

Un médiateur contre les discriminations en Suède

(1) Hans Ytterberg est juriste de formation. Il a occupé les fonctions de juge. Avant d'être nommé médiateur, il travaillait au Ministère suédois de la justice. Il a aussi été rapporteur à la Commission des affaires européennes du parlement suédois,

Depuis le 1^{er} mai 1999, la Suède dispose d'un médiateur chargé de lutter contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle. Le 10 mars, à l'initiative de Daniel Borrillo et de AIDES, le directeur général de cette toute nouvelle institution, Hans Ytterberg, intervenait au Centre culturel suédois devant un auditoire conquis à l'idée qu'une telle institution puisse exister un jour en France. Nous n'avons pas pu résister à vous livrer les grandes lignes de son intervention (dite en français!)...

« Laissez-moi tout d'abord vous dire que c'est un grand plaisir, pour moi, d'avoir l'occasion de collaborer à cette réunion en intervenant sur la protection contre l'homophobie et contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle dans mon pays. Je m'appelle donc Hans Ytterberg et je suis Médiateur contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Comme certains d'entre vous le savent peut-être, nous avons en Suède une longue tradition concernant les médiateurs dans différents domaines. Nous avons par exemple, depuis longtemps, un Médiateur pour l'égalité entre les hommes et les femmes. Nous avons aussi un Médiateur contre la discrimination ethnique et, depuis environ cinq ans, un Médiateur contre la discrimination des handicapés. Depuis le 1^{er} mai 1999, ces médiateurs et d'autres ont maintenant aussi une petite sœur — ou un petit frère —, à savoir le Médiateur contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, autorité dont je suis le directeur général.

Ce qui m'a motivé

Lorsque le gouvernement suédois m'a proposé ce poste de Médiateur, j'ai été à la fois effrayé et ravi. Effrayé car je savais que de nombreuses personnes allaient probablement placer de grands espoirs dans ce que cette autorité allait pouvoir réaliser, espoirs dont certains étaient peut-être tout à fait irréalistes. Ravi, car c'est un privilège extraordinaire que d'avoir la chance de participer à la construction de quelque chose de tout à fait nouveau, une autorité tout à fait nouvelle, depuis le début. Mais ravi pas seulement pour cela. Lorsque j'ai eu dix-sept ans et que je suis tombé amoureux, j'ai appris très rapidement que, contrairement à mon meilleur copain et à sa petite amie, l'objet de ma flamme amoureuse et moi-même nous étions non seulement des pécheurs mais également, au sens de la loi, des délinquants. La limite d'âge plus élevée, pour les relations entre des personnes du même sexe que la limite d'âge pour les relations hétérosexuelles, qui était à ce moment toujours en vigueur en Suède n'a disparu que plu-

sieurs années plus tard. La découverte de notre comportement criminel se compléta très rapidement par la découverte que nous étions en plus des malades. L'amour entre deux hommes ou entre deux femmes était, encore, formellement classé comme une maladie mentale. Cette classification ne disparaîtra pas avant 1979.

Ces considérations m'ont fortement marqué, elles ont été à l'origine du travail auquel j'ai consacré une partie importante de ma vie d'adulte: le combat pour le droit, mon droit, votre droit, le droit de chacun d'aimer qui nous voulons. Qui tu aimes n'a point d'importance: l'important c'est d'aimer!

Il est devenu, en conséquence, tout à fait naturel pour moi d'être dans ma carrière et dans ma vie professionnelle avec toute ma personnalité; mon orientation sexuelle incluse.

Pourquoi? Pour deux raisons. Tout d'abord parce que j'ai la conviction bien arrêtée que lorsqu'une personne, ayant des expériences différentes de celle de la majorité, entre dans un organisme, cette personne apporte quelque chose de positif dans la plupart, pour ne pas dire dans tous les lieux de travail. C'est toujours un grand danger de ne s'entourer que de personnes qui ont le même aspect, partagent les mêmes points de vue et sont porteuses des mêmes expériences que vous-même. Mais avant tout, encore pour une autre raison: parce que les hétérosexuels le

Les hétérosexuels exposent leur orientation sexuelle 24 h sur 24

font tout le temps. Alors, pourquoi ne le ferais-je pas moi aussi? C'est à ce moment-là que de nombreuses personnes, principalement des hétérosexuels, mais également de nombreux gais et lesbiennes commencent à protester. Ils disent: mais, personne ne doit se préoccuper de ma vie sexuelle! Les hétérosexuels ne passent pas leur temps à parler de leur sexualité. Quelle erreur!

