas eu de discrimination directe ou indirecte pour que la charge de la preuve soit totalement retransférée à la victime;¹⁸ cela semble bien être en contradiction avec l'art. 10 § 1^{er} de la Directive: "il incombe à la partie défenderesse de *prouver* qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement". La même réglementation est prévue par la loi fédérale relative à l'Emploi public (et la proposition de Styrie) pour sa Commission d'égalité de traitement, mais il n'y a pas de réglementation de la charge de la preuve pour la Commission d'égalité de traitement dans la loi relative à l'Emploi privé¹⁹.

La rétorsion est prévue dans toutes les lois/propositions.

Observations conclusives

Jusqu'ici, il n'y a en Autriche de législation de mise en œuvre qu'au niveau fédéral et dans trois États confédérés; seule la législation fédérale est en vigueur.

La législation fédérale et les propositions adoptées (par trois des neuf États confédérés, plus une ébauche de proposition dans deux États) dépassent dans certains domaines les obligations minimales de la Directive (art. 8(1) Directive) (exemples; toutes les dispositions favorables ne figurent pas dans toutes les lois/propositions):

- L'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle également en dehors de l'emploi.
- Les ombudsmen et Commissions d'égalité de traitement ayant pour tâche de couvrir aussi les questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (cependant, des problèmes constitutionnels au sujet de leur indépendance, ainsi que le fait que les organismes d'application sont considérés comme des agences gouvernementales, la majorité de leurs membres étant nommés par des membres du gouvernement – qui, dans le cas des employés publics, sont même l'employeur – pourraient affaiblir l'efficacité de ces organismes).

¹⁷ La proposition de Vienne fixe aussi, pour les tribunaux, l'obligation d'enquêter sur les faits de l'affaire.

¹⁸ Le Parlement a légèrement modifié l'énoncé, mais sans changer la substance déficiente de la disposition.

¹⁹ Pour les procédures devant les tribunaux, la Haute-Autriche et la Styrie reprennent l'énoncé de la Directive et s'alignent donc sur la Directive.

- L'exclusion de l'assistance publique pour les firmes ne respectant pas l'interdiction de discrimination.
- Un usage très restrictif des exceptions autorisées par la Directive.

Il y a cependant des lacunes majeures dans la mise en œuvre (exemples; toutes les lacunes ne figurent pas dans toutes les lois/propositions):

- *Légitimation d'agir des groupes d'intérêt*: aucune légitimation d'agir des groupes d'intérêt devant les tribunaux dans l'emploi public et devant les autorités administratives. Légitimation d'agir "à l'appui" devant les tribunaux dans l'emploi privé pour une unique ONG spécifique (à l'exception de toutes les autres ONG); aucune légitimation d'agir "pour le compte de" dans aucune des lois/propositions.
- *Charge de la preuve*: charge de la preuve retransférée à la victime si le défendeur prouve "une probabilité" (plutôt que prouve) qu'il n'y a pas eu discrimination.
- *Compensation*: limitée à un montant maximum (aussi faible que 500 EUR) si l'employeur prouve que la victime n'aurait de toute façon pas été recrutée ou promue; en cas de résiliation, aucune compensation si la victime ne retourne pas chez l'employeur (discriminatoire).
- *Sanctions*: amende administrative maximum d'un maigre 360 EUR et exemption de la sanction pour les employeurs dont c'est la première infraction (avertissement seulement).
- *Harcèlement*: seul est couvert le comportement qui résulte en une atteinte à la dignité et en la création d'un certain environnement, mais pas le comportement qui a (seulement) pour objet de le faire; manque de couverture de l'injonction à harceler.
- *Activités non salariées*: soit les personnes ne sont pas couvertes, soit seul l'accès aux activités non salariées est couvert, pas les conditions ni la résiliation.
- *Travail obligatoire et bénévole*: aucune disposition concernant le service militaire obligatoire, le service militaire de substitution obligatoire, le travail (obligatoire) des prisonniers et le travail (honoraire) non professionnel bénévole.
- *Limitations du champ d'application personnel de l'interdiction de discrimination*.
- *Manque de sanctions pour certains types de discrimination*.
- *Aucun contrôle*.
- *Portée*: aucun des neuf États n'a présenté une initiative législative de mise en œuvre de la Directive pour les travailleurs agricoles.

Quatre des neuf États confédérés (Vorarlberg, Tyrol, Salzbourg, Burgenland) n'ont pas encore présenté d'initiative législative de mise en œuvre de la Directive.