

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'Orientat*ion sexuelle ¹
concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la
*Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur
de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*

15 Espagne

par Ruth Rubio-Marin ²

traduit de l'anglais

¹ Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientat

ion 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 Prof. R. Rubio-Marin (rrubio@us.es) enseigne le droit constitutionnel à l'Université de Séville en Espagne, et est membre du Global Faculty Program à New York University. Le présent rapport a été élaboré avec la coopération de Mlle Sandra Paola Moreno Flórez, doctorante en droit constitutionnel à l'université de Séville en Espagne. Je souhaite exprimer ma gratitude pour cette coopération.

15.1 Cadre juridique général

Avec l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole en 1978, les lois qui opprimaient très sévèrement les homosexuels sous la dictature de Franco ont été abolies. Il y a également eu en 1988 une réforme législative du Code criminel de 1973, supprimant le délit de scandale public qui avait surtout été utilisé pour punir le comportement homosexuel masculin. Le nouveau Code criminel de 1995 criminalise certaines formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, y compris la discrimination sévère en matière d'emploi. Les gays et lesbiennes n'ont pourtant toujours pas le droit de se marier ou d'adopter des enfants en tant que couple, et, jusqu'à présent, il n'y a pas de législation générale relative aux partenariats enregistrés ni aux unions *de facto*. Le gouvernement socialiste nouvellement mis en place du premier ministre Zapatero a promis d'adopter une législation sur le partenariat enregistré et d'amender le Code civil de façon à permettre le mariage entre personnes de même sexe.

Le 30 décembre 2003, l'Espagne a finalement adopté la première mesure législative de mise en œuvre des Directives 2000/43 et 2000/78 sous forme d'une loi qui traite de sujets très différents, y compris des mesures fiscales, administratives et sociales (*Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*) et qui est formellement présentée comme un complément de la loi budgétaire générale de 2004 et de ses objectifs de politique économique. Aux fins du présent rapport, la loi sera désignée comme Loi 62/2003. La législation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004. Manifestement, cette législation (adoptée sous le précédent gouvernement de centre droite du premier ministre Aznar) aurait gagné davantage de visibilité si elle avait traité uniquement et explicitement de l'égalité et de la non-discrimination, au lieu d'être mêlée à d'autres mesures légales totalement sans rapport avec la question de l'égalité. La loi stipule explicitement qu'elle vise à mettre en œuvre les Directives 2000/78 et 43/2000, établissant un cadre général de lutte contre la discrimination raciale ou ethnique, fournissant la définition juridique des discriminations directe et indirecte et modernisant le règlement relatif à l'égalité de traitement et à la non-discrimination en matière d'emploi (*Exposición de Motivos III*). A cette fin, la Loi introduit des modifications concrètes de la législation existante comme *el Estatuto de los Trabajadores* (Statut des travailleurs), *la Ley de Integración Social de los Minusválidos* (loi relative à l'Intégration sociale des handicapés), *la Ley de Procedimiento Laboral* (loi relative à la Procédure d'emploi), *la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (loi relative aux Infractions et voies de recours dans l'ordre social) et la législation relative au service public.

15.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

Sous l'intitulé des droits et libertés des citoyens, la Constitution espagnole³ inclut une disposition (art. 14) en vertu de laquelle les Espagnols sont égaux devant la loi, de sorte que la discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale est interdite. La clause de non-discrimination est contraignante pour

³ Voir *Boletín Oficial del Estado* (Journal officiel de l'État) du 29 décembre 1978.

les employeurs publics comme privés. Bien que la disposition ne fasse pas explicitement référence à l'orientation sexuelle, l'orientation sexuelle serait probablement couverte du fait de sa nature indéfinie bien reconnue. Quelques cas présentés devant les tribunaux inférieurs (mais pas de cas constitutionnels) le confirment explicitement. Cependant, au vu de la Directive-cadre 2000/78 et d'autres cas de jurisprudence CJCE et CEDH (par ex. *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*⁴), il serait presque impensable que la cour constitutionnelle en décide autrement. Cela parce que l'art. 10(2) de la Constitution rend obligatoire d'interpréter les droits constitutionnels à la lumière des normes internationales pertinentes. En effet, dans son interprétation du concept constitutionnel de discrimination fondée sur le sexe, la cour constitutionnelle s'est systématiquement appuyée sur les Directives européennes et la jurisprudence CJCE et CEDH.

15.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Le principe constitutionnel d'égalité de l'art. 14 est interprété comme exigeant du législateur qu'il prouve que la différence de traitement est justifiée par un motif objectif et raisonnable. L'inclusion d'une liste de motifs de discrimination interdits signifie que, quand les différenciations sont faites pour ces motifs, ou pour ceux vraisemblablement inclus dans la liste ouverte (comme, probablement, l'orientation sexuelle), le degré de contrôle judiciaire est plus élevé, puisqu'on suppose en principe que les différenciations fondées sur ces motifs sont illégitimes. L'art. 9(2) de la Constitution est également pertinent. Il stipule que les autorités publiques doivent promouvoir les conditions selon lesquelles la liberté et l'égalité d'un individu et des groupes auxquels il appartient sont réelles et effectives, éliminant les obstacles pouvant entraver leur jouissance et facilitant la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, sociale et culturelle. Cela a été interprété comme l'aval d'une notion plus substantielle (par opposition à une notion purement formelle) de l'égalité, et on y a donc fait appel pour justifier et conceptualiser l'action positive ou les mesures promotionnelles, non pas comme des exceptions au principe de l'égalité, mais plutôt comme des moyens constitutionnels légitimes de mettre en œuvre l'égalité.

L'art. 28 de la Loi 62/2003 fait référence au principe de l'égalité et le définit (à l'art. 28(1)(a)) comme l'absence de tout type de discrimination directe ou indirecte fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.⁵

15.1.3 Répartition des compétences législatives concernant les discriminations dans l'emploi

L'Espagne a une structure quasi fédérale, qui divise le pouvoir entre les autorités centrales et celles des communautés autonomes, pourvues de leurs propres législateur et gouvernement. La Constitution prévoit que le règlement de base des relations d'emploi dans les sphères tant privée que publique doit

⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 21 décembre 1999, appl. n° 33290/96, Reports of Judgements and Decisions, 1999-IX.

⁵ *La ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.*

être établi par le biais des lois nationales.⁶ De plus, c'est le législateur central (et non pas les législateurs régionaux) qui a la juridiction exclusive sur le droit du travail, le règlement de base de l'administration publique et le régime des fonctionnaires travaillant pour l'administration centrale (art. 149(1)(7) et 149(1)(18) de la Constitution).⁷ Les communautés autonomes peuvent alors mettre en œuvre cette législation dans les domaines qui tombent directement sous leur juridiction et compléter la législation de l'État par des normes relatives à leurs propres fonctions publiques.

Du fait que seules les autorités centrales disposent de la compétence d'adopter une législation criminelle (art. 149(1)(6) de la Constitution), toute sanction criminelle relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit être décidée par le Parlement national.

15.1.4 Structure générale du droit du travail

A part la Constitution elle-même – qui, encore une fois, doit être interprétée à la lumière de normes internationales ratifiées de manière valide ou autrement contraignantes en Espagne (y compris le droit européen et les accords tels que ceux ratifiés sous les auspices de l'Organisation internationale du travail) –, le droit du travail en Espagne comprend un ensemble diversifié de sources normatives, incluant des lois, des règlements gouvernementaux, des conventions collectives, des contrats de travail et des coutumes.

En ce qui concerne l'emploi privé, le régime législatif de base est couvert par l'*Estatuto de los Trabajadores* [Statut des travailleurs] adopté en 1980 comme législation nationale. Ce Statut comprend les normes de base concernant l'engagement, les types de contrats et leur durée, les droits et devoirs dérivant d'une relation contractuelle d'emploi et toutes les normes relatives aux relations individuelles et collectives au sein de l'emploi privé.

Pour ce qui est de l'emploi public, le régime juridique couvre toute une série de lois et de règlements des autorités centrales et régionales traitant de l'accès à l'emploi, des conditions de travail, de la promotion et des avantages professionnels et économiques des fonctionnaires.⁸ Les principes de base qui régissent l'emploi public sont mentionnés dans la Constitution. Ils incluent le droit pour tout un chacun d'intégrer la fonction publique à des conditions égales (art. 23(2) de la Constitution), ainsi que le principe de mérite et d'aptitude (art. 103 de la Constitution). La fonction publique est habituellement remplie comme un service civil et, quand c'est le cas, des normes spécifiques pour la fonction publique s'appliquent. Les entités publiques peuvent cependant aussi engager du personnel par le biais de contrats de travail ordinaires, auquel cas le Statut des travailleurs s'applique, en même temps que les règles de la fonction publique compatibles avec lui.

⁶ Art. 35(2) et 103(3) de la Constitution.

⁷ Art. 149(1)(7) et 149(1)(18) de la Constitution.

⁸ Parmi ces normes, nous pouvons citer les *ley 30/84 et 23/88 de Función Pública del Estado* [lois 30/84 et 23/88 relatives à la fonction publique de l'État], *ley 13/95 de contratos de la administración pública* [loi 13/95 relative aux contrats de travail dans l'administration publique], *ley 6/97 de organización y funcionamiento de la organización general del Estado* [loi 6/97 d'organisation et de fonctionnement de l'organisation générale de l'État] et *ley 7/85 de Administración local y demás legislación complementaria* [loi 7/85 relative à l'administration locale et à la législation additionnelle complémentaire].

15.1.5 Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi

Niveau constitutionnel

Le principe constitutionnel de l'égalité de l'art. 14 et son mandat anti-discriminatoire qui couvre probablement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'appliquent directement à l'emploi privé.

Niveau législatif

En application du mandat constitutionnel de l'art. 14, l'*Estatuto de los Trabajadores* [Statut des travailleurs] reconnaît également aux travailleurs le droit de ne pas être discriminés lors de l'accès à l'emploi ou une fois employés. Bien que, avant la Loi 62/2003, la disposition n'ait contenu aucune mention explicite à l'orientation sexuelle (elle mentionnait d'autres motifs de discrimination comme le sexe, la situation matrimoniale, l'âge, la race, la condition sociale, la langue, les convictions religieuses ou politiques et l'appartenance à un syndicat), l'art. 37(1) de la Loi a maintenant changé cela et l'orientation sexuelle est désormais aussi explicitement mentionnée.⁹ La même chose s'applique à l'art. 17 du Statut des travailleurs qui, comme corollaire, envisage un principe général de non-discrimination dans les relations de travail, rendant explicite que cela se réfère à l'égalité dans les domaines tels que l'accès à l'emploi, le salaire, l'horaire ou les conditions de travail, et qui, après la réforme (art. 37(4) de la Loi 62/2003), mentionne aussi l'orientation sexuelle.¹⁰ L'art. 16(2) du Statut des travailleurs prévoit que les agences d'intérim (qui, en Espagne, doivent être à but non lucratif) ont l'obligation de garantir le principe d'égalité et de non-discrimination dans l'accès à l'emploi dans leur sphère d'action et, après la réforme (art. 37(3) de la Loi 62/2003), mentionne explicitement le motif d'orientation sexuelle. La Loi 62/2003 (à l'art. 39) a également modifié la loi 45/1999 relative au Changement de lieu d'affectation des travailleurs dans le cadre d'une relation de travail contractuelle transnationale.¹¹ L'art. 3 de la loi 45/1999 tombe sous le chapitre consacré aux obligations des employeurs qui transfèrent leurs travailleurs en Espagne. L'art. 3(1) fait référence aux conditions d'emploi des employeurs transférés. En vertu de cela, l'art. 3(1)(c) fait référence à l'égalité de traitement et à la non-discrimination de travailleurs en fonction de divers motifs. La disposition ajoute maintenant explicitement une référence à la discrimination directe comme indirecte et inclut l'orientation sexuelle dans la liste des motifs.

D'un autre côté, le Code criminel de 1995 sanctionne comme un crime contre le droit des travailleurs, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, tout comportement assimilable à une discrimination sérieuse en matière d'emploi, notamment pour motif d'orientation sexuelle (art. 314 du Code

⁹ Art. 4(2)(c) du Statut des travailleurs: '[Los trabajadores tienen derecho] a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español'.

