

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

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

14 Portugal

par P. Miguel Freitas²

traduit de l'anglais

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

² P. Miguel Freitas (mlfreltas@hotmail.com), juge à la 1^{re} cour criminelle du comté de Paredes, au Portugal.

14.1 Cadre juridique général

Addendum

Le 24 juillet 2004, la loi constitutionnelle n° 1/2004 a été publiée, amendant effectivement la Constitution portugaise de façon à ce qu'elle interdise désormais explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cet amendement est entré en vigueur le 31 juillet 2004 sur le continent et le 10 août 2004 dans les régions de Madère et des Açores.

14.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

La Constitution portugaise (ci-après: la Constitution)³ ne contient pas seulement une clause générale explicite d'égalité et de non-discrimination, mais aussi un grand nombre de dispositions concernant l'égalité en général ou dans des domaines spécifiques de la vie sociale, économique et politique⁴. En 1997 déjà, l'article 26(1) de la Constitution avait été amendé en vue de reconnaître 'à chacun (...) le droit à (...) la protection légale contre toute forme de discrimination'⁵.

Bien que le principe d'égalité et de non-discrimination ne soit en général pas considéré comme un droit fondamental en soi, mais seulement comme un principe guidant l'application des droits protégés par la Constitution⁶, il est lui aussi considéré comme étant 'directement applicable et s'imposant aux organismes publics et privés', comme explicitement stipulé à l'article 18(1) de la Constitution (pour les dispositions traitant des droits fondamentaux⁷), même s'il y a un certain désaccord sur la manière d'interpréter cette *applicabilité directe* par rapport aux *entités privées*, une question que la cour constitutionnelle portugaise (ci-après: la cour constitutionnelle) doit encore clarifier⁸.

Dans le domaine de l'emploi et des occupations professionnelles, cependant, la plupart des auteurs ont tendance à convenir que puisque, habituellement, il n'y a pas de réelle égalité entre les employeurs et les employés, le principe d'égalité et de non-discrimination a un important rôle à jouer (que ce soit directement ou par le biais du droit privé) dans la protection des employés contre le traitement arbitraire et discriminatoire.

Le fait que l'orientation sexuelle ne soit explicitement mentionnée dans aucune disposition de la Constitution ne signifie pas nécessairement que l'orientation

³ Révisée pour la dernière fois par la loi constitutionnelle n° 1/97 du 20 septembre 1997 (certains plus petits changements ont été introduits ultérieurement). Une version française de la Constitution portugaise est disponible sur le site Internet du Parlement portugais (www.parlamento.pt). Toutes les citations de la Constitution portugaise reprises dans ce texte proviennent de cette traduction, sauf avis contraire.

L'auteur est seul responsable de la traduction d'autres lois et projets de loi mentionnés dans le texte.

⁴ Voir, par ex., les articles 9(d)(h), 10(1), 15(1), 35(3), 36(1)(3)(4), 37(1), 47(2), 50(1), 55(2), 58(2)(b), 59(1)(a), 69(1), 73(1)(2), 74(1)(2)(h), 76(1), 81(b), 93(1)(c), 104(1)(3), 109, 113(3)(b) et 266(2).

⁵ En vertu de l'article 15(1) de la Constitution portugaise, les étrangers résidant au Portugal jouissent aussi des dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination.

⁶ Voir, par ex., Caupers, 1985, 175. Cela ne signifie pas que, dans des contextes spécifiques, le principe d'égalité ne peut pas être considéré comme un véritable *droit fondamental à l'égalité de traitement*. voir Queiroz, 2002, 107.

⁷ La version portugaise se lit: 'Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas'.

⁸ Pour une discussion sur la manière dont l'applicabilité directe de la clause de la Constitution relative à l'égalité et à la non-discrimination doit être interprétée, voir Prata, 1982, 91-142, Caupers, 1985, 158-179, Dray, 1999, 155-175, 175-199, Canotilho, 2002, 1269-1279.

sexuelle n'est pas couverte par le droit à l'égalité tel que consacré par la loi constitutionnelle portugaise.

Premièrement, la liste des motifs de discrimination interdits contenue à l'article 13 de la Constitution n'est pas exhaustive et ne reprend que les motifs que les personnes qui l'ont élaborée considéraient, à l'époque de son adoption (en 1976), comme les plus odieux d'un point de vue historique⁹. De plus, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une forme de discrimination pour laquelle l'énoncé de l'article 26(1) semble exiger que l'on prévoie une voie de recours¹⁰.

Deuxièmement, le Portugal est partie à un certain nombre de traités internationaux qui contiennent aussi des dispositions relatives à l'égalité, le plus pertinent (la Convention européenne des droits de l'homme) ayant déjà été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme comme interdisant au moins certaines formes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹¹. Le Portugal est soumis à l'obligation de respecter cette jurisprudence, conformément à l'article 8(2) de la Constitution¹².

Troisièmement, le Parlement portugais (ci-après: le Parlement) a adopté en 2001 un projet de loi sur les couples de concubins (*uniões de facto*, partenariats *de facto*)¹³, qui s'applique à la fois aux concubins de sexes opposés et aux concubins de même sexe. Au cours des débats qui ont précédé l'adoption du projet de loi, plusieurs députés ont basé la nouvelle législation sur des questions d'égalité. Cela semble indiquer que la société portugaise est maintenant (davantage) encline à accepter que les gays, lesbiennes et bisexuels méritent et devraient jouir de l'égalité de traitement et du respect en vertu de la loi.

Il n'est cependant pas certain, au point où l'on en est, que les tribunaux portugais soient enclins à lire l'orientation sexuelle à l'article 13 de la Constitution; dans ce cas, on ne voit pas non plus clairement comment ils vont interpréter et appliquer la garantie constitutionnelle d'égalité et de non-discrimination dans le contexte des questions gaies, lesbiennes et bisexuelles.

Cette discussion est toutefois vouée à devenir obsolète puisque, le 23 avril 2004, le Parlement a adopté un projet de loi amendant la Constitution

⁹ Miranda, 2000, 239; Dray, 1999, 99-100.

¹⁰ Cette interprétation était apparemment partagée par la majorité des députés portugais en 1997, lorsqu'ils ont voté en faveur d'une proposition présentée par le parti Vert, visant à inclure spécifiquement l'orientation sexuelle dans l'énoncé de l'article 13. Cette proposition n'a cependant pas reçu suffisamment de votes pour être adoptée (il aurait fallu atteindre une majorité des deux tiers). Voir le *Diário da Assembleia da República* (le document de référence du Parlement portugais), première série, n° 94, p. 3383 (exposé de José Magalhães, ancien ministre et professeur de droit constitutionnel de renom).

¹¹ Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, appl. n° 33290/96, Rapports de jugements et de décisions, 1999-IX; *S.L. c. Autriche*, 9 janvier 2003, appl. n° 45330/99; *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, appl. n° 39392/98 et 39829/98. Voir aussi *Fretté c. France*, 26 février 2002, appl. n° 36515/97. Il faut noter que le Portugal n'a pas encore ratifié le Protocole n° 12 à la Convention.

¹² L'art. 8(2) de la Constitution stipule: 'Les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées entrent dans l'ordre interne dès leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles engagent au niveau international l'État portugais'. Au sujet de la signification précise de cette disposition (bien que sans référence spécifique à la Convention européenne des droits de l'homme), voir, *par ex.*, Soares, 1988, 80. Voir aussi l'article 16(1) de la Constitution portugaise ('Les droits fondamentaux consacrés [dans le sens d'énumérés] par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables').