Les hétérosexuels exposent leur orientation sexuelle 24 heures sur 24 — en tout cas lorsqu'ils sont réveillés ou qu'ils parlent pendant leur sommeil. Bien qu'ils ne s'en rendent pas compte. Les hétérosexuels n'ont pas d'orientation sexuelle. Il n'y a que les homosexuels qui en ont. Les hétérosexuels sont simplement "ordinaires" ou "comme chacun", comme "M. Dubois". Voyons donc... Quand Marianne arrive au travail, le lundi matin, et qu'elle raconte à ses collègues ce qu'elle a fait pendant le week-end, elle raconte qu'elle a été à la campagne et qu'elle a cueilli des champignons avec son mari, personne ne l'entend dire: "Salut, je m'appelle Marianne et je suis hétéro". Bien que ce soit précisément ce qu'elle dit. Quand Pascal arrive, lui aussi, au même lieu de travail, ce même lundi matin et dit exactement la même chose: il raconte qu'il a été à la cam-

pagne et qu'il a cueilli des champignons avec son mari, il n'y a par contre personne qui l'entende parler de cueillette de champignons. Ce que tout le monde l'entend dire c'est : "Salut, je m'appelle Pascal et je suis homosexuel." Ce qui veut dire que, lorsque nous disons la même chose, ceux qui nous entourent nous entendent dire des choses tout à fait différentes. Avec une quantité de petits codes quotidiens, les gens exposent leur hétérosexualité — donc leur sexualité, pas leur vie sexuelle. Chaque jour, à chaque instant, sur nos lieux de travail, partout où les gens se rencontrent dans la vie sociale. Dans des situations équivalentes, les gais et les lesbiennes, choisissent encore aujourd'hui très souvent de se taire, de parler de leur vie par euphémismes ou, dans le pire des cas, de mentir carrément. Nous nous comportons, vis-à-vis de notre sexualité, d'une façon qui ne viendrait jamais à l'idée de nos collègues de travail hétérosexuels, une façon que l'on peut au mieux décrire comme "la tyrannie du silence".

Cette tyrannie du silence explique pourquoi, encore aujourd'hui, tant de personnes pensent ne pas connaître quelqu'un qui soit homosexuel ou bisexuel. Cette tyrannie du silence est également, à mon avis, le plus important problème pour les homosexuels et les bisexuels sur le marché du travail et dans notre société en général. C'est un problème qu'aucune législation, aucun Médiateur — en soi — ne peut résoudre. En revanche, la législation peut, de différentes façons, aider un particulier à rompre ce silence plus facilement. Plus important encore, la législation peut aider celui qui a rompu le silence à défendre ses droits s'il ou elle est victime de brimades ou de discrimination à la suite de sa franchise. Et c'est ici, entre autres, que l'autorité dont je suis le directeur général — le Médiateur contre la discrimination en raison d'orientation sexuelle — intervient.

Les fonctions exactes du médiateur

Le Médiateur a été institué par une loi du 1^{er} mai 1999 qui interdit la discrimination dans la vie professionnelle en raison de l'orientation sexuelle d'une personne. Le Médiateur a pour mission de veiller à ce que la loi soit appliquée. La protection contre la discrimination, donnée par cette nouvelle loi, ne concerne donc que le domaine de la vie professionnelle. Le Médiateur doit également œuvrer pour que la discrimination en raison de l'orientation sexuelle ne survienne pas non plus dans d'autres domaines de la vie sociale suédoise non. En résumé, il a la responsabilité d'œuvrer, de lutter contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, dans toutes les circonstances où une telle discrimination pourrait apparaître dans la vie sociale suédoise.