¹⁰ Art. 17 du Statut des travailleurs: 'Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de los empresarios que contengan...discriminaciones directas o indirectas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo... por razón de orientación sexual'.

¹¹ Artículo 39. Modificaciones de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

criminel sous le Titre XV relatif aux crimes contre les droits des employés). Les dispositions se lisent comme suit: *ceux qui exercent, dans l'emploi public ou privé, une sérieuse discrimination à l'encontre de quelqu'un en se fondant (entre autres choses)... sur son orientation sexuelle ou sa situation familiale et qui ne rétablissent pas l'égalité devant la loi après avoir été sommés de le faire ou avoir été sanctionnés par les autorités administratives pour ne l'avoir pas fait, ni ne compensent la perte économique que peut avoir subie le travailleur à cause de la discrimination, seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans ou d'une sanction économique¹² de six à douze mois.¹³*

A ma connaissance, aucun des cas rapportés ne s'est conclu par l'application de cette disposition anti-discriminatoire relative à l'emploi, de sorte qu'on ne voit pas clairement comment le concept indéterminé de "discrimination sérieuse" sera interprété.

Dans le domaine militaire, qui est traditionnellement l'un des plus controversés, le principe de non-discrimination est maintenant explicitement reconnu (Art. 185 des *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas* de 1978 [Ordonnances royales des forces armées]. Il n'est fait aucune mention explicite à l'orientation sexuelle, mais la clause constitutionnelle indéfinie "ou toute condition sociale ou personnelle" est reproduite.

15.1.6 *Jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

En Espagne, seules les décisions judiciaires des tribunaux les plus élevés que sont la cour constitutionnelle et la cour suprême établissent des précédents contraignants. Jusqu'à présent, nous n'avons aucune décision de ces organes concernant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. La décision du tribunal le plus élevé que nous ayons est une décision du *Tribunal Central del Trabajo* [tribunal central du travail, maintenant éteint] de 1986, qui a considéré que licencier un travailleur à cause de son homosexualité s'apparentait à une discrimination inacceptable et a forcé l'employeur à réintégrer l'employé.¹⁴ La plupart des plaintes juridiques présentées par des homosexuels concernaient moins la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle que l'accès aux avantages ou prérogatives liés à la situation matrimoniale du travailleur comme, typiquement, l'accès à une pension de survie.

15.1.7 *Dispositions relatives aux discriminations dans le travail et l'emploi qui ne comprennent pas (encore) l'orientation sexuelle*

Comme mentionné ci-dessus, la clause constitutionnelle anti-discriminatoire de l'art. 14 (à effet direct sur les relations de travail) ne mentionne pas

¹² L'art. 50 du Code criminel prévoit que les sanctions économiques doivent être calculées sur la base d'un minimum de 200 pesetas par jour et d'un maximum de 50.000 pesetas par jour, qu'un mois correspond à 30 jours et qu'un an équivaut à 365 jours.

¹³ Art. 314 du Code criminel: "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ...orientación sexual, situación familiar...y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses".

¹⁴ *Sentencia del Tribunal Central de Trabajo* [Décision du tribunal central du travail] du 21 janvier 1986.

spécifiquement l'orientation sexuelle. De plus, l'art. 35(1) de la Constitution reconnaît que chacun a le droit et le devoir de travailler et de choisir librement une profession, d'obtenir des promotions par le travail et d'être payé de façon équitable, sans discrimination fondée sur le sexe. Encore une fois, on ne dit rien au sujet de l'orientation sexuelle. Cependant, après la réforme de la Loi 62/2003 visant la mise en œuvre de la Directive, les dispositions anti-discriminatoires relatives à l'emploi du Statut des travailleurs (art. 4 (2)(c), 16(2) et 17) qui, auparavant, ne mentionnaient pas explicitement l'orientation sexuelle, le font maintenant.

15.1.8 Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que le travail et l'emploi

Depuis 1995, les art. 511 et 512 du Code criminel punissent les personnes privées et les fonctionnaires qui, dans leur exercice d'un service public ou d'une activité professionnelle ou commerciale, refusent à une personne, une association, une fondation, une firme ou une corporation, pour motif d'orientation sexuelle, un service auquel elle aurait autrement droit ou accès. L'art. 22 du Code criminel prévoit aussi que l'une des circonstances qui aggravent la responsabilité criminelle est d'avoir commis un délit motivé par l'orientation sexuelle de la victime (art. 22). De plus, l'art. 510(1) inclut, dans la définition du délit d'incitation à la discrimination, l'incitation à la haine ou à la violence à l'encontre de groupes ou d'associations en raison de l'appartenance de leurs membres à une orientation sexuelle donnée. L'art. 510(2) punit les personnes qui, conscientes de la fausseté de certaines informations ou avec un dédain absolu pour la vérité, répandent au sujet de groupes ou d'associations des informations injurieuses fondées sur leur orientation sexuelle. Enfin, l'art. 515(5) du Code criminel classe comme illégales les associations qui promeuvent ou incitent à la discrimination, la haine et la violence contre des personnes, des groupes ou des associations sur la base de l'orientation sexuelle ou de la situation familiale.

La loi organique des Partis politiques¹⁵ stipule qu'un parti politique sera déclaré illégal si, au cours de ses activités, il viole les principes démocratiques, particulièrement quand ces activités visent à détériorer ou miner le système de libertés ou à abolir le système démocratique au moyen de l'un des comportements suivants, s'ils s'exercent de manière sérieuse et récurrente: a) la violation systématique des libertés et droits fondamentaux par la promotion, la justification ou la tolérance... de l'exclusion ou de la persécution de personnes à cause de leur orientation sexuelle.

Enfin, certains statuts régionaux commencent, dans leur législation récente, à reconnaître le principe de non-discrimination pour motif d'orientation sexuelle dans toutes sortes de questions.¹⁶

¹⁵ *Ley Orgánica de Partidos Políticos* (Boletín Oficial del Estado du 28 juin 2002, n° 154).

¹⁶ Certains exemples de ce genre de législation incluent: la loi de Navarre assurant l'égalité juridique des partenariats stables (*Ley Foral 6/2000*, du 3 juillet 2000, de Navarre *para la igualdad legal de las parejas estables*), en vertu de laquelle, selon l'interprétation et l'application de l'ordre juridique de Navarre, aucune personne ne peut avoir à souffrir de discrimination fondée sur le groupe familial auquel elle appartient, quelle que soit l'origine du groupe familial: parentale, maritale ou une famille fondée sur l'union de deux personnes vivant une relation affective analogue, indépendamment de leur orientation sexuelle (art.1); la loi de La Rioja pour la coopération au développement (*Ley de La Rioja de Cooperación*

15.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

15.2.1 *Instrument juridique utilisé pour transposer la directive dans l'État membre*

Comme mentionné plus haut, le 30 décembre 2003, l'Espagne a finalement adopté la première mesure législative de mise en œuvre de la Directive dans une loi traitant de sujets très différents, y compris des mesures fiscales, administratives et sociales (*Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*). La Loi 62/2003 stipule explicitement qu'elle vise à mettre en œuvre la Directive, établissant un cadre général de lutte contre la discrimination raciale ou ethnique, énonçant la définition juridique de la discrimination directe comme indirecte et modernisant la réglementation de l'égalité de traitement et de la non-discrimination en matière d'emploi.

Il y a également de plus en plus de conventions collectives – dont la nature contraignante est constitutionnellement garantie (art. 37 de la Constitution) – qui reconnaissent expressément l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

15.2.2 *Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)*

La Loi 62/2003 ne définit pas l'orientation sexuelle, pas plus que l'art. 314 du Code criminel. Tandis que le Code criminel se rapporte à 'su' ce qui dans l'Espagnol est aussi bien masculin que féminin, art. 4(2)(c) du Statut des travailleurs tel qu'amendé par la Loi 62/2003 ne fait pas une référence au pronom de façon qu'il puisse vraisemblablement couvrir l'orientation sexuelle réelle et non supposée.

15.2.3 *Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)*

L'art. 28 de la Loi 62/2003 incorpore pour la première fois une définition de la discrimination directe et indirecte dans le système juridique espagnol. Avant cela, ces définitions avaient été construites judiciairement. L'art. 28(1)(b) définit

al Desarrollo (*Boletín Oficial del Estado* du 16 juillet 1999, n° 169)) qui, à l'art. 2 relatif aux principes majeurs qui inspirent la coopération de cette région avec les pays en voie de développement, stipule que la participation de la masse des citoyens à de telles activités de coopération doit se faire sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle; la loi d'Andalousie relative au travail bénévole (*Ley de Voluntariado de Andalucía* (*Boletín Oficial del Estado* du 7 août 2001, n° 188/2001)), qui reconnaît à l'art. 7 le droit de bénéficier du travail bénévole sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, à l'art. 11, parmi les droits des personnes qui exercent un travail bénévole, le droit au respect de leurs liberté, dignité, vie privée, convictions et orientation sexuelle et le droit d'être exemptées de tout traitement discriminatoire portant atteinte à leurs droits fondamentaux; la loi (modifiée) de Catalogne relative aux forces locales de police (*Boletín Oficial del Estado* du 2 février 1999, n° 28/1999, modification de la loi 16/1991 du 10 juillet 1991), qui interdit les actions de la police locale qui s'apparentent à une discrimination fondée sur (entre autres choses), l'orientation sexuelle (art. 48(b)); les normes régulatrices des provinces basques relatives aux services sociaux (*Normas Reguladoras de Servicios Sociales* (*Boletín Oficial País Vasco* du 12 novembre 1996, n° 218/1996)), qui prévoient que le système des services sociaux est régi par les principes d'égalité et d'universalité, ce qui signifie que chacun doit avoir accès aux services publics sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et que des mesures positives seront prises pour assurer l'égalité des chances et de traitement, et la loi de Murcie relative à la promotion et à la participation des jeunes (*Ley de promoción y participación juvenil de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia* (*Boletín Oficial del Estado* du 2 juin 1995, n° 131/1995 [p. 16271])), qui envisage, parmi les principes directeurs des politiques visant à assurer l'intégration effective et la participation sociale, politique, économique et culturelle des jeunes, le principe d'universalité, ce qui signifie que ces politiques ne peuvent pas se traduire par une discrimination fondée sur les préférences sexuelles.

la discrimination directe comme suit: on considère que se produit une discrimination directe lorsqu'une personne est *traitée* moins favorablement qu'une autre dans une situation comparable en raison de son origine raciale ou ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle.¹⁷ Il faut noter que l'art. 2(a) de la Directive ajoute le fait qu'une autre personne "*a été ou serait traitée*" et que la version espagnole de la Directive fait également référence à ces deux possibilités (*haya sido o pudiera ser tratada*).

15.2.4 Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)

La Loi 62/2003 contient également une définition de la discrimination indirecte (art. 28(1)(c)), selon laquelle on considère que se produit une discrimination indirecte lorsqu'une disposition législative ou administrative apparemment neutre, une clause conventionnelle ou contractuelle, un accord simple ou une décision unilatérale cause à des personnes d'une religion ou de convictions données, d'un handicap déterminé, d'un âge particulier ou d'une orientation sexuelle donnée un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que ce ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.¹⁸ Il faut noter que la Directive fait référence à "une disposition, un critère ou une pratique" (tout comme la version espagnole de la Directive), alors que la législation espagnole fait référence, dans des termes plus inclusifs, à "une disposition législative ou administrative apparemment neutre, une clause conventionnelle ou contractuelle, un accord simple ou une décision unilatérale".

La disposition criminelle fait référence à la discrimination sans spécifier ce qu'elle recouvre. Etant donné sa nature criminelle, il serait particulièrement important d'avoir une définition plus claire des formes de discrimination incluses. On ne voit pas clairement si cela recouvre ou non la discrimination indirecte.

15.2.5 Interdiction et concept de harcèlement (art. 2, 3 Directive)

L'art. 28(2) de la Loi 63/2003 conceptualise le harcèlement comme une forme de discrimination et, en vertu de l'art. 28(1)(d), il est défini comme "tout comportement indésirable lié à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle d'une personne et se produisant avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, humiliant ou offensant".¹⁹

Il est important de noter que, avant la Loi 62/2003, le concept de harcèlement en matière d'emploi avait été, dans une large mesure, construit de manière

¹⁷ "Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

¹⁸ "Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

¹⁹ "toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo".

jurisprudentielle. Il faisait avant tout référence à des formes de harcèlement sexuel et on ne voyait pas clairement s'il pouvait être conceptualisé comme une forme de discrimination, particulièrement de discrimination autre que la *discrimination fondée sur le sexe*.