¹³ Loi n° 7/2001 du 11 mai 2001. Voir aussi, *infra*, le paragraphe 14.3.3.

portugaise, notamment en ajoutant à l'article 13 une référence explicite à l'orientation sexuelle. Le projet de loi va maintenant être envoyé au président pour être signé en forme de loi. La loi va probablement être publiée et entrer en vigueur cet été.

14.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Conformément à l'article 13(1) de la Constitution, 'tous les citoyens ont la même dignité sociale et sont égaux devant la loi'¹⁴. Par conséquent, 'nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou dispensé d'un devoir en raison de son ascendance, de son sexe, de sa race, de son territoire d'origine, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques, de son instruction, de sa situation économique ou de sa condition sociale' (article 13(2))¹⁵.

Il ne faudrait toutefois pas conclure de cette disposition que la Constitution a adopté une notion purement *formelle* de l'égalité, sous forme d'une simple interdiction des disparités dans le traitement des personnes dans une telle situation. Il y a en fait, dans la Constitution, un engagement fort en faveur d'une notion *concrète* de l'égalité, une notion qui, en admettant qu'il y a une différence évidente entre le fait de reconnaître un droit général à l'égalité et les pratiques et conditions sociales quotidiennes, exige que des chances égales soient données à tous et accepte – et même demande – des différences de traitement afin de remédier à la discrimination passée et présente¹⁶.

Cet engagement se dégage d'un certain nombre de dispositions constitutionnelles, les plus pertinentes étant probablement les articles 9 et 81. L'article 9(d)(h) stipule que l'une des 'tâches fondamentales de l'État' consiste à 'augmenter le bien-être et la qualité de vie du peuple, promouvoir l'égalité réelle entre les Portugais et l'exercice effectif des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux' et à 'favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes'. Cette idée est développée plus avant à l'article 81(a)(b), qui stipule que 'dans le domaine économique et social, il incombe de manière prioritaire à l'État de promouvoir l'élévation du bien-être social et économique et de la qualité de vie des personnes, en particulier des plus défavorisées, dans le cadre d'une stratégie de développement durable' et 'de promouvoir la justice sociale, d'assurer l'égalité des chances et de procéder à la nécessaire correction des inégalités dans la distribution de la richesse et du revenu, notamment par la politique fiscale'.

La cour constitutionnelle a toujours soutenu que le principe d'égalité doit être compris comme une interdiction générale de l'arbitraire, exigeant par conséquent que des justifications rationnelles et raisonnables soient présentées comme base pour une certaine différence de traitement (ou le manque de différence, lorsque exigé par la situation du moment), comme l'impose l'ordre juridique. Elle n'exige donc pas seulement que les semblables

¹⁴ Article 13(1) de la Constitution portugaise: '*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*'.

¹⁵ Article 13(2) de la Constitution portugaise: '*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social*'. Mais voir l'addendum au début du paragraphe 14.1, *supra*.

¹⁶ Sur ce point, voir Canotilho, 2002, 388-395; Miranda, 2000, 225-228, 238-241.

soient traités de la même façon, mais aussi que ce qui est différent (d'un point de vue concret) soit traité différemment. La cour accepte également que le principe d'égalité puisse même entraîner que l'on prenne des actions positives pour contrer la discrimination passée¹⁷.

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

Au Portugal, pour des raisons historiques et bien que le Parlement soit toujours l'organe législatif primaire et le plus important, le pouvoir législatif au niveau national est généralement partagé entre l'*Assembleia da República* (le Parlement portugais) et le gouvernement. Cela signifie que, comme stipulé à l'article 198(1)(a) de la Constitution, le gouvernement peut légiférer – en prenant des *Decretos-Lei* (désignés ici comme décrets-lois) – dans toutes les matières qui ne sont pas réservées au Parlement (telles qu'énumérées aux articles 164 et 165 de la Constitution).

Pour les matières énumérées à l'article 165 de la Constitution (qui incluent la législation relative aux droits fondamentaux), le Parlement peut cependant toujours décider de déléguer au gouvernement le pouvoir de légiférer (comme cela a habituellement été le cas ces dernières années pour certains des actes législatifs les plus importants).

Bien que le Portugal soit un État unitaire (Article 6(1) de la Constitution), les archipels de Madère et des Açores jouissent, du fait de leurs caractéristiques spécifiques, d'un certain degré d'autonomie politique et législative. Même s'ils sont entièrement soumis au droit national (et, bien sûr, au droit communautaire), les Parlements régionaux de Madère et des Açores peuvent légiférer 'dans le respect des principes fondamentaux des lois générales de la République, sur les matières intéressant spécifiquement les régions et qui ne sont pas réservées à la compétence propre des organes de souveraineté' (article 227(a) de la Constitution).

La notion de 'matières intéressant spécifiquement les régions' [*matérias de interesse específico para as regiões*] soulevait, jusqu'en 1997, une certaine controverse, ce qui a mené à l'adoption de l'(actuel) article 228 de la Constitution, qui précise plusieurs des matières devant être considérées comme intéressant spécifiquement les régions autonomes. Celles-ci incluent 'la valorisation des ressources humaines et la qualité de vie' et 'le développement commercial et industriel' (article 228(a)(j)). Cela semble indiquer que les régions autonomes peuvent adopter une législation relative à l'égalité et à la non-discrimination dans le domaine de l'emploi et des occupations professionnelles, pour autant qu'il y ait certaines circonstances régionales spécifiques justifiant les mesures finalement prises¹⁸. A ce que je sache, aucun des gouvernements régionaux n'a annoncé le moindre projet d'adopter une législation dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination.

¹⁷ Voir paragraphe 14.3.3, *infra*, pour certains arrêts de la cour constitutionnelle sur ce sujet.

¹⁸ La cour constitutionnelle portugaise a accepté, par ex., que les 'spécificités régionales' justifiaient la définition d'un supplément au salaire minimum: voir Canotilho, 2002, 805-806.

14.1.4 Structure générale du droit du travail

Le 1^{er} décembre 2003, la loi n° 99/2003 du 27 août 2003¹⁹ est entrée en vigueur, remplaçant par conséquent de manière effective la majorité des lois qui régissaient auparavant le droit (privé) du travail par un nouveau Code du travail très complet. Ce Code contient des dispositions concernant les contrats d'emploi et la relation entre l'employeur et l'employé (y compris des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination: voir, *infra*, le paragraphe 14.2.1), ainsi que ce que l'on appelle habituellement le 'droit collectif du travail' ('*direito colectivo do trabalho*'), traitant des organisations syndicales et patronales, des conventions collectives, des grèves, etc.

Le Code du travail ne concerne que l'emploi privé, car l'emploi public est soumis au droit administratif. Il faut noter que, conformément aux articles 5(a) et 6 de la loi de promulgation, les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination s'appliquent également aux secteurs publics, 'jusqu'à l'adoption d'une législation spéciale'.

Il est impossible d'énumérer ici tous les actes législatifs pertinents qui traitent de l'emploi public. Cette tâche est rendue encore plus difficile du fait de l'existence de plusieurs corps de fonctionnaires, chacun soumis à des ensembles de règles spécifiques et, éventuellement, aux règles générales de ce qu'on appelle la '*Função Pública*', qui constitue l'organisme principal et général de fonctionnaires.