Que faut-il entendre par "orientation sexuelle?"

La notion a été définie sans équivoque par la loi elle-même. Par "orientation sexuelle" il faut entendre l'homosexualité, la bisexualité ou l'hétérosexualité d'une personne. Il s'agit en conséquence d'une législation de protection pas d'une minorité mais des droits de l'homme. La loi protège toute la population puisque toute personne peut être considérée comme ayant une de ces trois orientations sexuelles. Par contre, étant donné que l'hétérosexualité constitue "la norme" dans notre société, on peut — bien entendu — supposer que le nombre des affaires où une personne déclare avoir été victime de discrimination en raison de son hétérosexualité risque d'être assez rare. En revanche,

les différents comportements sexuels auxquels s'adonnent des personnes, sans tenir compte si cela est pratiqué avec une personne du même sexe ou avec une personne du sexe opposé, ne sont pas compris. Celui qui a été maltraité, par exemple, en raison de son goût de porter des vêtements qui sont habituellement portés par des personnes du sexe opposé ou encore en raison — disons — de son intérêt pour des jeux sadomasochistes ne peut donc pas profiter de cette législation pour pouvoir se défendre. Et les transsexuels? La transsexualité constitue principalement une question d'appartenance au sexe masculin ou féminin. Ce n'est pas une question pas d'orientation sexuelle. La discrimination dans la vie professionnelle de personnes transsexuelles appartient donc, en Suède, au domaine de responsabilité du Médiateur pour l'égalité entre les hommes et les femmes et non pas à celui du Médiateur contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Cela ressort également d'un jugement de la Cour de justice de la Communauté européenne dans l'affaire P. contre S. et Cornwall County Council. Telle discrimination va à l'encontre des interdictions du droit communautaire contre la discrimination en raison du sexe (1).

Les discriminations au travail

La loi protège à la fois le demandeur d'emploi et le personnel déjà en place. Lorsqu'il s'agit d'une personne qui recherche un emploi, la protection contre la discrimination couvre l'ensemble du processus de recrutement, c'est-à-dire à la fois la décision d'embauche en elle-même mais aussi, par exemple, la décision concernant les personnes qui auront la possibilité de participer à un entretien d'embauche. Pour le personnel déjà en place, la protection couvre toutes les décisions qui concernent l'encadrement, la fixation du salaire ainsi que les autres avantages accordés aux salariés tels que le droit à la formation ou les promotions. La loi impose aussi à l'employeur une responsabilité en ce qui concerne les brimades qu'un salarié peut subir du fait de son orientation sexuelle. Si un employeur vient à apprendre qu'un de ses salariés estime avoir été victime, pour ce motif, de brimades de la part d'un autre salarié, l'employeur a le devoir de mener une enquête sur l'affaire et de prendre toutes les mesures qui peuvent être raisonnablement prises pour faire cesser ces brimades. Un employeur qui ne remplit pas cette obligation est considéré, en quelque sorte, comme lui-même responsable des brimades lui-même et peut, en conséquence, être obligé de payer des dommages et intérêts à la personne qui en a été victime. En prenant directement comme modèle le droit communautaire européen, la loi a été conçue pour que soient interdites à la fois la discrimination directe et la discrimination indirecte. Par discrimination directe, il faut entendre qu'un demandeur d'emploi ou un salarié a été défavorisé par comparaison avec la façon dont l'employeur traite ou aurait traité une autre personne ayant une orientation sexuelle différente, dans une situation semblable. À condition que l'employeur ne puisse démontrer que ce traitement n'a pas de lien avec l'orientation sexuelle de celui qui s'estime victime de cette discrimination. Les mots clés sont ici "une situation semblable". Il faut entendre par là, deux demandeurs d'emploi qui excepté leurs orientations sexuelles différentes, ont les mêmes qualifications.