La cour constitutionnelle avait conceptualisé le *harcèlement sexuel* par un employeur privé – à la fois du type *contrepartie* (avec une menace explicite concernant les conséquences négatives si le travailleur refuse les faveurs sexuelles demandées) et du type environnement hostile – comme une violation du droit constitutionnel à la vie privée énoncé à l'art. 18 de la Constitution, acceptant que cela puisse aussi être considéré comme une forme de discrimination indirecte fondée sur le sexe, étant donné que les statistiques montrent que les femmes sont plus souvent victimes de harcèlement sexuel que les hommes.²⁰

Le Statut des travailleurs avait reconnu les droits des employés à leur vie privée, au respect de leur dignité et à être protégés contre les attaques verbales ou physiques de nature sexuelle (art. 4(2)(e)). Les tribunaux s'étaient appuyés sur cette disposition pour protéger les travailleurs contre le harcèlement sexuel (surtout) et, plus récemment seulement, contre d'autres formes de harcèlement.²¹ Cette disposition a maintenant été amendée par la Loi 62/2003 de sorte que, outre le droit des travailleurs au respect de leur vie privée et de leur dignité et leur droit d'être protégés des attaques verbales ou physiques de nature sexuelle, il ajoute maintenant explicitement "le droit d'être protégé contre le harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle".²²

Enfin, le Code criminel punit également le *harcèlement sexuel*. A l'art. 184(1), il sanctionne les personnes qui, *dans le cadre d'une relation d'emploi* (donc, pas nécessairement le seul employeur)... *demandent des faveurs sexuelles pour elles-mêmes ou pour autrui et qui, par ce comportement, mettent la victime dans une situation objective et sérieusement intimidante, hostile ou humiliante*.²³

15.2.6 Injonction de discriminer (art. 2(4) Directive)

L'art. 28(2) de la Loi 62/2003 prévoit que "toute injonction de discriminer à l'encontre de personnes en raison de leur origine raciale ou ethnique, de leur religion ou de leurs convictions, de leur handicap, de leur âge ou de leur orientation sexuelle est considérée comme une discrimination"²⁴ en stricte application de l'art. 2(4) de la Directive.

²⁰ Voir *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 13 décembre 1999, 224/1999.

²¹ Voir *Sentencia del Juzgado de lo Social de Gerona* [décision du tribunal social de Gérone], 17 septembre 2002, et *Sentencia del Tribunal Supremo*, 23 juillet 2001, décrivant des formes de harcèlement moral.

²² "protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

²³ Art. 184.1 du Code criminel: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral...y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante..."

²⁴ "Cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación".

Aucune interprétation extensive n'étant généralement autorisée dans le domaine criminel, il est plus difficile de savoir si l'injonction de discriminer peut être qualifiée comme "produisant une discrimination" à laquelle fait référence l'art. 314 du Code criminel.

15.2.7 *Champ d'application matériel de l'interdiction (art. 3 Directive)*

L'art. 34 de la Loi 62/2003 définit le champ d'application des mesures régissant l'égalité de traitement et la non-discrimination en matière d'emploi contenues dans la loi. Conformément à cet article, ces "mesures visent à l'accomplissement réel et effectif du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination en rapport avec l'accès à l'emploi, l'affiliation à ou l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs, les conditions de travail, les promotions et la formation professionnelle permanente et la formation de reconversion, l'accès aux activités non salariées ou au travail et l'affiliation à ou l'engagement dans toute organisation dont les membres exercent une profession donnée".²⁵ La différence la plus significative entre le texte de la législation espagnole et celui de la Directive, c'est que ce dernier est un peu plus explicite en ce sens qu'il contient des spécifications absentes du texte espagnol. L'art. 3(1)(a) de la Directive spécifie ainsi que les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail incluent les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle (cette spécification est absente de la Loi espagnole). L'art. 3(1)(c) de la Directive spécifie aussi qu'il s'applique à l'emploi et aux conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération (ici encore, cette spécification est absente de la Loi espagnole). Etant donné que la législation espagnole se veut une transposition de la Directive, elle sera très probablement interprétée à sa lumière, de sorte que l'absence de ces spécifications n'est pas considérée comme étant très pertinente. Il faut aussi noter que le Statut des travailleurs, qui fait maintenant explicitement référence à l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, reconnaît déjà que la discrimination est interdite à la fois en ce qui concerne l'accès à l'emploi et l'emploi lui-même²⁶ et en ce qui concerne *le salaire, les horaires de travail et les autres conditions de travail*.²⁷ Afin de mieux respecter la Directive, il aurait été souhaitable de faire également une référence explicite au licenciement. Au fil des ans, la cour constitutionnelle a toutefois aussi interprété l'instruction anti-discriminatoire constitutionnelle de l'art. 14 (en ce qui concerne d'autres motifs de discrimination comme le sexe) comme interdisant la discrimination en ce qui concerne l'accès, le traitement et les conditions d'emploi couvrant des sujets comme l'annonce des postes à pourvoir, le renouvellement des contrats, le salaire et le licenciement.

La disposition espagnole mentionne "la formation professionnelle permanente et la formation de reconversion", mais la Directive est plus explicite dans sa

²⁵ "medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta".

²⁶ Art. 4 (2) (c) Estatutos de los Trabajadores.

²⁷ Art. 17 Estatutos de los Trabajadores.

mention de “l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique” (art. 3.1 (b)).

La Constitution ratifie explicitement le droit fondamental d'accès à la fonction publique et aux fonctions (qui incluent l'emploi public) à des conditions égales (art. 23(2) de la Constitution) et fait référence aux principes directeurs de la fonction publique, y compris ceux de *mérite et aptitude* (art. 103 de la Constitution).

La disposition du Code criminel (art. 314), d'autre part, ne fait référence qu'aux principes “qui produisent une discrimination sérieuse” dans l'emploi public ou privé, sans préciser à quoi correspond le fait de “produire une discrimination sérieuse”. On ne voit pas non plus clairement si le fait de produire une discrimination sérieuse en matière d'emploi peut être interprété comme couvrant l'accès à l'emploi.

15.2.8 *Champ d'application personnel : personnes physiques et personnes morales dont les actions sont l'objet de l'interdiction*

En stricte application de l'art. 3(1) de la Directive, l'art. 27(2) de la Loi 62/2003 prévoit que les mesures d'application du principe de l'égalité de traitement en vertu de cet article s'appliquent à toute personne, dans le secteur public comme privé.

De plus, l'interdiction de discrimination ratifiée par la Constitution et par le Statut des travailleurs, mais pas par le Code criminel (seules les personnes physiques sont considérées comme des auteurs de crimes en vertu de l'ordre juridique espagnol), s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales²⁸ et tant au secteur privé qu'au secteur public.²⁹

En ce qui concerne le secteur privé, l'interdiction de discrimination et la violation des droits fondamentaux des travailleurs s'adressent principalement à l'employeur, mais elles peuvent aussi s'appliquer aux directeurs³⁰ et probablement aux collègues ou au syndicat. Enfin, l'art. 16(2) du Statut des travailleurs, qui fait référence à l'interdiction faite aux agences d'intérim de discriminer pour plusieurs motifs (n'incluant pas l'orientation sexuelle), a maintenant été modifié par la Loi 62/2003 (art. 37(3)) et fait désormais référence à l'orientation sexuelle.

²⁸ Voir les art. 10 et 17 du Statut des travailleurs.

²⁹ Le mandat constitutionnel de non-discrimination a été reconnu comme contraignant pour les employeurs privés comme publics. Le Code criminel (art. 314) fait référence à la discrimination en matière d'emploi privé ou public et la *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 3 août 1983, 85/83 a reconnu que les citoyens ne devraient pas être victimes de discrimination une fois incorporés au secteur public.

³⁰ Voir art. 10 *Real Decreto* [décret royal] 1382/1985, du 12 août 1985.

15.3 Dans le domaine de l'emploi, quelles formes de comportement se trouvent-elles prohibées en tant que discriminations fondées sur l'orientation sexuelle?

La Loi 62/2003, destinée à mettre en œuvre la Directive, n'offre pas grand-chose en fait de spécification du type de comportement correspondant à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La seule autre disposition interdisant la discrimination à l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle est celle du Code criminel (art. 314), qui, elle non plus, ne définit pas quelle formes de comportement y correspondent. Les interdictions qui dérivent de la Constitution sont au mieux implicites. La Loi 62/2003 a en effet modifié le Statut des travailleurs, qui interdit maintenant spécifiquement la discrimination à l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle, mais cette législation non plus ne dit pas grand-chose pour préciser le comportement spécifique équivalent à une discrimination. Par conséquent, beaucoup de ce qui est dit aux pages suivantes est le résultat d'un raisonnement juridique général.

15.3.1 *Discriminations sur la base d'une préférence ou d'un comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel, vrai ou supposé*

Il semble faire peu de doute que l'art. 314 du Code criminel couvrirait la préférence sexuelle d'une personne, puisqu'elle paraît découler de la notion d'orientation sexuelle à laquelle il est fait référence. Comme la Constitution contient une clause anti-discriminatoire indéfinie faisant référence à "toute autre *condition* personnelle ou sociale", je pense que cela couvrirait aussi l'identité sexuelle d'une personne.

En ce qui concerne le comportement sexuel, on n'a pas rapporté de cas permettant de juger s'il serait ou non couvert par l'art. 314 du Code criminel. Il y a au moins une décision d'un tribunal inférieur, en dehors du domaine de l'emploi, à l'appui de cette option.³¹

En ce qui concerne la clause anti-discriminatoire constitutionnelle, si on la lit comme couvrant l'orientation sexuelle, je pense qu'elle couvrirait aussi l'expression de formes de sexualité typiques de ces orientations. Il ne fait aucun doute que la liberté d'exercice de la sexualité est couverte par le droit au développement libre de la personnalité et par le droit à la vie privée (art. 10 et 18 de la Constitution). Il est cependant intéressant de noter qu'il pourrait subsister des vestiges de discrimination de ce type dans le domaine militaire (voir 15.6.4 ci-dessous)

Quant à savoir si les dispositions couvriraient oui ou non l'orientation sexuelle supposée (et pas seulement réelle) d'une personne, rien n'est dit dans la législation existante. Art. 314 du Code criminel fait référence à *su orientación sexual* (avec pronom possessif) et en conséquence elle semble ne couvrir, strictement parlant, que l'orientation sexuelle réelle et pas non supposée.

³¹ Dans la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3a)* [décision du tribunal provincial de Barcelone] du 20 juin 2000, un portier avait demandé à un couple d'hommes qui s'embrassaient dans une discothèque de quitter les lieux, alors que des couples hétérosexuels s'embrassaient librement. Le juge a estimé que ce comportement était une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle du type interdit par l'art. 14 de la Constitution, bien que pas suffisamment sérieux pour être qualifié de comportement criminel en vertu de l'art. 512 du Code criminel (qui interdit aux personnes exerçant une profession ou exploitant un commerce de refuser à quelqu'un, pour le motif de son orientation sexuelle, un service auquel il pourrait autrement avoir accès).

Néanmoins l'interprétation la plus étendue a été soutenue au moins par une cour criminelle du dessous dans l'interprétation de la disposition du Code criminel aggravant la responsabilité criminelle quand le crime est commis avec la motivation de l'orientation sexuelle de la victime.³² Art. 4(2)(c) du Statut des travailleurs tel que récemment amendé par l'art. 37 de la Loi 62/2003 n'inclut pas le pronom enfin qu'il puisse être interprété en tant que couvrir l'orientation sexuelle non supposée. En tout cas, étant donné que forcer quelqu'un à révéler son orientation sexuelle serait clairement considéré comme une violation de son droit à la vie privée en vertu de l'art. 18 de la Constitution, il est probable que, quelle que soit la manière dont elle est définie, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle couvrira aussi la discrimination fondée sur une conviction de l'orientation sexuelle d'un individu, que cette conviction s'avère exacte ou non.