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

L'article 22(1) et (2) du Code du travail stipule que 'tous les employés ont droit à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et la promotion, ainsi que les conditions de travail' et que 'aucun employé ou candidat à un emploi ne sera privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou dispensé d'un devoir en raison de son ascendance, de son âge, de son sexe [genre], de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa situation familiale, de son héritage génétique, d'une aptitude réduite au travail, d'un handicap, d'une maladie chronique, de sa nationalité, de son origine ethnique, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques ou de son appartenance à un syndicat'²⁰. L'article 23(1) du Code du travail stipule de même que 'aucun employeur ne peut exercer de discrimination directe ou indirecte pour un motif tel que l'ascendance, l'âge, le sexe [genre], l'orientation sexuelle, l'état civil, la situation familiale, l'héritage génétique, une aptitude réduite au travail, un handicap ou une maladie

¹⁹ Toutes les lois auxquelles il est fait référence dans le texte peuvent être trouvées dans le *Diário da República* (le Journal officiel du Portugal), première série (et, si d'application, première série-A), de la date par laquelle elles sont identifiées.

²⁰ Art. 22(1) et (2) du Code du travail: '*Todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho*' and '*Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical*'.

chronique, la nationalité ou l'origine ethnique, la religion, les convictions politiques ou idéologiques ou l'appartenance à un syndicat²¹.

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

Pour autant que je sache, il n'y a pas de jurisprudence traitant directement de cas de discrimination (réelle ou prétendue) fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi ou de travail²².

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

a) *Discrimination fondée sur le sexe*: le Portugal dispose depuis 1979 d'une loi générale sur la discrimination sexuelle²³, qui visait principalement à garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et des occupations professionnelles²⁴. La loi prévoyait aussi la création d'une Commission pour l'égalité dans l'emploi et sur le lieu du travail (*Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego*)²⁵, dont les tâches principales étaient (et sont toujours) d'aider le gouvernement dans sa lutte contre la discrimination fondée sur le sexe en général, d'émettre (quand on le lui demande) des opinions non contraignantes sur des matières liées à la discrimination des femmes dans le domaine de l'emploi et des occupations professionnelles et de faire des recommandations concernant les indispensables réformes législatives à entreprendre dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe²⁶.

En 1997, le Parlement a adopté une loi sur le droit à l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi et du travail traitant des pratiques indirectement discriminatoires²⁷ et, en 2001, il a adopté une loi visant à renforcer les mécanismes de contrôle et de poursuite des pratiques discriminatoires fondées sur le sexe²⁸. En vertu de cette loi, le Service de l'inspection du travail a maintenant la compétence explicite d'empêcher, de vérifier et de punir les pratiques discriminatoires directes et indirectes fondées sur le sexe. Simultanément, les opinions adoptées par la Commission pour l'égalité dans l'emploi et sur le lieu du travail concluant qu'une certaine pratique d'emploi est

²¹ Art. 23(1) du Code du travail: '*O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.*

²² Cela pourrait toutefois résulter d'un rapport déficient des décisions judiciaires, couvrant seulement une faible proportion des décisions rendues par les cours d'appel et pratiquement aucune de celles des tribunaux inférieurs; ce ne serait donc pas nécessairement un signe de la totale absence de cas liés à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les archives des tribunaux du travail.

²³ Décret-loi n° 392/79 du 20 septembre 1979, tel que corrigé par une déclaration publiée au *Diário da República*, première série, du 24 décembre 1979, et amendé par le décret-loi n° 426/88 du 18 novembre 1988 (concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la fonction publique. Ses dispositions sont similaires aux dispositions présentées dans le décret-loi n° 392/79).

²⁴ Voir décret-loi n° 392/79, article 1(1). Les dispositions de cette loi sont aussi applicables, avec les modifications nécessaires, à toute pratique discriminatoire dirigée à l'encontre des hommes (article 1(2)).

²⁵ Le *site web* de la Commission peut être consulté à l'adresse: www.cite.gov.pt/default.htm. Certaines des décisions rendues par la Commission figurent à l'adresse: www.cite.gov.pt/cite/Pareceres.htm.

²⁶ Voir décret-loi n° 392/79, article 15(1).

²⁷ Loi n° 105/97 du 13 septembre 1997, amendée par la loi n° 116/99 du 11 août 1999.

²⁸ Loi n° 9/2001 du 21 mai 2001.

ou pourrait être jugée discriminatoire sont maintenant automatiquement envoyées au Service de l'inspection du travail. Ce service est alors tenu de mener une enquête pour déterminer si une infraction a bien été commise et de prendre toutes les mesures nécessaires pour y remédier.

Toutes ces lois vont être remplacées par les dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination contenues dans le Code du travail lorsque la réglementation nécessaire (que le Parlement devrait adopter prochainement) entrera en vigueur (*voir aussi, infra*, le paragraphe 14.2.1).

b) *Discrimination fondée sur la race*: le Parlement a adopté en 1999 une loi²⁹ interdisant la discrimination fondée sur la race, la couleur de la peau, la nationalité ou l'origine ethnique et visant à empêcher et à interdire la discrimination raciale sous toutes ses formes, ainsi qu'à mettre au point des sanctions pour punir la perpétration d'actes discriminatoires fondés sur la race.

La loi s'applique à tout type de pratique ou d'action discriminatoire, y compris celles qui se produisent dans le domaine de l'emploi et des occupations professionnelles. Elle s'applique également à la fourniture de biens et de services, à l'exercice des activités économiques, à la vente ou à la location de propriétés, à l'accès aux endroits ouverts au public, à l'accès aux soins de santé et à l'éducation.

L'article 5 de cette loi met sur pied une Commission pour l'égalité et contre la discrimination raciale (*Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial*) afin de contrôler l'application de la loi.

c) *Discrimination fondée sur la religion*: la loi relative à la Liberté de religion (*Lei da Liberdade Religiosa*)³⁰ interdit la discrimination religieuse, qu'elle soit le fait de l'État ou de citoyens privés (Article 2(1)(2)). L'article 14 de cette loi contient également un certain nombre de dispositions concernant le respect des congés imposés par les religions, en vue de réconcilier la liberté de religion et les besoins de la vie économique et sociale.

d) *Discrimination fondée sur le handicap*: la Constitution protège spécifiquement les droits des personnes handicapées³¹ et une loi a été adoptée en 1989 en vue de veiller à la prévention, à la réhabilitation et à l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées³². Cette loi vise à promouvoir et à garantir les droits proclamés par la Constitution dans les domaines de la prévention, du traitement, de la réhabilitation et de la promotion de l'égalité des chances pour les personnes handicapées (article 1) et, conformément à son article 4(6), la réhabilitation des personnes handicapées respectera le principe de l'égalité des chances, ce qui signifie que toutes les formes de discrimination relatives au handicap seront éliminées et que des mesures doivent être prises en vue de transformer l'environnement physique et de rendre accessibles à tous les services de bien-être et de santé, les établissements d'enseignement, le lieu de travail et la vie culturelle et sociale en général.

²⁹ Loi n° 134/99 du 28 août 1999. Les dispositions nécessaires à l'application de cette loi ont été adoptées par le décret-loi n° 111/2000 du 4 juillet 2000.