Discriminations directes et indirectes

L'exemple le plus net de discrimination directe est naturellement celui où un employeur déclare qu'il ne veut pas avoir de salarié homosexuel dans son entreprise. Mais l'interdiction contre la discrimination directe comprend également la situation où un employeur n'a rien lui-même contre les homosexuels mais estime, par exemple, que ses clients n'aimeraient pas être accueillis par du personnel homosexuel. Même dans cette situation, il est certain qu'il y a un lien direct entre l'orientation sexuelle et la décision de l'employeur. Il n'est pas nécessaire qu'une intention discriminatoire existe — dans le sens de désir ou de volonté de nuire — pour que le comportement de l'employeur soit considéré comme discriminatoire et soit illicite. Ce qui est déterminant ce sont les effets de l'action. Si l'orientation sexuelle d'une personne a joué d'une façon ou d'une autre dans la décision de l'employeur et qu'elle a eu des conséquences défavorables pour cette personne, oui, dans ce cas, il s'agit bien de discrimination directe et, donc, illicite.

Il existe une discrimination indirecte dans le cas où l'employeur pose une condition pour procéder à une embauche ou pour accorder un avantage professionnel. Une condition qui peut paraître neutre mais qui, en pratique, est plus défavorable pour des personnes ayant une certaine orientation sexuelle que pour les autres. Prenons l'exemple d'une assurance sur la vie souscrite pour les salariés. Le montant de cette assurance est destiné à l'époux ou au concubin survivant, mais seulement à la condition que cette personne soit du sexe opposé à celui du salarié. Dans ce cas on ne pose pas, en soi, de condition d'orientation sexuelle. Pourtant, il va de soi qu'une telle condition d'assurance pénalise les salariés homosexuels, en tant que groupe, d'une façon négative. Une telle condition constitue donc une discrimination indirecte illicite en raison de l'orientation sexuelle.

La question de la preuve

Il est d'une importance décisive, pour que ce type de législation contre la discrimination puisse jouer un rôle quelconque, de connaître, bien entendu, quelles sont les règles de preuve qui s'appliquent. La question se pose tout d'abord de savoir qui "est" homosexuel ou bisexuel. Pour des raisons d'intégrité personnelle, on peut difficilement demander l'administration d'une preuve sur ce sujet. C'est pourquoi, la loi présuppose que celui qui, lui-même, se considère comme homosexuel doit être considéré comme tel. En outre la loi, en prenant comme modèle les interdictions de discrimination entre hommes et femmes du droit communautaire européen, se base sur ce que l'on appelle la charge de la preuve partagée. Cela signifie que dans les situations qui concernent la discrimination directe, c'est le plaignant qui doit prouver la réalité des circonstances de fait qu'il invoque pour soutenir son allégation. Pour un demandeur d'emploi cela implique qu'il doit prouver qu'un emploi a été offert, qu'il a effectivement posé sa candidature — et non pas seulement qu'il s'est renseigné, d'une façon générale, sur cet emploi libre — et qu'il n'a pas eu cet emploi. S'il arrive à prouver cela, la charge de la preuve incombe à l'employeur qui doit alors prouver que sa décision d'embauche n'a en rien été influencé par l'orientation sexuelle du plaignant. Il peut y arriver en prouvant, par exemple, qu'il ne savait pas — et

qu'il n'aurait pu savoir — que le plaignant était homosexuel. Puisqu'il n'avait pas compris ça, il ne peut pas raisonnablement y avoir eu un lien quelconque entre l'orientation sexuelle et la décision d'embauche qui a désavantagé le plaignant. Naturellement, il peut aussi réussir s'il prouve que celui qui a eu l'emploi avait une compétence supérieure à celle du plaignant.

Lorsqu'il s'agit de discrimination indirecte, le plaignant devra prouver que la condition apparemment neutre est en fait plus désavantageuse pour le groupe de personnes ayant une certaine orientation sexuelle auquel il appartient que pour des personnes qui appartiennent à un autre groupe. S'il y parvient, l'employeur doit, de son côté prouver que l'utilisation de la condition en question a été motivée par un but qui est objectivement défendable, que la condition en question convient à atteindre ce but et aussi que celui-ci ne pourrait être atteint par un autre moyen. Si l'employeur y arrive, il n'existe pas de discrimination, au sens de l'esprit de la loi.