15.3.2 *Discriminations sur la base de la déclaration, ou de l'absence d'occultation, de l'orientation sexuelle*

Une fois de plus, rien n'est explicitement prévu dans les dispositions anti-discriminatoires pertinentes de la Loi 62/2003. Le scénario le plus vraisemblable de ce type spécifique de discrimination est celui dans lequel la personne a le droit d'être ce qu'elle est, mais pas le droit de le dire. Le problème ne résiderait probablement pas tant dans le fait de le dire aux collègues (puisque ce type d'expression serait certainement couvert par les libertés d'expression génériques du travailleur et son droit à la vie privée), mais dans le fait de le dire au monde extérieur (clients, médias), en ce sens que cela pourrait entacher l'image de marque de la firme, du moins aussi longtemps que l'homosexualité n'est pas plus largement acceptée. La doctrine est divisée entre ceux qui affirment que tout ce que l'employeur peut attendre et exiger du travailleur est la bonne performance de son emploi et que la vie privée du travailleur ne concerne donc absolument pas l'employeur,³³ et ceux qui se montrent un peu plus prudents et enclins à analyser les situations au cas par cas, car ils sont conscients que, jusqu'à ce que l'homosexualité soit généralement acceptée, on ne peut tout simplement pas faire fi de l'intérêt de l'employeur à n'y être pas associé.³⁴ Je ne pense pas que cette seconde interprétation soit compatible avec la Directive. J'ai l'intuition que, avec la récente incorporation d'une interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la législation relative à l'emploi, les stratégies du "silence imposé" seront considérées comme de la discrimination directe ou indirecte.

³² Voir *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria* [décision du tribunal provincial de Cantabrie], n° 19/2001 (sección 2) du 4 octobre 2001, qui a accepté la circonstance aggravante alors même que la victime n'était pas un homosexuel, comme le supposait erronément l'agresseur, en application de l'art. 22(4) du Code criminel, qui ne fait pas expressément référence à l'orientation sexuelle réelle et présumée de la victime, mais seulement à l'orientation sexuelle de la victime.

³³ Goñi Sein 1988, 257-258 et Vicente Pachés 1998, 347.

³⁴ Voir Montoya Melgar 1983, 16. Deux cas judiciaires préconstitutionnels ont en effet accepté cette argumentation pour justifier le licenciement d'employés. Voir *Sentencia del Tribunal Supremo* [décision de la cour suprême] du 27 octobre 1965, Ar. 4816 et *Sentencia del Tribunal Central de Trabajo* [décision du tribunal central du travail] du 24 janvier 1977, Ar. 266.

15.3.3 Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexe différent

- *Relatives au mariage*

La Constitution espagnole examine le droit des hommes et des femmes de se marier (art. 32). La plus grande partie de la doctrine, comme la cour constitutionnelle, a considéré que cela signifiait que les hommes et les femmes ont le droit de se marier entre eux et, par conséquent, que la seule institution maritale qui soit constitutionnellement “privilégiée” est le mariage hétérosexuel.³⁵ Le Code civil ne reconnaît en effet que le mariage *entre* un homme et une femme (art. 44). Le Statut des travailleurs reconnaît un ensemble d'avantages liés à la situation matrimoniale ou à la situation familiale qui, soit exigent le mariage, soit reflètent le système de l'union hétérosexuelle, et dont les personnes engagées dans des relations homosexuelles sont donc exclues, ce qui, au moins dans certains cas, pourrait correspondre à une discrimination illicite fondée sur l'orientation sexuelle (voir 15.6.4 ci-dessous).

Jusqu'ici, l'exclusion qui a suscité la plus grande controverse devant les tribunaux a été l'exclusion des partenaires non mariés des pensions de veuf ou veuve telle qu'approuvée dans une disposition juridique de la loi générale relative à la Sécurité sociale.³⁶ Cette exclusion a été déclarée non-discriminatoire par la cour constitutionnelle,³⁷ un raisonnement qui a été suivi par les tribunaux inférieurs.³⁸ Etant donné que la Directive exclut les avantages de sécurité sociale, on ne peut attendre que peu de progrès dans ce domaine.

Il y a cependant des signes prometteurs qui proviennent de la pratique – en progression – consistant à inclure dans les conventions collectives des clauses qui spécifient que les avantages juridiquement réservés aux couples mariés s'étendent aux unions stables (particulièrement si elles sont enregistrées) et de la législation régionale – également en progression – régulant les unions *de facto* et qui, dans son domaine de juridiction, étend les avantages jusqu'ici réservés aux couples mariés.³⁹ En plus, comme nous l'avons mentionné, le gouvernement socialiste récemment élu a promis d'ouvrir le mariage aux gays et aux lesbiennes.

- *Non relatives au mariage: partenariat enregistré*

³⁵ Voir *Auto del Tribunal Constitucional* 222/94 du 11 juillet 1994.

³⁶ Art. 160 de la *Ley General de Seguridad Social* [loi générale relative à la Sécurité sociale], *Decreto* [Décret] 2065 du 30 mai 1974.

³⁷ *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 15 novembre 1990, 184/1990.

³⁸ Voir *Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia* [arrêts des cours de justice supérieures (les tribunaux régionaux les plus élevés), Madrid, n° 558/1999, n° 52/1999, n° 339/2001 et Andalousie, n° 1590/2001. Mais voir aussi la décision *del Juzgado de lo Social de Madrid* n° 29 de septembre 1994, qui étend la pension au partenaire *de facto* sur base de la disposition relative à l'égalité de l'art. 14 de la Constitution.

³⁹ Voir *Ley de uniones estables de Cataluña* (loi 10/98 du 15 juillet 1998), art. 9 et 27; *Ley de parejas estables no casadas de Aragón* (loi 6/99 du 26 mars 1999), art. 18, *Ley de parejas estables de Navarra* (loi Foral 6/00, du 3 juillet 2000), art. 13; *Ley de uniones de hecho de Valencia* (loi 1/01 du 6 avril 2001), art. 9; *Ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas estables de Baleares*, DA 2; *Ley 11/2001 de 19 de diciembre de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*, art. 8; *Ley de parejas estables de Asturias* (loi 4/02 du 23 mai 2002), art. 7; *Ley de parejas de hecho de Andalucía* (loi 5/2002 du 28 décembre 2002), art. 21; *Ley 5/2003 de 6 de marzo de parejas de hecho de Canarias*, art. 11; *Ley 5/2003 de 20 de marzo de parejas de hecho de Extremadura*, art. 10 and *Ley Reguladora del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho del País Vasco* (Ley 2/2003 du 7 mai 2003), art. 11.

En Espagne, il n'y a pas de loi générale relative aux unions civiles avec un système généralisé d'enregistrement de partenariat. Le gouvernement socialiste récemment élu a promis d'y remédier pendant son mandat en cours. En 1994, une municipalité a établi le premier registre municipal sans se préoccuper de l'orientation sexuelle du couple et cet exemple a alors été suivi par des centaines d'autres municipalités et plusieurs communautés autonomes. L'enregistrement n'est pas un substitut au mariage. Les statuts régionaux sur les unions *de facto* y attachent certains effets juridiques, principalement l'option que les partenaires précisent leur régime économique. La plupart des conventions collectives qui étendent les avantages aux partenariats non-maritaux requièrent que le partenariat soit enregistré. En dépit de l'enregistrement, la situation matrimoniale des partenaires n'est pas modifiée et il n'en résulte pas de conséquences relatives aux enfants des partenaires.

Aux fins que nous poursuivons, il est intéressant de noter que, en ce qui concerne l'emploi public dans la région, ces statuts régionaux étendent aux partenaires enregistrés le même régime d'avantages, de permis, d'avantages sociaux et de santé que celui dont jouissent les couples mariés.

- *Non relatives au mariage: unions de facto enregistrées*

Quelquefois, les préjudices que rencontrent les partenaires de même sexe reposent sur la supposition que l'union familiale est hétérosexuelle. Ainsi, il y a certains avantages que le Statut des travailleurs attache au fait d'avoir et/ou d'élever un enfant et qui sont énoncés selon la supposition que les parents (biologiques ou adoptifs, mariés ou non) sont de sexes différents. A cet égard, il est important de noter que, en Espagne, un enfant peut être adopté par un parent isolé et qu'il n'est pas permis d'enquêter sur l'orientation sexuelle de cette personne. L'adoption conjointe était initialement prévue comme une possibilité réservée aux seuls couples mariés (art. 175(4) du Code civil), mais elle a été étendue aux couples non mariés de sexes différents en 1987.⁴⁰ Les partenaires de même sexe ne peuvent pas adopter conjointement un enfant et un partenaire ne peut pas adopter l'enfant biologique de son partenaire de même sexe.⁴¹ À mon avis tout ceci équivaut à différents types de discrimination indirecte en matière d'emploi à l'encontre de couples de même sexe élevant conjointement un enfant (voir 15.6.4 ci-dessous).

Comme mentionné plus haut, de nombreuses conventions collectives pallient le vide juridique dans le domaine de la protection des partenaires non mariés en stipulant explicitement que les avantages accordés par la loi aux partenaires mariés doivent être étendus aux unions stables ou *de facto*.⁴² L'inclusion explicite des partenaires de même sexe, cependant, est exceptionnelle. Il est bien plus commun de faire référence soit aux partenaires de sexes différents, soit aux unions stables *de facto*, sans autre spécification. Etant donné que les employeurs ont tendance à interpréter les clauses de la manière la plus restrictive – en excluant au passage les partenaires de même sexe –, les

⁴⁰ Ley 21/1987, *disposición adicional 3*.

⁴¹ Jusqu'à ce jour, deux des statuts régionaux mentionnés à la note 55, celui de Navarre et celui de Pais Vasco, ont étendu l'option de l'adoption aux partenaires de même sexe. Cela a été contesté devant la cour constitutionnelle et le cas est toujours pendant.

⁴² Voir, par exemple, *Convenios Colectivos de la Red de Ferrocarriles Nacional* [conventions collectives des chemins de fer nationaux] (*Boletín Oficial del Estado* du 18 juillet 2000), Iberia (*Boletín Oficial del Estado* du 16 décembre 1999), que l'on peut trouver à l'adresse www.boe.es.

procédures judiciaires se font de plus en plus fréquentes à cet égard. Jusqu'ici, les résultats ont été erratiques. La compagnie nationale des chemins de fer (*RENFE*), par exemple, a été attaquée en justice à plusieurs reprises et, bien qu'ayant perdu devant les tribunaux inférieurs, elle a systématiquement fait appel, avec des degrés de succès différents.⁴³ Elle a finalement modifié ses règles afin d'étendre les avantages aux partenaires de même sexe.⁴⁴

Il y a en effet des signes croissants de changement dans la conscience sociale et l'acceptation de l'égalité des droits des partenaires de même sexe. Les règles relatives à la résidence militaire de la *Guardia Civil* (un corps spécial des forces de sécurité s'occupant surtout de la sécurité et de l'ordre intérieurs) ont récemment été amendées afin de permettre aux partenaires de même sexe de l'occuper. Il y a aussi une pratique judiciaire naissante qui prend explicitement les modifications de perception sociale ("la nouvelle réalité sociale") comme un critère pertinent d'interprétation judiciaire. Ainsi, en ce qui concerne les avantages de protection sociale et de santé, alors que la loi accorde ces avantages pour couvrir les partenaires stables non mariés – et bien que l'intention originelle ait été de limiter cela aux partenaires de sexes opposés –, certains tribunaux inférieurs ont voulu étendre les avantages aux partenaires de même sexe.⁴⁵

15.3.4 *Discriminations sur la base de l'association avec des personnes, événements ou organisations lesbiens, gays, bisexuels ou hétérosexuels*

Rien n'est dit dans la législation. Cependant, maintenant qu'il existe une interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, une interprétation extensive est beaucoup plus probable qu'auparavant, lorsque la seule interdiction explicite de ce type était contenue dans le Code criminel. En tout cas, la discrimination peut être liée à une activité qui mérite elle-même une protection constitutionnelle par d'autres moyens, comme la liberté de parole, d'association, syndicale, de manifestation, de réunion, etc.

15.3.5 *Discriminations contre les groupes, les organisations, les événements ou les informations par/pour/sur les lesbiennes, gays ou bisexuels*

La législation ne mentionne rien explicitement. Il peut cependant s'agir du cas où l'activité est couverte par d'autres dispositions constitutionnelles comme les libertés de parole, d'association, d'information, de manifestation ou le droit de former un syndicat, tous s'appliquant aussi au domaine de l'emploi.