³⁰ Loi n° 16/2001 du 22 juin 2001.

³¹ Voir article 71(1)(2) de la Constitution.

³² Loi n° 9/89 du 2 mai 1989.

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

Pour autant que je sache, il n'y a pas, au Portugal, de dispositions spécifiquement relatives à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ou ayant été interprétées comme assurant une protection spécifique contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en dehors du domaine de l'emploi et des occupations professionnelles.

14.1.9 Autres aspects du cadre juridique

D'autres lois portugaises contiennent quelques dispositions relatives à la discrimination, bien qu'aucune d'entre elles ne s'applique explicitement à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, pour autant que je sache, elles n'ont jamais été analysées comme s'appliquant à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ces lois ne s'intéressent toutefois pas spécifiquement au domaine de l'emploi et des activités professionnelles, bien qu'elles puissent, dans certains cas, avoir un impact sur lui.

A cet égard, il faut mentionner:

- le Code pénal, qui contient des dispositions relatives aux crimes de génocide, incitation au génocide, approbation de la pratique du génocide, ainsi que les crimes de discrimination raciale et religieuse, de diffamation fondée sur la religion et de perturbation d'un acte de pratique religieuse³³;
- la loi interdisant les organisations politiques fascistes et/ou racistes³⁴, c'est-à-dire celles qui, entre autres choses, prônent l'usage de la violence comme forme de lutte politique, le colonialisme ou le racisme;
- la loi de 1999 relative aux journalistes³⁵, qui stipule que l'un des devoirs fondamentaux du journaliste est de ne pas traiter les personnes de manière discriminatoire, particulièrement pour des motifs de couleur, de race, de religion, de nationalité ou de sexe (article 14(e))³⁶;
- le Code de la publicité³⁷, qui interdit, entre autres choses, la publicité discriminatoire pour les motifs de race, de langue, de territoire d'origine, de religion ou de sexe (article 7(d));
- l'article 35 de la Constitution, qui interdit le stockage et la diffusion, sans son accord, d'informations concernant les convictions idéologiques ou politiques d'une personne, son affiliation à un parti ou à un syndicat, ses convictions religieuses, sa vie privée ou son origine ethnique³⁸.

³³ Voir articles 239(1)(2)(3), 251 et 252 du Code pénal portugais.

³⁴ Loi n° 64/78 du 6 octobre 1978.

³⁵ Loi n° 1/99 du 13 janvier 1999.

³⁶ Des dispositions similaires existent en ce qui concerne la radio (Loi n° 4/2001 du 23 février 2001: article 47(1)(d)) et la télévision (Loi n° 32/2003 du 22 août 2003: articles 24(1), interdisant la diffusion de programmes qui, notamment, ne respectent pas la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux et qui incitent à la haine, au racisme et à la xénophobie, ainsi que 47(1) et (2)(a), en ce qui concerne les chaînes dites de service public).

³⁷ Décret-loi n° 330/90 du 23 octobre 1990, avec plusieurs amendements résolutives, dont le plus important a été introduit par le décret-loi n° 275/98 du 9 septembre 1998.

³⁸ La loi n° 67/98 du 26 octobre 1998 (relative à la protection des données à caractère personnel), interdit également le traitement, par des moyens automatisés et non automatisés, de données à caractère personnel relatives – en plus des caractéristiques énumérées dans la Constitution – à la vie sexuelle et aux données génétiques.

14.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

Addendum

Le projet de loi 109/IX, contenant des dispositions réglementaires au Code du travail, a été publié le 29 juillet 2004 sous forme de la loi n° 35/2004 (entrée en vigueur le 29 août 2004, soit 30 jours après sa publication (article 3 de la loi n° 35/2004))³⁹.

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

Le gouvernement portugais a opté pour la mise en œuvre de la Directive 2000/78/EC⁴⁰ (ainsi que d'un nombre considérable d'autres directives CE) par le biais de la promulgation d'un nouveau Code du travail (*Código do Trabalho*)⁴¹ très complet, qui est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2003, et par l'adoption de dispositions réglementaires (voir l'addendum au début du paragraphe 14.2)⁴².

14.2.2 Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)

Le Code du travail ne fournit pas de définition de l'orientation sexuelle. Il faut également noter qu'il n'y a pas de débat, au Portugal, autour du concept d'orientation sexuelle. Par conséquent, l'expression 'orientation sexuelle' sera probablement interprétée, conformément à sa signification habituelle, comme ne concernant que les personnes à orientation hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle.

14.2.3 Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)

L'article 23(1) du Code du travail stipule maintenant que 'aucun employeur ne peut discriminer, *directement ou indirectement*, pour des motifs *tels que* l'ascendance, l'âge, le sexe [genre], l'*orientation sexuelle*, l'état civil, la situation familiale, l'héritage génétique, l'aptitude réduite au travail, un handicap ou une maladie chronique, la nationalité ou l'origine ethnique, la religion, les convictions politiques ou idéologiques ou l'affiliation à un syndicat'.⁴³

³⁹ Le texte de la loi n° 35/2004 peut être lu à l'adresse <http://dre.pt/gratis/diplomas.asp?v01=Lei&v02=35%2F2004&submit=Pesquisar>.

⁴⁰ Voir les articles 2(p) et 21(2)(c)(h) de la loi n° 99/2003.

⁴¹ Le Code du travail a été adopté par la loi n° 99/2003 du 27 août 2003, publiée dans le *Diário da República*, 1^{re} série-A, n° 197, du 27 août 2003. Le texte définitif du Code peut être consulté sur le *site Internet* du ministère du Bien-être et de l'Emploi, à l'adresse : www.msst.gov.pt/index.php?corpo=noticias¬icias=ver&id=301 Comme habituellement au Portugal, la loi n° 99/2003 est une loi indépendante, contenant en appendice le texte du Code du travail lui-même. Le texte renferme par conséquent des références à des dispositions contenues tant dans la loi de promulgation (c'est-à-dire la loi n° 99/2003) que dans le Code.

⁴² Voir l'addendum au début du paragraphe 14.2. Le gouvernement a rendu son projet de loi du règlement disponible au début 2004. Le projet de loi a été adopté le 20 mai 2004 et il attend pour l'instant la signature du président pour entrer en vigueur. Le texte complet du projet de loi (Projet de loi gouvernemental [Proposta de Lei] n° 109/IX) peut être trouvé sur le *site Internet* du ministère du Bien-être et de l'Emploi par le lien mentionné à la note de bas de page précédente. Il figure aussi sur le site du Parlement, à l'adresse : www3.parlamento.pt/plc/Iniciativa.aspx?ID_Ini=20083.

⁴³ Art. 23(1) du Code du travail: 'O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical'.