Il existe une exception à cette interdiction de discrimination. Ainsi, il est permis de prendre en considération l'orientation sexuelle si cela est justifié par des considérations telles qu'un intérêt idéaliste ou un autre intérêt particulier qui est manifestement plus important que l'intérêt d'empêcher la discrimination dans la vie professionnelle en raison de l'orientation sexuelle.

Missions et moyens d'action du Médiateur.

Comme je l'ai dit déjà dans mon introduction, c'est la mission du Médiateur que de veiller à ce que la loi soit appliquée. Un employeur est, en conséquence, tenu de fournir au Médiateur les informations sur son entreprise dont le Médiateur a besoin pour pouvoir remplir sa mission. Les informations dont il a besoin sont, par exemple, les qualifications respectives de la personne qui a eu l'emploi et celles de la personne qui se considère comme ayant été discriminée. Un employeur qui ne le fait pas de son plein gré peut être obligé, par un commandement signifié par le Médiateur, de fournir les informations, sous une peine d'amende. Celui qui considère avoir été victime de discrimination peut donc se tourner vers le Médiateur pour solliciter son aide. Le Médiateur devra fournir son aide et ses conseils sur la façon dont la victime doit se comporter pour pouvoir protéger ses droits. Dans un premier temps, le Médiateur va essayer d'obliger l'employeur à se conformer à la loi de son plein gré. Si cela ne donne pas de résultat, le Médiateur peut, à la place, citer l'employeur devant le Tribunal du travail. (En France je crois que ça correspond à la Juridiction prud'homale). Devant ce tribunal, le Médiateur représente celui qui a été discriminé ou victime de brimades et peut obtenir un jugement contre l'employeur, ce qui signifie que celui-ci devra payer des dommages et intérêts à la victime. Un employeur ne peut pas, par contre, être obligé par un jugement d'embaucher une certaine personne ou de lui conserver son travail.

Pourquoi cette législation est-elle une bonne ?

Pour plusieurs raisons. Premièrement, les partenaires du marché du travail n'arrivent pas à veiller eux-mêmes à ce que la discrimination en raison de l'orientation sexuelle ne se produise pas sur le marché du travail. Pendant un grand nombre d'années, les organisations ouvrières aussi bien que les organisations patronales ont soutenu qu'une telle

(1) (Cas C-13/94)

loi n'étaient pas nécessaires. Dans le même temps, ils ont montré un manque d'intérêt monumental pour lutter, d'eux-mêmes, contre la discrimination des homosexuels. Enfin — et c'est le point le plus important — la législation contre la discrimination ouvre une voie à réparation pour le particulier qui en a été victime. Même si je ne peux pas avoir le travail que j'ai recherché et même si je sens que je ne peux pas ou que je ne veux pas rester dans mon ancien lieu de travail, je peux — après conciliation obtenue par le Médiateur ou après un procès devant le Tribunal du travail —, avoir la preuve, noir sur blanc, que le tort n'est pas à moi mais à ceux qui se livrent à la discrimination. Je peux avancer dans la vie, au lieu de me demander constamment si cela se serait passé autrement si seulement j'avais fait ceci ou cela...

L'action en dehors des discriminations au travail

Lorsqu'il s'agit de discrimination dans d'autres secteurs que celui de la vie professionnelle, le Médiateur n'a pas de moyens d'action légaux, à sa disposition, pour aider les personnes à faire valoir leurs droits. Dans ce cas, l'autorité doit se limiter à mettre en œuvre des moyens "doux", tels que conseils ou l'aide aux particuliers sur la façon dont ils doivent se conduire et les services auxquels ils doivent s'adresser. Une partie importante de l'activité de l'autorité consiste donc à informer les particuliers, et l'opinion