⁴³ Voir *Sentencias de los Juzgado Social* [décision des tribunaux sociaux provinciaux] de Barcelone, Valladolid, Madrid (15 janvier 2002) et Séville et *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* [décision du tribunal régional], 3 septembre 1998, n° 5637/1998.

⁴⁴ Il y a eu des conflits similaires avec des employés d'Iberia, relativement à l'interprétation de ses conventions collectives, qui ne couvraient que les unions de personnes de sexes différents ou les unions *de facto* de personnes de même sexe.

⁴⁵ Voir *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra* [décision de la cour supérieure de justice de Navarre], n° 401/2000.

15.3.6 *Discriminations à l'encontre d'une personne qui a refusé de répondre, ou a répondu inexactement, à une question sur l'orientation sexuelle*

Rien n'est explicitement prévu dans la législation. Toutefois, la liberté de religion et d'idéologie et le droit de ne pas révéler ses convictions idéologiques ou religieuses (art. 16 de la Constitution) ont été interprétés comme impliquant que le travailleur peut librement choisir ses idées, ses options vitales et ses convictions religieuses ou politiques et qu'il a besoin d'être protégé contre les intrusions ou les mesures de rétorsion de l'employeur.⁴⁶ Également pertinent est le droit à la vie privée, ratifié de façon à la fois constitutionnelle (art. 18) et législative (art. 4(2)(e) du Statut des travailleurs), ce qui couvre le droit de non-intrusion dans la sphère intime et privée des individus. Il semble donc bien y avoir un vaste consensus pour interdire à l'employeur d'enquêter sur des aspects de la vie privée du travailleur qui sont sans la moindre importance pour déterminer son adéquation à l'emploi et ce sera probablement le cas de l'orientation sexuelle, de sorte que le travailleur peut refuser de répondre à une question relative à son orientation sexuelle au nom du droit à la vie privée sans que cela l'affecte négativement, à moins que l'orientation sexuelle soit liée d'une manière ou d'une autre à l'exercice du travail.⁴⁷

15.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative à un "délit d'homosexualité" sans équivalent hétérosexuel*

Rien n'est prévu dans l'ordre juridique. À cet égard, il est intéressant de noter que, bien que l'homosexualité ait été entièrement décriminalisée en 1979, et bien qu'il y ait eu une amnistie générale, les fiches de police consacrées aux individus dangereux (faisant référence à l'orientation sexuelle des personnes) n'ont été détruites que tout récemment.

15.3.8 *Harcèlement*

Comme nous l'avons vu au paragraphe 15.2.5, l'art. 28(2) de la Loi 63/2003 conceptualise le harcèlement comme une forme de discrimination et l'art. 28(1)(d) de la même Loi le définit comme "tout comportement indésirable lié à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle d'une personne et se produisant avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, humiliant ou offensant".⁴⁸ Il est intéressant de noter que l'art. 2(3) de la Directive et sa traduction espagnole font tous deux référence non seulement à un *environnement intimidant, humiliant ou offensant*, mais aussi à un *environnement hostile ou dégradant*. On ne voit pas clairement pourquoi le législateur espagnol a décidé de retirer deux adjectifs de la liste, ni quelles implications pourrait avoir une telle omission. Une chose est claire: on ne peut pas dire que le législateur espagnol a accordé au harcèlement la signification la plus étroite, puisque, dans leur compréhension commune, plusieurs des

⁴⁶ Voir *Sentencias del Tribunal Constitucional* [arrêts de la cour constitutionnelle], 22 avril 1993, 142/1993; 292/1993 du 18 octobre 1993 et 145/1999 du 22 juillet 1999.

⁴⁷ Voir De Vicente Pachés 1998, 108; Goñi Sein 1988.

⁴⁸ "toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo".

qualificatifs inclus (comme *offensant*) ne sont pas moins sérieux que ceux qui ont été omis (*hostile* et *dégradant*).

Le Statut des travailleurs reconnaissait déjà les droits des employés à leur vie privée, au respect de leur dignité et à être protégés contre les attaques verbales ou physiques de nature sexuelle (art. 4(2)(e)) et, comme nous l'avons mentionné, il a maintenant été modifié pour inclure "le droit d'être protégés du harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle". Ce concept de harcèlement sera maintenant probablement interprété à la lumière de la définition du harcèlement donnée dans la Loi 62/2003.

Pour ce qui est de l'interdiction énoncée par le Code criminel, elle ne fait référence, comme nous l'avons mentionné, qu'au seul harcèlement *sexuel*. L'art. 184(1) du Code criminel fait référence à ceux qui, *dans le cadre d'une relation d'emploi* (donc, pas nécessairement le seul employeur)... *demandent des faveurs sexuelles pour elles-mêmes ou pour autrui et qui, par ce comportement, mettent la victime dans une situation objective et sérieusement intimidante, hostile ou humiliante*⁴⁹ (aucune intention n'est donc requise, mais la situation ne peut pas être mesurée *seulement* en fonction de la sensibilité de la victime, étant donné l'exigence d'objectivité). La punition est aggravée *quand la personne qui harcèle le fait en prenant avantage de sa position d'emploi hiérarchique; quand elle menace explicitement ou implicitement le travailleur de nuire à ses attentes légitimes dans le domaine de l'emploi* (art. 184(2)) *ou quand la victime est spécialement vulnérable à cause de son âge, d'une maladie ou de sa situation* (art. 184(3)).⁵⁰

Le fait de faire des avances sexuelles indésirables à une personne du même sexe est qualifié de harcèlement sexuel du type criminellement interdit si le comportement provoque pour la victime une situation objective et sérieusement intimidante, hostile ou humiliante (art. 181 du Code criminel). Il est qualifié de violation du droit du travailleur à ne pas être victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (conformément aux art. 4(2)(c) du Statut des travailleurs et 28(1)(d) et 28(2) de la Loi 62/2003) si on peut montrer que ce comportement indésirable est lié à l'orientation sexuelle de la personne et a lieu avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, humiliant ou offensant.

En ce qui concerne le fait d'utiliser un langage dégradant ou d'exprimer des opinions négatives au sujet de l'homosexualité ou à propos d'une personne gaie, lesbienne ou bisexuelle, si le comportement est suffisamment dommageable, il peut être qualifié de violation du droit des travailleurs au respect de leur dignité et d'être protégés des attaques verbales (art. 4(2)(e) du Statut des travailleurs), qu'il se qualifie ou non, techniquement parlant, comme harcèlement en vertu de la définition du concept donnée à l'art. 28(1)(d) de la

⁴⁹ Art. 184(1) du Code criminel: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral...y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante..."

⁵⁰ Art. 184(2)/184(3) du Code criminel: "Si el culpable del acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral...o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la mencionada relación...o cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación".

Loi 63/2003. D'autre part, la cour constitutionnelle se base sur la doctrine, bien enracinée, selon laquelle la liberté constitutionnelle d'expression (art. 20) est limitée par la reconnaissance du droit à l'honneur (art. 18), de sorte que les insultes ne sont pas couvertes. Le Code criminel considère en outre les crimes d'affront ou d'insulte comme des actions ou des expressions qui nuisent à la dignité d'autrui, affectant la réputation ou l'estime de soi lorsque, du fait de leur nature, de leurs effets ou des circonstances qui les entourent, ces expressions sont perçues comme sérieuses selon l'opinion publique (art. 208 du Code criminel).

Pour ce qui est de la révélation de l'orientation sexuelle d'une personne contre sa volonté, on ne voit pas clairement si ce sera conceptualisé comme discrimination ou harcèlement. Une fois de plus, l'ordre juridique est muet à cet égard. Le droit, constitutionnellement et législativement reconnu, à la vie privée englobe cependant probablement le droit de ne pas révéler des informations sur sa propre orientation sexuelle et la protection contre les interférences d'autrui (art. 18 de la Constitution et art. 4(e) du Statut des travailleurs). Le Code criminel punit le comportement de ceux qui, en vue de découvrir la vie privée d'une personne, interceptent ses e-mails, sa correspondance, ses communications, etc. sans le consentement de la personne (art. 197); il aggrave la sanction quand les informations affectent des aspects liés à la vie sexuelle de la personne (art. 197) et augmente la punition lorsque la conduite est le fait d'un fonctionnaire qui prend avantage de sa position (art. 196). Il punit aussi, séparément, ceux qui révèlent des informations confidentielles relatives à autrui, auxquelles ils auraient pu avoir accès grâce à leur emploi ou à leur relation professionnelle (art. 199).⁵¹ La loi organique (*Ley Orgánica* 15/1999 du 13 décembre 1999) relative à la protection des données à caractère personnel est elle aussi pertinente. La cour constitutionnelle a statué que le droit à la vie privée couvre le droit de contrôler ses propres données à caractère personnel.⁵²

15.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

15.4.1 Désavantages indirects objectivement justifiés (art. 2 (2)(b)(I) Directive)

Reproduisant littéralement l'exception définie à l'art. 2(2)(b)(i) de la Directive, l'art. 28(1)(c) de la Loi 62/2003 stipule que la discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition législative ou administrative apparemment neutre, une clause conventionnelle ou contractuelle, un accord simple ou une décision unilatérale cause à des personnes d'une religion ou de convictions données, d'un handicap déterminé, d'un âge particulier ou d'une orientation sexuelle donnée un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins

⁵¹ Sur la protection générale des données à caractère personnel, voir aussi le *Ley Orgánica* [loi organique] 15/1999 du 13 décembre 1999, stipulant que les données ne peuvent être révélées qu'avec le consentement de la personne affectée (art. 5.c).

⁵² *Sentencia del Tribunal Constitucional* 254/1993.

que ce ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.⁵³

15.4.2 Mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection des droits d'autrui, etc., (art. 2(5) Directive)

Aucune n'est explicitement mentionnée.

15.4.3 Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)

La Loi 62/2003 ne contient pas la moindre disposition spécifique à cet égard. Les pensions de survie sont limitées aux partenaires mariés (art. 174(1) de la *Ley General de Seguridad Social* [loi générale relative à la Sécurité sociale], et le gouvernement socialiste récemment élu a promis de les étendre aux partenaires enregistrés. Plusieurs autres avantages de sécurité sociale ont jusqu'ici été limités à l'époux ou à l'épouse marié(e). L'un est une prime économique en cas de décès de l'époux(se), destinée à couvrir les frais d'enterrement et versée à la personne qui a encouru les frais, bien que l'on suppose a priori que les personnes qui ont encouru les frais, et à qui le paiement doit donc être fait, sont l'époux/l'épouse survivant(e), les enfants du survivant et les autres membres de la famille vivant avec elle ou lui (art. 173 de la loi relative à la Sécurité sociale). Il y a aussi, en cas de décès ou de maladie lié au travail, le droit à une compensation versée à l'époux/l'épouse survivant(e) (art. 177(1) de la loi relative à la Sécurité sociale). Enfin, l'art. 215 de la loi relative à la Sécurité sociale prévoit des allocations de chômage pour les personnes sans emploi qui ont des responsabilités familiales. Etant donné que la Directive exonère les paiements de sécurité sociale, la Directive n'aura probablement pas le moindre effet sur ces situations, bien que le gouvernement socialiste récemment élu ait promis d'éliminer tout type de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, y compris de la législation relative à la sécurité sociale.

15.4.4 Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)

L'art. 34(2)(2) de la Loi 62/2003 stipule qu'il n'y a pas de discrimination fondée sur les motifs énumérés, y compris l'orientation sexuelle, lorsque, "en raison de la nature d'une activité professionnelle particulière concernée ou du contexte dans lequel elle est exercée, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée". La disposition reproduit donc l'exception pour exigence professionnelle de l'art. 4(1) de la Directive.⁵⁴

L'art.16(2) du Statut des travailleurs, qui faisait référence à l'interdiction pour les agences d'intérim de discriminer sur base de plusieurs motifs (n'incluant pas l'orientation sexuelle) et qui a maintenant été modifié par la Loi 62/2003 (art. 37), de sorte qu'il fait désormais référence à l'orientation sexuelle comme

⁵³ "Siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

⁵⁴ "Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado".

à tous les autres motifs énoncés par les deux Directives, a également été modifié de façon à ajouter la condition “aussi longtemps que les travailleurs sont aptes à exécuter le travail ou à occuper l'emploi”.