Le Code du travail ne fournit pas d'indications sur ce qui constitue, ou pourrait être considéré comme constituant, une discrimination directe ou indirecte. Le règlementation du Code du Travail va toutefois⁴⁴ clarifier cette question: conformément à l'article 32(2)(a) et (b) de cette réglementation, il y a 'discrimination directe: lorsque, sur la base de l'un des motifs auxquels il est fait référence [à l'article 23(1) du Code du travail], une personne est traitée moins favorablement qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le sera dans une situation comparable', et 'discrimination indirecte: lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre causerait un désavantage particulier à une personne dotée d'une des caractéristiques auxquelles il est fait référence [à l'article 23(1) du Code du travail] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié(e) par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires'.⁴⁵

La définition de la discrimination directe semble différer légèrement de celle contenue dans la Directive. En vertu de la Directive, telle que je la comprends, on doit constater une discrimination directe si, à partir des faits disponibles, on peut conclure que la personne ou les personnes de comparaison *seraient* traitées différemment. La définition contenue dans les dispositions complémentaires au Code du travail⁴⁶, en revanche, semble exiger qu'une telle différence de traitement se produise effectivement dans l'avenir avant de faire cette constatation. A ce point, il est impossible de prévoir si cette différence apparente (à mes yeux, réelle) dans l'énoncé va influencer la manière dont les tribunaux interpréteront la définition de la discrimination directe.

14.2.4 *Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)*

Voir paragraphe précédent.

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

Conformément à l'article 24(1) du Code du travail, le harcèlement d'employés et de candidats à un emploi doit être considéré comme une forme de discrimination. L'article 24(2) définit le harcèlement comme: '...tout type de comportement indésirable lié à l'un des motifs énumérés à la section 1^{re} de l'article précédent, se manifestant dans le contexte de la candidature à un emploi ou dans le contexte de l'emploi actuel, du travail ou de la formation professionnelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou dérangeant'⁴⁷. L'article 24(3) insiste tout spécialement sur le fait

⁴⁴ Voir l'addendum au début du paragraphe 14.2.

⁴⁵ Article 32(1)(a) et (b) des dispositions complémentaires au Code du travail: '*Discriminação directa: sempre que, em razão de um dos factores indicados no referido preceito legal, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em posição comparável; Discriminação indirecta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas que se incluíam num dos factores característicos indicados no referido preceito legal numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários*'.

⁴⁶ Voir l'addendum au début du paragraphe 14.2.

⁴⁷ Art. 23(1) du Code du travail: '*Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador*'.

que 'tout comportement verbal, non verbal ou physique indésirable de nature sexuelle, ayant l'objet ou l'effet mentionné à la section précédente', constitue du harcèlement.

Le nouveau Code du travail n'a introduit aucune modification à l'article 164(2) du Code pénal portugais⁴⁸ qui, sous le titre '*contrainte sexuelle*', punit d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans 'toute personne qui, en abusant de l'autorité dont elle est investie en raison d'un lien hiérarchique, économique ou de travail, contraint une autre personne, au moyen d'un ordre ou d'une menace qui ne tombe pas dans le champ d'application de la section précédente [c'est-à-dire si aucune violence ou menace sérieuse n'est utilisée ou si l'auteur ne plonge pas la victime dans un état d'inconscience ou dans une situation où elle n'a aucune possibilité de résister aux actions de l'auteur], à subir une relation sexuelle vaginale, orale ou anale ou à y participer avec l'auteur ou avec une tierce personne'⁴⁹.

Le concept de harcèlement ancré dans le Code du travail diffère de la notion de harcèlement que l'on trouve à l'article 2(3) de la Directive par le fait qu'il accepte que l'objet et l'effet du comportement du harceleur puisse *soit* porter atteinte à la dignité d'une personne *soit* créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou dérangent. En ce sens, il est, je crois, plus général et accorde par conséquent aux employés une plus large protection contre le harcèlement.

14.2.6 *Injonction de discriminer (art. 2(4) Directive)*

Si le Code du travail n'interdit pas explicitement l'injonction faite à une personne de discriminer pour l'un quelconque des motifs de discrimination énumérés aux articles 22(2) et 23(1), l'article 122(c) du Code interdit toutefois à un employeur 'd'exercer la moindre pression sur un employé pour l'entraîner à influencer de manière défavorable ses propres conditions de travail ou celles de ses collègues'.

Les dispositions complémentaires au Code du travail⁵⁰, incluent cependant une disposition stipulant spécifiquement que 'un ordre ou une injonction ayant pour objet de désavantager des personnes en raison de l'un des motifs énumérés à l'article 23(1) du Code du travail sera considéré comme étant de la discrimination'⁵¹.

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

Le Code du travail s'applique uniquement aux *contrats d'emploi privés*; il sera donc nécessaire, à l'avenir, d'étendre son champ d'application matériel de façon à couvrir d'autres activités professionnelles et non salariées, ou d'adopter

⁴⁸ Tel qu'amendé par la loi n° 65/98 du 2 septembre 1998.

⁴⁹ Art. 164(2) du Code pénal portugais: '*Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos*'.

⁵⁰ Voir l'addendum au début du paragraphe 14.2.

⁵¹ Article 32(3) des dispositions complémentaires au Code du travail: '*Constitui discriminação uma ordem ou instrução que tenha a finalidade de prejudicar pessoas em razão de um factor referido no n.º 1 do artigo 23.º do Código do Trabalho*'.

une législation spéciale de mise en œuvre du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination dans ce domaine.

Il faut noter que, conformément aux articles 5(a) et 6 de la loi de promulgation, les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination doivent également s'appliquer aux secteurs publics, 'jusqu'à l'adoption d'une législation spéciale'.

Conformément à l'article 22(1) et (2) du Code du travail, 'tous les employés ont le droit à l'égalité des chances et de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et les promotions, ainsi que les conditions de travail' et 'aucun employé ou postulant ne sera privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou dispensé d'un devoir pour des motifs *tels que* son ascendance, son âge, son sexe, son *orientation sexuelle*, son état civil, sa situation familiale, son héritage génétique, une aptitude réduite au travail, un handicap ou une maladie chronique, sa nationalité ou son origine ethnique, sa religion, ses convictions politiques ou idéologiques ou son appartenance à un syndicat'⁵².

Le règlementation du Code du travail clarifiera encore le champ d'application matériel des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination contenues dans le Code du travail. Conformément à l'article 30(1)(a) à (d) de la réglementation, 'le droit à l'égalité des chances et de traitement concernant l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et la promotion, ainsi que les conditions de travail, recouvre:

- (a) 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;
- (b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de perfectionnement, y compris l'acquisition d'une expérience pratique;
- (c) le salaire et les autres paiements pécuniaires, les promotions à tous les niveaux hiérarchiques et les critères de sélection des employés à licencier;
- (d) l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation d'employés ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations'⁵³.

⁵² Art. 22(1) et (2) du Code du travail: '*Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical*'.

⁵³ Article 33(1)(a) à (d) des dispositions complémentaires au Code du travail: '*O direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho respeita: a) Aos critérios de selecção e as condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos; b) Ao acesso a todos os tipos de orientação, formação e reconversão profissionais de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática; c) À retribuição e outras prestações patrimoniais, promoções a todos os níveis hierárquicos e aos critérios que servem de base para a selecção dos trabalhadores a despedir; d) À filiação ou participação em organizações de trabalhadores ou de empregadores, ou em qualquer outra organização cujos membros exercem uma determinada profissão, incluindo os benefícios por elas atribuídos*'.

S'il n'est fait aucune mention spécifique, que ce soit dans le Code du travail ou dans les dispositions complémentaires⁵⁴, aux occupations non salariées ou professionnelles, une allusion est cependant faite, dans la dernière disposition citée, à 'l'affiliation à, ou l'engagement dans, une organisation (...) dont les membres exercent une profession donnée'. Seul le temps dira si cette disposition va être interprétée d'une manière allant au-delà du champ d'application matériel défini pour le Code du travail.