publique en général. Bien que le Médiateur ne puisse pas prendre de décisions ou conduire des procès devant les Tribunaux pour des affaires qui ne relèvent pas de la vie professionnelle, j'estime pour ma part qu'il ne faudrait pas sous-estimer les possibilités d'arriver à un résultat également dans de telles affaires. Rien n'empêche, par exemple, le Médiateur de veiller à la façon dont une enquête policière se déroule ou à demander qu'une décision de ne pas engager de poursuites judiciaires soit réexaminée par une instance judiciaire supérieure. Des commerçants, des industriels et des propriétaires peuvent être contactés pour essayer de trouver un arrangement à l'amiable. Peu de gens — qu'il s'agisse d'employés des services publics ou des commerçants — souhaitent être cloués au pilori s'ils comprennent clairement que leur comportement est illicite ou bien encore inacceptable puisqu'il constitue un acte discriminatoire. Enfin, le Médiateur a également pour mission, en liaison avec le gouvernement, de proposer les modifications à la loi qu'il peut être nécessaire de conduire pour lutter contre la discrimination en raison d'orientation sexuelle et pour améliorer la situation des homosexuels et des bisexuels en Suède. Pour finir, j'aimerais dire quelques mots sur des cas concrets de discrimination que nous avons eu à traiter au cours de la première année d'activité de l'autorité. (voir encadré)

Hans Ytterberg

Quelques cas résolus par le Médiateur

|| Au cours des huit premiers mois, le Médiateur a eu à examiner trente-cinq affaires, la plupart à la suite de plaintes provenant de particuliers mais également un certain nombre sur décision de l'autorité. Dans le domaine de la vie professionnelle, cinq affaires concernaient des salariés qui avaient été exposés à des brimades sur leur lieu de travail, quatre affaires avaient un rapport avec des décisions d'encadrement, deux relevaient de discrimination pour des avantages professionnels, un cas a concerné un refus d'embauche et un autre cas traitait d'une personne qui n'avait pas pu continuer de travailler. Enfin, deux affaires ont concerné la possibilité pour des homosexuels de travailler comme prêtre de l'Église suédoise, mais ces deux cas n'affectaient pas les droits des personnes particulières. Sur ces quinze affaires qui traitent de la vie professionnelle, huit ont pu être réglées dans l'année.

Un des dépôts de plainte concernait un **salarié** qui avait été calomnié par son employeur en raison de son homosexualité devant un autre employeur

après duquel le salarié devait commencer à travailler. Le Médiateur a contacté l'organisation professionnelle dont le salarié était membre et l'organisation a décidé de le représenter. Les poursuites se sont terminées par une conciliation où l'employeur a accepté de verser des dommages et intérêts au salarié.

Dans une autre affaire, un salarié s'est plaint de ce que son employeur se conduisait d'une manière passive alors qu'il était soumis à des **brimades** de la part de ses collègues en raison de son homosexualité. Après que le Médiateur ait pris contact avec l'employeur, les parties se sont mises d'accord sur la façon dont le problème devait être résolu.

En dehors du domaine de la vie professionnelle, trois plaintes ont concerné des communes dans lesquelles il n'y avait pas eu de désignation d'un fonctionnaire ayant pour mission d'officialiser des **pactes de partenariat**. Après que le Médiateur ait pris contact avec ces communes, deux d'entre elles ont soumis des candidats au département qui les a ensuite désignés, après quoi les affaires

ont pu être considérées comme closes. La troisième affaire est encore en cours de traitement.

Dans deux cas, le Médiateur a reçu des plaintes qui concernaient des homosexuels iraniens qui avaient vu leurs demandes de **permis de séjour** rejetés par l'Administration nationale d'immigration et la Commission de recours des étrangers. Le médiateur a surveillé ces affaires, pendant que de nouvelles demandes étaient déposées auprès de la Commission de recours des étrangers. Dans les deux cas, la Commission a changé sa décision de rejet et les deux plaignants eu le droit de rester en Suède.

Dans un cas, un couple de lesbiennes s'est vu refuser la réduction sur le droit d'entrée qu'un **musée** a accordé aux couples hétérosexuels. Après que le Médiateur se soit occupé de l'affaire avec la direction du musée, il a été trouvé un accord de dédommagement. À la suite de cela, le personnel du musée a, de plus, reçu une formation à l'intention du personnel pour qu'un fait semblable ne se renouvelle pas.