15.4.5 *Loyauté à l'éthique des organisations fondée sur la religion ou les convictions (art. 4(2) Directive)*

Ni la Loi 62/2003 ni aucun autre acte législatif ne traite de cette question. Il n'y a donc pas, dans l'ordre législatif, de définition de ce qui devrait être considéré comme une organisation idéologique ou ce que le monde universitaire a appelé “organisation à tendance”. Cependant, conformément à la doctrine constitutionnelle générale, puisque le principe de bonne foi doit régir les relations de travail (art. 5(a) du Statut des travailleurs), il peut être demandé aux employés des organisations idéologiques ou “à tendance” de se conformer, dans une mesure minimale, à l'éthique de l'organisation.⁵⁵ La doctrine comme les tribunaux ont rendu explicite le fait que, même pour ce qui est des institutions idéologiques, il faut faire la distinction entre les positions “idéologiques” et “neutres” au sein de l'organisation. Seules les premières concernent la transmission de l'idéologie de l'institution et ce sont donc celles dans lesquelles on peut attendre une certaine affinité idéologique.⁵⁶ Dans notre cas, étant donné le rejet de longue date de l'homosexualité par la foi catholique, cela soulève des questions intéressantes concernant les institutions religieuses. En ce qui les concerne, spécialement les écoles religieuses privées, la cour constitutionnelle a considéré que, une fois de plus, le facteur le plus pertinent à prendre en considération est ce en quoi consiste le travail lui-même. S'il est strictement lié à la transmission de l'éthique des écoles, les contraintes seront plus faciles à justifier que si le travail consiste à développer une expertise purement technique ou s'il se limite à la simple transmission de connaissances.⁵⁷ Selon une certaine doctrine, cela autoriserait les employeurs de ce type d'institutions à s'enquérir de l'orientation sexuelle du travailleur.⁵⁸ Certains spécialistes ont d'autre part fait observer que c'est le comportement d'un travailleur et non pas sa préférence sexuelle en soi qui pourrait être considéré comme portant atteinte à l'éthique de l'institution; des mesures ne peuvent donc être prises que si le comportement est notoire et s'il a la capacité de discréditer l'éthique de l'institution.⁵⁹

15.4.6 *Action positive (art. 7(1) Directive)*

L'art. 35 de la Loi 62/2003 stipule que “pour assurer la pleine égalité fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, le principe d'égalité n'empêche pas de maintenir ou d'adopter en faveur de certains groupes des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages qu'ils pourraient rencontrer dans les matières tombant dans le champ d'application de cette section”.⁶⁰ L'art. 42

⁵⁵ Voir *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 27 mars 1985, 47/1985.

⁵⁶ Calvo Gallego 1995, 171 et *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 12 juin 1996, 106/1996.

⁵⁷ Voir *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 13 février 1981, 5/1981.

⁵⁸ Vicente Pachés 1998, 111; Fernández López 1985, 440.

⁵⁹ Fernández López 1985, 440.

⁶⁰ “Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que

de la même Loi stipule aussi que “les conventions collectives peuvent inclure des mesures visant à lutter contre toute forme de discrimination en matière d'emploi, à encourager l'égalité des chances et à empêcher le harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle”.⁶¹

Le Statut des travailleurs stipule en outre que, en vue de promouvoir l'engagement de groupes ayant des difficultés spéciales à trouver un emploi, le gouvernement peut décider d'accorder des incitants fiscaux aux entreprises afin de stimuler l'engagement et la stabilité au travail de ces groupes (art. 17(3) du Statut des travailleurs). Plus généralement, la cour constitutionnelle a soutenu à plusieurs reprises que les mesures d'action positive ne doivent pas être considérées comme discriminatoires. La cour a plutôt estimé que les actions des pouvoirs publics visant à remédier aux désavantages qu'éprouvent certains groupes socialement marginalisés face à l'emploi sont en fait nécessaires dans un souci bien compris de l'égalité (art. 14 en rapport avec l'art. 9.2 de la Constitution). Il n'y a pas eu de cas pour lesquels ces mesures ont été annulées parce que l'on pensait qu'elles pouvaient correspondre à une discrimination. Elles ont plutôt été étudiées de près afin de s'assurer qu'elles n'avaient pas d'effets stigmatisants pour les groupes vulnérables eux-mêmes. Par conséquent, bien qu'elle n'ait encore jamais été appliquée à des mesures s'adressant à des gays, des lesbiennes ou des bisexuels,⁶² la doctrine semble aller plus loin que la Directive en ne considérant pas l'action positive comme une exception (légitime ou non), mais plutôt comme un accomplissement de l'égalité.

15.5 Voies de recours et application du droit

15.5.1 Système de mise en œuvre du droit du travail en général

Les conflits concernant l'emploi privé ou le personnel salarié d'entités publiques (soumis au droit du travail) sont résolus par la branche juridictionnelle sociale composée des *juzgados de lo social de única instancia* (tribunaux de première et unique instance spécialisés dans les conflits sociaux et du travail), *salas de lo social de los Tribunales de primera y segunda instancia* (chambres de première instance et d'appel spécialisées dans le droit social et du travail), *Tribunales Superiores de Justicia* (cours régionales supérieures) et de la *Audiencia Nacional* (cour d'appel nationale) ainsi que de la *sala de lo social del Tribunal Supremo* (chambre basse de la cour suprême pour les questions sociales et du travail). Lorsque les conflits sont dus à une action de l'administration soumise au droit administratif (et non au droit du travail), la

se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección”.

⁶¹ Artículo 42. Fomento de la igualdad en la negociación colectiva.

“Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁶² Jusqu'ici, la doctrine a plutôt été appliquée uniquement aux mesures concernant les femmes (voir, par exemple, *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle] 128/1987) et les personnes handicapées (voir, par exemple, *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle] 269/1994).

branche juridictionnelle compétente est la *jurisdicción contencioso-administrativa* (juridiction administrative des litiges), qui exige que l'on ait d'abord épuisé tous les recours administratifs et qui est formée de *juzgados y tribunales contenciosos administrativos, en primera y segunda instancia* (tribunaux de première instance et cours d'appel de litiges administratifs) et de la *sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo* (chambre des litiges administratifs de la cour suprême). Le *Tribunal Supremo* (la plus haute instance au sein du pouvoir judiciaire ordinaire) est chargé de résoudre les appels afin d'unifier la doctrine contradictoire des tribunaux inférieurs et ses décisions sont généralement contraignantes, constituant donc une source de droit.

Lorsque la violation d'un certain droit constitutionnel est en jeu, y compris le droit de ne pas être discriminé, il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours administratifs: on a l'option d'utiliser une procédure judiciaire spéciale et plus rapide instituée par les ordres judiciaires du travail et administratif devant les tribunaux ordinaires. Enfin, une fois épuisés les recours au sein du système judiciaire, on a le droit de présenter la plainte devant la cour constitutionnelle.

15.5.2 Organismes spécifiques et/ou généraux chargés d'appliquer la loi

Il n'y a pour l'instant aucun organisme spécifique chargé d'appliquer la loi, qu'il soit national ou régional, traitant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.⁶³ Il est intéressant de noter qu'il existe, aux niveaux national et régional comme au sein des syndicats, des bureaux spéciaux où l'on peut adresser les plaintes concernant la discrimination d'autres groupes vulnérables comme les femmes, les immigrants, les jeunes et les handicapés.⁶⁴ Enfin, la Loi 62/2003 prévoit uniquement la création d'un Conseil de promotion de l'égalité de traitement et de la non-discrimination des personnes sur la base de leur *origine ethnique ou race* (art. 33).

D'autre part, il y a les inspecteurs du travail des Départements du travail et des affaires sociales, au niveau central ou dépendant des communautés autonomes; ils sont chargés d'une large gamme de fonctions, y compris, essentiellement, la supervision du respect général du droit du travail.

15.5.3 Procédure civile, pénale, administrative et/ou voies de médiation et de conciliation (art.9(1) Directive)

Au sein du domaine de l'emploi, il y a une série de mécanismes destinés à empêcher les conflits ou à les résoudre sans devoir aller devant les tribunaux ou avoir à épuiser les recours judiciaires existants. Il y a ainsi une procédure de conciliation qui est obligatoire à la fois avant et pendant le processus judiciaire.⁶⁵ Ceux qui sont chargés de la conciliation sont des juges de première instance spécialisés dans le travail et des organismes de conciliation administratifs opérant aux niveaux national et régional. Si l'on atteint la

⁶³ Seul la loi régulatrice des Provinces basques relative aux unions de *facto* (*Ley Reguladora del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho del País Vasco*, Ley 2/2003 du 7 mai 2003) prévoit un bureau spécial dans ce but.

⁶⁴ Pour un aperçu des actions sociales s'adressant à ces groupes (mais pas aux homosexuels ou aux bisexuels), voir la page Internet du département du Travail www.mtas.es/welcome.htm.

⁶⁵ Voir les art. 63 et 66 de la *Ley de Procedimiento Laboral* [loi relative à la Procédure d'emploi] et les art. 82 et 83 du *Estatuto de los Trabajadores* [Statut des travailleurs].

conciliation, le processus se termine et le résultat obtenu a la force qu'aurait une décision de justice. Les deux parties comme les tierces parties peuvent en appeler de la décision de l'organisme de conciliation.

Outre ces organismes de conciliation, la loi autorise les travailleurs et les employeurs à inclure dans les conventions collectives des mécanismes de résolution des conflits dont la fonction peut consister en une conciliation, une médiation ou un arbitrage et, selon ce qui a été décidé dans la convention, leur utilisation en cas de conflit peut être optionnelle ou obligatoire.⁶⁶

En ce qui concerne les entités publiques – bien qu'elles ne soient pas autorisées à participer aux procédures de conciliation –, avant de faire appel à la procédure judiciaire, la plainte doit être présentée devant l'autorité administrative compétente et on n'exige en principe que l'épuisement de la voie administrative.

Il est important de noter que la Loi 62/2003 (art. 40) modifie l'art. 181 de la loi relative à la Procédure d'emploi. Cette disposition se retrouve au chapitre XI, qui élabore une procédure juridique spéciale pour la protection de la liberté de se syndicaliser et stipule que la même procédure s'applique à la protection du reste des droits et libertés fondamentaux et à l'interdiction de discriminer. Le nouveau texte inclut les plaintes pour harcèlement comme étant également couvertes par cette procédure juridique spéciale, dont la principale caractéristique est de donner à ces cas la priorité sur d'autres et de les placer en une procédure accélérée devant le système judiciaire (art. 177 de la loi relative à la Procédure d'emploi).

Pour ce qui est de la procédure criminelle visant à mettre en œuvre l'art. 314 du Code criminel, c'est la procédure criminelle ordinaire qui s'applique, mais, étant donné la manière dont le délit est décrit, il y a très peu de chances qu'elle soit appliquée. Elle ne peut en effet démarrer qu'après qu'ait eu lieu un processus administratif condamnant le comportement de l'employeur et si, en dépit de cela, l'employeur persiste dans son comportement discriminatoire et/ou ne se plie pas à la sanction fixée lors de la procédure administrative précédente.

15.5.4 Sanctions civiles, pénales et/ou administratives (art. 17 Directive)

Le Statut des travailleurs ratifie la "nullité" des dispositions régulatrices administratives, clauses conventionnelles ou contractuelles, contrats ou décisions unilatérales de l'employeur qui constituent une discrimination (art. 17 du Statut des travailleurs). La Loi 62/2003 (art. 37) a amendé la disposition pour y inclure une référence explicite à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La disposition, telle qu'amendée, fait également une référence explicite à l'interdiction de la discrimination tant directe qu'indirecte. La *Ley de Procedimiento Laboral* [loi relative à la Procédure d'emploi], prévoit que, une fois déclarée la nullité de l'action discriminatoire de l'employeur, la décision judiciaire assure la cessation immédiate du comportement dommageable, le rétablissement de la situation préalable à la violation des droits du travailleur, la réparation des conséquences découlant de l'action et la compensation des dommages qui en ont résulté (art. 175, 180 et 181).

⁶⁶ Voir *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 16 octobre 1989, 162/89, et *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle], 14 novembre 1991, 217/91.