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

L'article 23(1) du projet de loi du Code du travail interdit aux 'employeurs' de discriminer. Cela semble s'appliquer à la fois aux individus et aux personnes morales (voir aussi l'article 617 du Code).

Je suis persuadé que le devoir de respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination s'applique aussi aux managers et aux employés en général, étant donné le devoir spécifique qui incombe à tous les employés de traiter leurs collègues avec courtoisie (*urbanidade*) et probité (*probidade*) selon l'article 121(1)(a) du Code du travail⁵⁵, et la protection générale des droits de personnalité des employés accordée par le droit privé (*voir, par ex.*, les articles 70 *et seq.* du Code civil). De plus, l'article 396(3)(b), (c) et (i) considère spécifiquement qu'un employé peut être licencié s'il viole les droits de ses collègues, s'il entre fréquemment en conflit avec ses collègues et s'il se rend coupable, sur le lieu de travail, de tout délit envers ses collègues.

Tel que le Code du travail est établi, je ne pense pas que les clients de l'employeur puissent être inclus dans son champ d'application.

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

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

Si l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit avoir une signification, il faut que la simple préférence sexuelle d'une personne ne puisse pas fournir de justification à la discrimination dans le domaine de l'emploi et des activités professionnelles⁵⁶.

L'interdiction s'appliquera certainement aussi aux contacts sexuels qui ont lieu *en dehors* de l'entreprise de l'employeur. Bien que le droit du travail portugais ait été interprété dans le sens où il autorise le licenciement d'un employé pour au moins quelques raisons liées à sa vie privée et à son comportement en dehors du lieu de travail, les tribunaux ont toujours considéré qu'il était illégal de licencier un employé simplement parce qu'il entretient une relation intime (y

⁵⁴ Voir l'addendum au début du paragraphe 14.2.

⁵⁵ Article 121(1)(a) du Code du travail: '*Sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve: a) Respeitar e tratar com urbanidade e probidade o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as demais pessoas que estejam ou entrem em relação com a empresa.*'

⁵⁶ Disant ça, tout autant basé sur le besoin de protéger le droit des employés à la vie privée, *voir* Dray, 2001, vol. II, 76-78.

compris des rapports sexuels) avec un collègue, pour autant que cette relation n'ait pas de conséquences pour l'entreprise de l'employeur⁵⁷. Ce mode de raisonnement suggère que la vie intime et/ou sexuelle d'un employé – si elle n'a pas d'impact sur son travail – et quel que soit son partenaire, ne sera pas considérée comme une justification d'un licenciement, pas plus, bien sûr, que d'une discrimination⁵⁸.

On ne voit pas clairement, à ce point, si les dispositions anti-discriminatoires du Code du travail seront interprétées comme couvrant la discrimination découlant d'une supposition (erronée) de l'orientation sexuelle d'un employé. Les articles 22(2) et 23(1) ne mentionnent que 'l'orientation sexuelle', sans autre clarification, ce qui semble signifier qu'il devrait y avoir un constat de discrimination si la situation, la pratique ou le comportement contesté était dû à l'orientation sexuelle, quelle que puisse en fait être la véritable orientation sexuelle de l'employé (*voir* aussi l'article 616 du Code, stipulant expressément que les infractions non intentionnelles sont aussi punissables).

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

L'invisibilité étant l'un des principaux problèmes (si pas le plus important) auxquels font face les employé(e)s gays, lesbiennes et bisexuels sur le lieu de travail, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle se produit principalement lorsque l'employé fait son 'coming out' ou lorsque quelqu'un laisse entendre qu'il ou elle est gay, lesbienne ou bisexuel. Par conséquent, si l'on veut que la protection juridique contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ait un impact réel, il faut qu'elle soit interprétée comme interdisant au moins la discrimination suite au 'coming out' de l'employé ou à son identification comme gay, lesbienne ou bisexuel.

Bien que les tribunaux portugais n'aient jamais statué sur cette question, je pense qu'ils conviendraient que l'employé a le droit de ne pas être soumis à la discrimination lorsqu'il s'identifie comme gay, lesbienne ou bisexuel sur son lieu de travail. Il faut noter que le Code du travail protège explicitement la liberté d'expression de l'employé (article 15 du Code; *voir* aussi l'article 37 de la Constitution) – même si elle est conditionnée par le fonctionnement normal de l'entreprise de l'employeur –, ainsi que 'l'intégrité physique et morale' (*integridade física e moral*) des employeurs et employés.

Si le 'coming out' de l'employé se produit d'une manière pouvant avoir des répercussions négatives sur le fonctionnement de l'entreprise de l'employeur, il est plus probable que les tribunaux accepteront comme justifié tout type de traitement discriminatoire provenant d'une telle situation.

⁵⁷ *Voir* les jugements mentionnés par Cruz, 1990, 63-68. *Voir aussi* Lourenço, 2001, 509-516, et Martinez, 2002, 854.

⁵⁸ Il faut noter que la cour d'appel de Lisbonne a confirmé un licenciement fondé sur le fait qu'un employé avait utilisé l'ordinateur de son bureau pour installer un logiciel pornographique qui aurait pu être vu par les clients de l'employeur. Cette décision, qui a été fortement critiquée (*voir, par ex.*, Amado, 1994, 109-116), repose sur le motif que l'employé avait utilisé la propriété de l'employeur à des fins privées et 'répréhensibles'; une fois encore, c'est l'impact négatif sur les affaires de l'employeur qui a justifié le licenciement (même si cet impact était largement surestimé), et pas les faits provenant de la vie privée de l'employé.

Il s'agit par conséquent d'un domaine où l'on a besoin d'une supervision législative plus approfondie sur le champ d'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

14.3.3 *Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexe différent*

Bien que l'état civil (*'estado civil'*) et la situation familiale (*'situação familiar'*) figurent parmi les motifs interdits de discrimination énumérés aux articles 22(2) et 23(1) du Code du travail, je ne crois pas que les tribunaux soient prêts à accepter que cela puisse exiger l'égalité de traitement entre les partenaires de même sexe (*non mariés*) et les couples *mariés* de sexes différents, d'autant moins que la loi portugaise interdit spécifiquement le mariage entre deux personnes du même sexe, déclarant que de telles unions sont juridiquement inexistantes (*'inexistentes'*): voir articles 1577 et 1628(e) du Code civil portugais.

De plus, bien que la cour constitutionnelle ait statué, dans un arrêt rendu le 19 juin 2002⁵⁹, que refuser à un partenaire non marié⁶⁰ le droit d'intenter un procès pour dommages non pécuniaires résultant de la mort injuste de son ou sa partenaire constituait une violation de l'article 36(1)⁶¹ de la Constitution, elle a également conclu, dans un arrêt rendu le 9 avril 2003⁶² – tout en ne remettant pas en question son arrêt précédent – que les différences entre les couples mariés et non mariés de sexes différents justifiaient de limiter l'accès des partenaires survivants non mariés aux pensions de sécurité sociale⁶³. Cela semble indiquer que la cour constitutionnelle (et, par conséquent, d'autres tribunaux portugais) pourrait ne pas être encline à considérer comme discrimination, en matière de droit constitutionnel et législatif, une différence de traitement entre des couples mariés et des couples non mariés de personnes de même sexe.