Lorsque le comportement discriminatoire se produit lors de l'embauche, si l'acte discriminatoire peut être individualisé quant à son impact sur une personne spécifique, il semble que la solution devrait être d'obliger l'employeur à engager cette personne.⁶⁷ D'un autre côté, lorsque les individus affectés l'ont été d'une manière non spécifique (par exemple parce qu'ils ont simplement été exclus de l'accès au processus de sélection), la doctrine semble convenir que la meilleure approche serait d'ordonner simplement une nouvelle procédure non discriminatoire.⁶⁸ Si la discrimination a lieu pendant une relation d'emploi valide, une sentence ou une décision estimant fondée la plainte pour discrimination doit ordonner qu'il soit mis fin au comportement discriminatoire et accorder une compensation pour son effet. Si la discrimination concernait la rémunération, l'employeur ne pourra pas restaurer l'égalité en diminuant le salaire de la classe jusque-là privilégiée.⁶⁹ Enfin, si la discrimination du travailleur s'est traduite par un licenciement, l'employeur doit réintégrer le travailleur, lui verser les salaires qu'il a perdus et rétablir les autres droits que le travailleur avait accumulés⁷⁰, ainsi que, peut-être, l'indemniser pour d'autres dommages (art. 180 de la loi relative à la Procédure d'emploi).

La loi prévoit en outre des sanctions économiques pour les infractions juridiques, contractuelles et conventionnelles de l'employeur privé (*Real Decreto Legislativo* [décret législatif royal] 5/2000 du 4 août 2000 relatif aux infractions et sanctions liées au domaine social (art. 5)). Ces sanctions sont imposées par l'Inspection du travail et de la sécurité sociale compétente et peuvent être légères, sérieuses ou très sérieuses. La Loi 62/2003 (art. 41) modifie la loi 5/2000 des manières suivantes: l'art. 8 contient une liste de ce que l'on doit considérer comme des infractions très sérieuses dans le domaine des relations de travail; l'art. 8(12) fait référence aux décisions unilatérales de l'employeur qui s'apparentent à une discrimination liée au salaire, aux horaires de travail, à la formation et à la promotion, fondée sur différents motifs qui ne comprenaient pas l'orientation sexuelle. Après la réforme, une mention explicite de la discrimination directe et indirecte a été ajoutée et l'orientation sexuelle a été ajoutée à la liste des motifs. La disposition ajoute maintenant aussi à ces décisions qui s'apparentent à de la discrimination une référence à celles qui "s'apparentent à un traitement désavantageux de travailleurs en réaction à une plainte au sein de l'entreprise ou à toute procédure juridique visant à l'application du respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination". L'art. 8(13)(bis) a également été ajouté. Il considère maintenant comme infraction très sérieuse le harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, lorsqu'il se produit dans le domaine des prérogatives du management, quel que puisse en être l'agent, aussi longtemps que, lorsqu'il est connu de l'employeur, ce dernier ne prend pas les mesures nécessaires pour empêcher une telle infraction. Enfin, on a modifié l'art. 16(2), dans la section relative aux infractions dans le domaine de l'embauche et pour la liste des infractions considérées comme très sérieuses. Cet article prévoit maintenant que c'est une infraction très sérieuse, de la part de l'employeur ou des agences

⁶⁷ Voir Lousada Arochena 1996, 156.

⁶⁸ Voir Cruz Villalón 2001, 325.

⁶⁹ Voir *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle] 81/1982 concernant la discrimination fondée sur le sexe.

⁷⁰ *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle] 33/1986.

d'intérim, d'établir des conditions d'emploi – que ce soit par la publicité ou par tout autre moyen – s'apparentant à une discrimination fondée sur plusieurs motifs, auxquels l'orientation sexuelle a été ajoutée.

La Loi 62/2003 modifie également l'art. 54(2) du Statut des travailleurs, ajoutant le sous-paragraphe g). La disposition énumère les motifs de licenciements disciplinaires. Elle ajoute maintenant, parmi les raisons de mauvais traitement contractuel, le "harcèlement, de la part de l'employeur ou d'autres employés de l'entreprise, fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle".⁷¹

Lorsque l'employeur participe au comportement criminel de discrimination sérieuse fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi (art. 314), la sanction consiste en un emprisonnement de six mois à deux ans, complété par une sanction économique, indépendamment de la responsabilité civile pouvant dériver de la conduite criminelle. Tel que défini, le délit requiert une action discriminatoire sévère et l'employeur doit avoir été averti ou sanctionné par les autorités administratives. On ne dit rien des formes de discrimination couvertes, sinon qu'elles doivent être sérieuses, de sorte que l'on ne voit pas clairement si la discrimination indirecte est couverte.

Enfin, le délit de harcèlement sexuel en vertu de l'art. 184 du Code criminel (ne couvrant pas explicitement l'orientation sexuelle) est puni d'une arrestation de six à douze week-ends ou d'une sanction économique. S'il s'avère que la victime est spécialement vulnérable à cause de son âge, d'une maladie ou de sa situation concrète, la peine est portée à une arrestation de 12 à 24 week-ends ou une sanction économique plus élevée. Si la personne commet le délit en prenant avantage de sa supériorité relative à l'emploi ou en menaçant de fragiliser l'emploi légitime du travailleur, la peine est une arrestation de 12 à 24 week-ends ou une sanction économique plus élevée. Ici aussi, s'il s'avère que la victime est particulièrement vulnérable à cause de son âge, d'une maladie ou de sa situation concrète, la peine devient un emprisonnement de six mois à un an.

15.5.5 *Personnes physiques ou morales auxquelles peuvent s'appliquer les sanctions*

Les sanctions administratives auxquelles ils est fait référence ci-dessus concernent l'employeur privé, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale (art. 1^{er} du Statut des travailleurs). En ce qui concerne les sanctions criminelles mentionnées ci-dessus, elles peuvent être imposées aux employeurs publics comme privés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Si c'est une personne morale, la sanction est imposée à ceux qui administrent ou sont en charge du service responsable du comportement criminel et aux complices (art. 318 du Code criminel).

Quant à la sanction administrative entraînée par le harcèlement, elle est imposée à la personne responsable du comportement (par exemple un collègue ou un directeur), ainsi qu'à l'employeur si le comportement a lieu dans le domaine de compétences managériales de l'employeur et si l'employeur n'a

⁷¹ "El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa".

pas pris les mesures nécessaires pour l'empêcher alors qu'il était au courant.⁷² Le type criminel de harcèlement sexuel s'applique à la fois aux employeurs privés et publics. Etant donné que la Loi ne spécifie pas davantage, la sanction ne peut tomber que sur la personne qui exerce le comportement de harcèlement. De plus, lorsque le harceleur occupe une position hiérarchiquement supérieure, la peine devient plus lourde; il semble qu'un collègue harceleur serait aussi puni pour ce crime, mais par une sanction moindre.

15.5.6 *Conscience des opérateurs de droit sur les questions relatives à l'orientation sexuelle*

Etant donné la rareté des cas, il est difficile d'estimer le degré de conscience des principaux opérateurs de droit que sont les juges. A mon avis, étant donné la répugnance de certains juges ordinaires à incorporer une doctrine constitutionnelle, le fait que toutes les dispositions anti-discriminatoires du Statut des travailleurs (et pas seulement celles du Code criminel) fassent maintenant explicitement mention de l'orientation sexuelle va aider.

15.5.7 *Légitimation d'agir des groupes d'intérêt (art. 9(2) Directive et considérant 29 Directive)*

A part les travailleurs, qui peuvent agir pour défendre leurs droits et leurs intérêts légitimes, l'ordre juridique garantit la légitimation des syndicats de travailleurs, qui peuvent agir au nom et dans l'intérêt de leurs membres affiliés (art. 16 et 17 de la loi relative à la Procédure d'emploi) si la personne directement concernée leur accorde son autorisation (art. 19, 20 et 175.2). Les tribunaux ont en outre reconnu la dimension collective de la disposition anti-discriminatoire de l'art. 14 et la légitimation d'agir – qui y est liée – des groupes d'intérêt lorsque le traitement discriminatoire affecte un groupe anonyme de travailleurs qui ne sont pas identifiés individuellement, mais peuvent être identifiés par le biais d'une caractéristique du groupe.⁷³

15.5.8 *Charge de la preuve de la discrimination (art. 10 Directive et considérants 15, 31 et 32 Directive)*

L'art. 36 de la Loi 62/2003 stipule que "dans les procédures civiles et administratives permettant de conclure, à partir des faits énoncés par le plaignant, à l'existence d'indices fondés de discrimination pour des motifs d'origine raciale ou ethnique, de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle relativement à des matières tombant dans le champ d'application de cette section, c'est à la partie défenderesse qu'il revient de fournir une justification objective et raisonnable, ainsi que suffisamment prouvée, des mesures adoptées et de leur proportionnalité".⁷⁴ Il faut noter que

⁷² Voir *Real Decreto Legislativo* [décret législatif royal] 5/2000, du 4 août 2000, art. 8 (13)(bis) tel qu'amendé par la Loi 62/2003.

⁷³ Voir *Sentencia del Tribunal Supremo* [décision de la cour suprême] du 18 février 1994 (1994/1091) et du 2 février 2000 (2000/1438).

⁷⁴ *Artículo 36. Carga de la prueba.*

"En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la

la Directive stipule que “il incombe à la partie défenderesse de prouver qu’il n’y a pas eu violation du principe de l’égalité de traitement” (art. 10). A cet égard, l’énoncé de la législation espagnole semble accorder davantage de protection à la victime supposée de discrimination, puisqu’elle précise les critères que doit rencontrer la preuve pour être qualifiée de suffisante.

La loi relative à la Procédure d’emploi examine aussi le transfert de la charge de la preuve et, après la réforme introduite par la Loi 62/2003 (art. 40), elle ne mentionne maintenant plus seulement la discrimination fondée sur le sexe, mais aussi celle fondée sur l’orientation sexuelle (art. 96 et art. 179(2) en rapport avec l’art. 181). La présomption d’innocence (art. 24(2) de la Constitution) reste cependant la règle dans le domaine criminel, de sorte que, dans ces cas-là, il n’y a pas transfert de la charge de la preuve.

15.5.9 *Charge de la preuve de l'orientation sexuelle (considérant 31 Directive)*

La loi est muette. Je pense que, puisque le droit à la vie privée couvre le droit de ne pas révéler son orientation sexuelle, la victime n’a pas à démontrer son orientation sexuelle, mais seulement qu’il y a des indices montrant qu’elle a souffert de discrimination à cause de son orientation sexuelle supposée.

15.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

L’art. 37 de la Loi 62/2003 introduit une modification du Statut des travailleurs (art. 17). L’art.17(1) ratifie la nullité des dispositions régulatrices administratives, clauses conventionnelles ou contractuelles, contrats ou décisions unilatérales de l’employeur qui constituent une discrimination fondée sur plusieurs motifs, y compris, maintenant, l’orientation sexuelle. Un nouveau paragraphe, l’art. 17(2), a été ajouté. Ce paragraphe déclare “la nullité des décisions de l’employeur qui correspondent à un traitement désavantageux de travailleurs en réaction à une plainte au sein de l’entreprise ou à toute procédure juridique visant l’application du respect du principe d’égalité de traitement et de non-discrimination”.⁷⁵ De même, la Loi 62/2003 a introduit des modifications de la loi 5/2000 relative aux infractions et voies de recours dans le domaine social (art. 41).⁷⁶ Comme mentionné ci-dessus, l’art. 8 de la loi 5/2000 contient une liste de ce que l’on doit considérer comme des infractions très sérieuses dans le domaine des relations de travail. Avec la réforme de la Loi 62/2003, l’art. 8(12) ajoute maintenant, à ces décisions qui s’apparentent à une discrimination, une référence à celles qui “s’apparentent à un traitement désavantageux de travailleurs en réaction à une plainte au sein de l’entreprise

presente sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

⁷⁵ “Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

⁷⁶ Artículo 41. Modificaciones del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

ou à toute procédure juridique visant l'application du respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination".⁷⁷

Dès avant la nouvelle législation, le Statut des travailleurs déclarait invalides les licenciements liés à l'un quelconque des motifs de discrimination couverts par la Constitution ou par le système législatif ou qui entraîne la violation des droits et libertés fondamentaux des travailleurs (art. 55(5) du Statut des travailleurs et art. 118(2) de la loi relative à la Procédure d'emploi). Tout licenciement lié à l'usage par le travailleur de voies de recours judiciaires pour lutter contre la discrimination ou le harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle rendrait ce licenciement invalide et l'employeur serait forcé de réintégrer la travailleur, parce que la cour constitutionnelle a affirmé que le fait d'entreprendre une action judiciaire pour la protection des droits est une forme d'exercice de ces mêmes droits.⁷⁸ La cour a en effet compris que la protection contre la rétorsion va plus loin, puisqu'elle doit couvrir non seulement le droit du travailleur de ne pas être abusivement licencié, mais, plus généralement, celui d'être protégé de tout type de mesure de rétorsion de la part de l'employeur.⁷⁹ La nouvelle législation a donc suivi cette ligne.

15.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

15.6.1 *Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

Bien que la Loi 62/2003 introduise des changements concrets de la législation existante comme *el Estatuto de los Trabajadores* (Statut des travailleurs), *la Ley de Integración Social de los Minusválidos* (loi portant l'Intégration sociale des moins-valides), *la Ley de Procedimiento Laboral* (loi relative à la Procédure d'emploi), *la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (loi relative aux Infractions et voies de recours dans le domaine social) et la législation relative à la fonction publique, toutes les modifications visent à introduire une interdiction explicite de la discrimination, directe et indirecte, fondée sur l'orientation sexuelle et aucune n'entraîne l'abolition de la législation existante du fait de sa nature discriminatoire.

15.6.2 *Suppression des dispositions administratives discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

Aucune à ma connaissance.

15.6.3 *Mesures nécessaires pour assurer l'amendement ou la nullité de dispositions discriminatoires figurant dans les contrats, les conventions collectives, les règlements intérieurs des entreprises, les statuts des professions indépendantes ainsi que dans les statuts*

⁷⁷ "...las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

⁷⁸ Voir *Sentencias del Tribunal Constitucional* [arrêts de la cour constitutionnelle] 197/98, 140/99 et 101/2000 du 10 avril 2000.

⁷⁹ Voir *Sentencias del Tribunal Constitucional* [arrêts de la cour constitutionnelle] 7/93; 14/93 et 54/95.

*des organisations de travailleurs et d'employeurs (art. 16(b)
Directive)*

Aucune n'a été ajoutée, de sorte que les règles générales décrites plus haut s'appliquent.

15.6.4 Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur

Les dispositions qui consolident des conditions d'emploi différentes pour les gays et lesbiennes sont traitées dans la législation nationale relative à la sécurité sociale et/ou en rapport avec la situation matrimoniale de la personne ou posent comme condition d'être parent biologique et/ou adoptif. Bien que, dans un contexte où le mariage est réservé aux couples hétérosexuels et où les couples de même sexe ne peuvent pas adopter conjointement ni adopter les descendants de leur partenaire, cela puisse s'apparenter à de la discrimination, il n'est pas évident que les dispositions pertinentes puissent être considérées comme discriminatoires au sens de la Directive.

Notre législation relative à la sécurité sociale limite toute une série d'avantages au seul bénéfice de l'époux/l'épouse. Cela inclut les pensions de survie, qui sont réservées aux partenaires mariés (art. 174(1) de la *Ley General de Seguridad Social*⁸⁰); une prime économique en cas de décès de l'époux(se), destinée à couvrir les frais d'enterrement et versée à la personne qui a encouru les frais, bien que l'on suppose a priori que les personnes qui ont encouru les frais, et à qui le paiement doit donc être fait, sont l'époux/l'épouse survivant(e), les enfants du survivant et les autres membres de la famille vivant avec elle ou lui (art. 173 de la loi relative à la Sécurité sociale). Il y a aussi, en cas de décès ou de maladie lié au travail, le droit à une compensation versée à l'époux/l'épouse survivant(e) (art. 177(1) de la loi relative à la Sécurité sociale). Certaines de ces restrictions ont été explicitement ratifiées par les tribunaux (voir l'arrêt de la cour constitutionnelle n° 125/2003 du 19 juin) et, étant donné qu'elles concernent la législation relative à la sécurité sociale, elles pourraient sortir du champ d'application de la Directive.

Comme déjà mentionné, le Statut des travailleurs reconnaît une série d'avantages liés à la situation matrimoniale ou au statut familial qui excluent explicitement ou implicitement (c'est-à-dire en n'accordant le statut familial qu'au travers du mariage et non pas d'autres formes d'unions) les membres des unions entre personnes de même sexe. Parmi les avantages reconnus par le Statut des travailleurs comme dérivant explicitement ou implicitement du mariage, il y a: un congé de 15 jours pour le mariage (art. 37(3)(a)); des congés rémunérés de différentes durées pour cause de décès, accident, maladie de membres de la famille y compris l'époux(se) (art. 37(3)(b)); le droit à la réduction du temps de travail et à une réduction proportionnelle du salaire afin de prendre soin d'un membre de la famille dans certaines circonstances (art. 37(5)); le droit de quitter temporairement son emploi pour prendre soin d'un membre de la famille (art. 46(3)) et le droit d'être géographiquement transféré en vue de faciliter la vie maritale si l'un des époux est affecté ailleurs (art. 40(3)). Dans la mesure où ces avantages s'articulent sur la situation matrimoniale de la personne, elles pourraient sortir du champ d'application de la Directive, bien que ce soit plus douteux en ce qui concerne les avantages qui

⁸⁰ Loi générale relative à la Sécurité sociale.

dépendent du fait d'être reconnu comme un membre de la famille et non pas comme un époux/une épouse au sens strict.

Le cas des avantages reconnus par la législation du travail et liés au fait d'élever un enfant, indépendamment de la situation matrimoniale des parents, pourrait mériter une considération différente. Etant donné que, contrairement aux couples de sexes différents, les partenaires de même sexe ne peuvent pas adopter conjointement un enfant, pas plus qu'un partenaire ne peut adopter l'enfant biologique de son partenaire du même sexe, nous pouvons identifier plusieurs cas de discrimination directe ou indirecte en matière d'emploi dont souffrent des couples de même sexe qui élèvent conjointement un enfant. Parmi les dispositions controversées du Statut des travailleurs, nous devons mentionner: le droit des travailleuses de réduire la journée de travail afin de nourrir un bébé de moins de neuf mois, un droit qui peut aussi être accordé au père dans le cas où les deux parents travaillent (art. 37(4)); le droit, pour la mère ou le père d'un enfant prématuré de s'absenter une heure chaque jour ou de réduire la journée de travail de deux heures (art. 37(4)(bis)); le droit, pour le père de l'enfant d'une travailleuse, de profiter d'une partie de son congé de maternité légal (art. 48(4)) ou le droit des parents adoptifs (père et mère) de se partager conjointement le congé pour adoption d'enfant (art. 48(4)). A mon avis, dans la limite où ces avantages n'exigent pas du couple qu'il soit marié, ils sont clairement couverts par la Directive et devraient être rattachés au fait d'élever conjointement un enfant, plutôt qu'au fait d'être le parent légal ou biologique de l'enfant, au moins jusqu'à ce que les couples de personnes du même sexe aient le droit d'adopter conjointement.

Enfin, en ce qui concerne le domaine militaire, bien que le principe de non-discrimination soit maintenant explicitement reconnu (art. 185 des *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas* of 1978 [Ordonnances royales des forces armées]), jusqu'en 1986, les relations sexuelles avec une personne du même sexe sur les terrains militaires étaient des délits d'"actes déloyaux" qui entraînaient une peine d'emprisonnement et le renvoi dans les foyers.⁸¹ Après 1985, la disposition a été retirée du nouveau Code pénal militaire.⁸² Ces relations sont cependant devenues "une conduite sérieuse contre la discipline militaire", passible d'une sanction disciplinaire⁸³ et, en 1991, la cour constitutionnelle a de nouveau affirmé que, si les relations homosexuelles au sein des forces armées avaient cessé d'être criminelles, elles pouvaient devenir, au moins dans certaines circonstances, une infraction administrative si elles offensaient la discipline, le service ou la dignité militaire.⁸⁴ En 1998, la loi relative au Régime disciplinaire a été modifiée et, une fois encore, elle stipulait que ces relations sexuelles sur les terrains militaires qui offensent la dignité militaire pouvaient entraîner une sanction disciplinaire.⁸⁵ La disposition ne fait pas explicitement référence aux relations homosexuelles, mais seulement aux relations sexuelles qui offensent la dignité militaire. Le problème, c'est que les relations homosexuelles ont été considérées comme telles. On ne sait pas

⁸¹ Art. 352 *Código de Justicia Militar* [Code de justice militaire] du 17 juillet 1945, explicitement déclaré constitutionnel par la cour constitutionnelle dans son arrêt 33/1985.

⁸² *Código Penal Militar* du 27 novembre 1986.

⁸³ *Ley 12/1985* du 27 novembre 1985, *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* [loi relative au Régime disciplinaire dans les forces armées].

⁸⁴ *Sentencia del Tribunal Constitucional* [arrêt de la cour constitutionnelle] 196/1991.

⁸⁵ *Ley Orgánica 8/1998* du 2 décembre 1998, art. 8(24).

clairement si elles sont toujours considérées ainsi, mais le fait que la législation générale a été adoptée et que le Statut des travailleurs a été amendé de façon à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi pourrait améliorer les choses.

15.7 Observations conclusives

Certains mécanismes importants de lutte contre la discrimination en matière d'emploi ont existé, mais, en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, elle n'est devenue réellement explicite qu'après les réformes introduites par la Loi 62/2003. Avant cela, seule une disposition du Code criminel interdisait explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans des termes qui n'étaient pas adéquats pour mettre en œuvre la Directive-cadre. Après la réforme de la Loi 62/2003, les aspects les plus cruciaux de la Directive ont été incorporés à l'ordre législatif espagnol. On a malheureusement manqué l'occasion d'adopter un acte législatif plus cohérent, complet et visible concernant la discrimination en matière d'emploi. Les manquements les plus pertinents de la nouvelle législation concernent le caractère insuffisamment explicite et concret du champ d'application matériel de l'interdiction de discrimination. Certaines autres différences concernant l'énoncé, par la législation espagnole, de la définition de la discrimination indirecte ou du harcèlement peuvent être plus ou moins significatives selon leur application concrète. Pour la plus grande part, cependant, l'Espagne a correctement transposé la Directive. Des progrès permettant d'assurer des opportunités et conditions de travail égales pour les gays et les lesbiennes exigent un changement social qui facilite le "coming out" et l'accès aux avantages liés à la situation matrimoniale, jusqu'à la possibilité d'adoption ou à la législation relative à la sécurité sociale. Seule l'interprétation du champ d'application de la Directive par la Cour européenne de justice déterminera probablement quelle proportion de ce progrès est déjà un droit impératif.

Littérature citée dans les notes

Almendros González, M. A., *Familia y Trabajo, Comentario Practico a la ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Comares, Grenade, 2002.

Cruz Villalón, Jesús, Igualdad y no Discriminación, in: *Veinte Años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, Fermín Rodríguez-Sañudo et Fernando Elorza Guerrero (éds.), Colección Andaluza de Relaciones Laborales, Vol. IX, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 2001.

Chacartegui Jávega, Consuelo, *Discriminación y Orientación Sexual del Trabajador*, Lex Nova, 2001.

De Vicente Pachés, Fernando, *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

Goñi Sein, José Luis, *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

Lousada Arochena, J.F., *El Derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Comares, Grenade, 1996.

Morales Ortega, José, Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad, in: *Relaciones Laborales*, 1999, II, 452-482.

Pérez Canovas, N., *Homosexualidad, Homosexuales, y Uniones Homosexuales en el Derecho Español*, Comares, Grenade, 1996.

Pérez Cánovas, Nicolás, Spain: The heterosexual status refuses to disappear, in: *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: a Study of National European and International Law*, Robert Wintemute and Mads Andantes, (éds), Hart Publishing, Oxford, 2001, 493-504.

Rivas Vaño, Alicia, "La Prohibición de Discriminación por Orientación Sexual en la Directiva 2000/78" in *Temas Laborales*, 2001, n° 59: 193-220.

Valladares Rascón, "El derecho a la pensión de viudedad del compañero no matrimonial", in: *La Ley*, 1986-I,560.