Il n'y a pas, dans le Code du travail, de dispositions concernant spécifiquement la discrimination entre partenaires (non mariés) de même sexe et de sexes différents, mais je pense que ses dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination seront finalement interprétées comme exigeant que ces couples soient traités de manière égale. Il en est ainsi parce que, bien que la loi n°

⁵⁹ L'arrêt (*acórdão*), désigné par le numéro 275/2002, a été publié dans le *Diário da República*, deuxième série, du 24 juillet 2002, 12896-12902). Cet arrêt peut aussi être lu (en portugais) sur le site Internet de la cour constitutionnelle portugaise, à l'adresse: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/Acordaos02/201-300/27502.htm.

⁶⁰ Bien que l'affaire se soit présentée suite au décès d'un des partenaires d'un couple de personnes de sexes différents, mon opinion est que cet arrêt, par son raisonnement, s'étend aussi aux couples de personnes de même sexe.

⁶¹ L'article 36(1) de la Constitution protège le droit de se marier et de fonder une famille, ce que la cour interprète comme impliquant qu'une certaine protection doit être accordée aux familles non fondées sur le mariage. La cour a également reconnu que le cas pouvait aussi être lu comme impliquant une violation de l'article 13 de la Constitution, mais elle a refusé de statuer sur cette base.

⁶² L'arrêt, désigné par le numéro 195/2003, a été publié au *Diário da República*, deuxième série, du 22 mai 2003, 7797-7803). Cet arrêt peut aussi être lu (en portugais) à l'adresse: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/acordaos/acordaos03/101-200/19503.htm.

⁶³ Pour résumer, alors que les époux survivants ont automatiquement droit à une pension de survie au décès de leur époux ou épouse, les partenaires non mariés survivants ne peuvent réclamer une telle pension que s'ils prouvent qu'ils en ont besoin et qu'ils ne peuvent pas obtenir de pension alimentaire d'une liste de personnes mentionnées à l'article 2009, sections (a)(b)(c)(d), du Code civil.

7/2001 du 11 mai 2001, relative aux *uniões de facto*⁶⁴, n'impose pas explicitement aux entités publiques et/ou privées, un devoir général d'égalité de traitement des partenaires de même sexe et de sexes différents, elle n'autorise pas non plus explicitement que l'on fasse des distinctions entre eux⁶⁵, rendant ainsi toute discrimination à l'encontre des partenaires de même sexe très difficiles à justifier objectivement.

Pour ce qui est du domaine de l'emploi spécifiquement, la loi en question autorise les partenaires (de sexes différents et de même sexe) qui travaillent pour le même employeur à prendre leurs vacances ensemble dans la mesure du possible et à bénéficier de la législation relative aux congés et jours d'absence dont jouissent déjà, en vertu du droit portugais, les couples mariés de sexes différents.

Il faut noter que le Portugal ne dispose pas de législation permettant aux partenaires du même sexe enregistrer leur partenariats et de bénéficier des droits découlant du mariage (hétérosexuel). Comme, d'un autre côté, la reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers soulève un certain nombre de questions que les tribunaux portugais doivent encore examiner, il est impossible de prévoir pour le moment s'ils seront enclins à les reconnaître, même dans une mesure limitée, à la lumière du droit portugais⁶⁶.

Il faut enfin mentionner que la cour constitutionnelle, invoquant l'article 36(4) de la Constitution (qui stipule que 'les enfants nés hors mariage ne doivent pas être victimes d'une discrimination fondée sur ce motif...'), a invalidé une décision prise par la cour suprême, qui considérait inapplicable à un couple de concubins une disposition du Code de droit civil portugais concernant la liquidation de la maison familiale suite à un divorce⁶⁷, ainsi que les dispositions d'une loi relative au placement des enfants, ne permettant pas de prendre en compte les intérêts des enfants d'enseignants non mariés dans leur procédure de placement, contrairement à ce qui se passait dans le cas de couples mariés de sexes différents⁶⁸.

Les deux décisions⁶⁹ reposent sur l'idée selon laquelle, chaque fois que la loi permet de, ou oblige à, prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants dans une décision visant à accorder ou non un certain avantage, cela doit inclure les enfants des couples non mariés comme mariés. À mon avis cela semble indiquer que les avantages accordés aux enfants des couples mariés de sexes

⁶⁴ La loi n° 7/2001 reconnaît aux partenaires non mariés qui vivent ensemble comme mari et femme pendant au moins deux ans un certain nombre de droits et d'avantages. Pour un bref aperçu des grandes lignes de cette loi, voir *Euroletter* n° 88 (mai 2001), disponible à l'adresse: www.steff.suite.dk/eurolet.htm.

⁶⁵ J'argumenterais en outre qu'elle n'autorise pas que l'on fasse de telles distinctions: voir article 1(2) de la loi, qui se lit: '*Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum*'.

⁶⁶ A ce sujet, voir Pais/Sousa, 1999, 693ff.

⁶⁷ L'arrêt de la cour suprême a été publié au *Diário da República*, première série, n° 58, du 10 mars 1993. L'arrêt de la cour constitutionnelle a été publié au *Diário da República*, première série, n° 179, du 5 août 1997. Conformément à l'article 1793(1) du Code civil portugais, le tribunal, en accordant un divorce, peut donner à bail à l'un des époux la maison familiale, qu'elle ait été achetée par les deux époux ou qu'elle appartienne à l'autre époux seul, prenant en compte, entre autres choses, l'intérêt supérieur des enfants du couple.

⁶⁸ L'arrêt, désigné par le numéro 286/99, a été publié aux 43 *Acórdãos do Tribunal Constitucional* [les rapports de la cour constitutionnelle], 503ff, et peut être lu (en portugais) à l'adresse: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/Acordaos/Acordaos99/201-300/28699.htm.

⁶⁹ Du moins selon l'interprétation de la cour constitutionnelle elle-même, telle qu'expliquée dans ses arrêts 275/2002 et 195/2003, déjà mentionnés.

différents (ou ceux qui les visent directement) devront aussi être reconnus aux enfants de couples non mariés de même sexe (et de sexes différents), toutes différences de traitement étant, dans ces situations, discriminatoires.

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

Comme déjà mentionné, les tribunaux ont à de nombreuses reprises statué qu'il est illégal de licencier un employé pour la seule raison qu'il entretient une relation intime (et/ou sexuelle) avec un collègue (pour autant que cette relation n'ait pas de conséquences fâcheuses sur le fonctionnement des opérations de l'employeur). Cette série de décisions suggère que la vie sociale d'un employé, si elle n'a aucun impact sur son travail, ne sera pas considérée comme justifiant la discrimination et, par conséquent, que tout traitement discriminatoire fondé sur l'association d'une personne avec des lesbiennes, des gays, des bisexuels ou des hétérosexuels ne sera pas toléré en vertu des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination du Code du travail.

Cela, je crois, sera également vrai en ce qui concerne l'implication d'un employé dans un mouvement gay, lesbien et bisexuel, qui tombera très certainement sous le couvert de la liberté d'association et d'expression, constitutionnellement garantie à chacun (du moins si cette implication n'a pas d'impact négatif sur les affaires de l'employeur).

Une fois de plus, une certaine supervision législative concernant ce sujet serait la bienvenue.

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

Etant donné que le Code du travail ne traite pas spécifiquement de ce sujet⁷⁰, il est impossible de prévoir comment les tribunaux appliqueront les dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination du Code en ce qui concerne toute différence de traitement de groupes, organisations, événements ou informations par/pour/sur les lesbiennes, gays ou bisexuels.

La réponse à cette question pourrait reposer sur la manière dont les tribunaux vont analyser, à l'avenir, les garanties ancrées aux articles 37 et 46 de la Constitution (qui protègent la liberté d'expression et de pensée et la liberté d'association) et 14 du Code du travail (qui reconnaît la 'liberté d'expression et ... de pensée et d'opinion', aussi longtemps que les 'droits de personnalité' (*direitos de personalidade*) de l'employeur et des employés, ainsi que le fonctionnement normal de l'entreprise de l'employeur, ne sont pas menacés), et vont les mettre en balance avec la liberté concrète dont un employeur doit jouir en ce qui concerne les décisions relatives aux groupes, organisations, événements ou informations qui seront autorisés dans son entreprise.

⁷⁰ Le Code du travail contient quelques dispositions concernant l'activité des syndicats au sein d'une entreprise, leur donnant une large liberté de transmettre des informations et d'organiser des réunions (voir articles 496, 497, 501, 502, 503, 504 et 505). Etant donné la spécificité des syndicats, je ne m'attends pas à ce que ces dispositions soient interprétées comme de manière à couvrir d'autres groupes, organisations, informations ou événements.

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

Alors que la plupart des auteurs conviennent qu'un candidat à un emploi a l'obligation de fournir à l'employeur potentiel toutes les informations pertinentes pour l'évaluation de sa qualification pour l'emploi pour lequel il postule (ou a postulé), ou de son aptitude à exercer son travail, ils conviennent également que ce devoir ne s'étend pas aux informations sans la moindre pertinence à cette fin⁷¹.

Le Code du travail, jusqu'à une certaine limite, clarifie cette matière, puisqu'il précise les conditions dans lesquelles l'employeur peut exiger des informations personnelles à l'employé ou à l'employé potentiel, ou lui ordonner de se soumettre à des tests médicaux (voir articles 16, 17 et 19 du Code).

Conformément à l'article 16(1), l'employeur et les employés doivent respecter la vie privée de chacun. La section (2) de cette disposition précise que cela englobe 'à la fois l'accès à des informations concernant la sphère intime et personnelle des deux parties, y compris les aspects liés à la famille, à la vie intime et sexuelle, à la condition de santé et aux convictions politiques et religieuses, et leur dissémination'.

L'article 17(1) stipule que l'employeur ne peut pas exiger de l'employé qu'il divulgue toute information concernant sa vie privée 'sauf si c'est strictement indispensable et pertinent pour évaluer l'aptitude de l'employé à exécuter le contrat d'emploi' et s'il fournit à l'employé une justification écrite pour une telle demande.

Par conséquent, et à moins que les informations concernant l'orientation sexuelle d'une personne soient considérées comme pertinentes dans le contexte d'un contrat d'emploi spécifique (et je ne peux pas imaginer d'exemple où cela pourrait ou devrait être le cas), mon opinion est que le fait, pour un postulant, de donner une réponse inexacte à une question relative à son orientation sexuelle ne sera pas considéré comme une cause de licenciement ou d'une autre action disciplinaire ni comme constituant une justification pour tout type de comportement discriminatoire de la part de l'employeur⁷².

14.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative à un 'délict d'homosexualité' sans équivalent hétérosexuel*

Je ne crois pas que la plupart des différences de traitement motivées par une condamnation pénale antérieure en vertu de l'article 175 du Code pénal portugais (qui est le seul délit visant spécifiquement le comportement homosexuel en fixant, dans la pratique, un âge de consentement plus élevé pour les actes homosexuels⁷³), seraient considérées comme discriminatoires par les tribunaux portugais, puisque ceux-ci semblent accepter que la disposition en question n'est pas, en elle-même, discriminatoire. Je crois aussi,

⁷¹ Voir Martinez, 2002, 398-400.

⁷² Voir Dray, 2001, vol. II, 77-78 (bien qu'il affirme que l'orientation sexuelle d'une personne peut être pertinente lorsque l'employeur est une organisation religieuse).

⁷³ L'article 175 du Code pénal portugais stipule que: 'Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias'.

cependant, que cette pratique ne serait acceptée que si l'on pouvait affirmer que la condamnation est pertinente pour évaluer la qualification d'un candidat pour un emploi ou pour évaluer l'aptitude d'un employé à exécuter le travail en question (comme c'est par exemple le cas s'il est demandé au candidat ou à l'employé de traiter avec des mineurs d'âge de son propre sexe).

Il faut cependant noter que si, au Portugal, les employeurs privés n'ont pas l'habitude de réclamer un certificat de bonnes vie et mœurs à un candidat à un emploi avant de prendre la décision de l'engager ou non, ce document est habituellement exigé des personnes souhaitant intégrer la fonction publique (l'admission à la fonction publique étant souvent conditionnée par l'absence d'un casier judiciaire ou, plus couramment, par l'absence de condamnations antérieures pour certains délits, que l'on estime prouver l'inadéquation du candidat pour l'exercice du travail en question).

Mon opinion est que, dans la mesure où il établit un âge de consentement différent pour les actes homosexuels, l'article 175 du Code pénal portugais est anticonstitutionnel – parce qu'il viole l'article 13 de la Constitution –, et que, par conséquent, toute différence de traitement liée à une condamnation antérieure en vertu de cette disposition devrait être considérée comme une discrimination, tel qu'établi aux articles 22(2) et 23(1) du projet de loi du Code du travail⁷⁴.

14.3.8 *Harcèlement*

Comme nous l'avons déjà vu, tout type de comportement indésirable lié à l'un des motifs interdits de discrimination, qui se produit dans le contexte d'une candidature à un emploi ou d'un emploi réel, d'une formation de perfectionnement ou professionnelle et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou dérangent doit être considéré, en vertu de l'article 24 du Code du travail, comme du harcèlement et, donc, comme inadmissible.

Cette formulation est, je crois, suffisamment large pour inclure les avances sexuelles indésirables, que ce soit d'une personne du même sexe ou du sexe opposé⁷⁵, ainsi que l'usage d'un langage désobligeant ou l'expression d'opinions négatives sur l'homosexualité ou sur une personne gaie, lesbienne ou bisexuelle, si la conduite en question rencontre le degré de sérieux requis pour faire un constat de harcèlement.

En fonction du type de mots utilisés et de la manière dont ils sont prononcés, je ne crois toutefois pas que le fait d'utiliser un langage désobligeant à propos de l'homosexualité ou au sujet de personnes gaies, lesbiennes ou bisexuelles soit habituellement considéré comme une forme de traitement discriminatoire.

Cela ne signifie pas que les règles générales relatives au comportement des employés sur le lieu de travail (y compris les articles 121(1)(a) et 396(1)(3)(b)(c)(i), comme mentionné plus haut), et les règles concernant la protection des *droits de personnalité* des employés et employeurs (articles 15 à 21 du Code du travail et 70 *et seq.* du Code civil) ne s'appliqueraient pas dans

⁷⁴ C'est encore plus clair maintenant, après les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *L. et V. c. Autriche* et *S.L. c. Autriche* (voir *supra*, note de bas de page n° 10).

⁷⁵ Pour les décisions confirmant les licenciements basés sur un harcèlement sexuel de sexe opposé: voir Parreira, 2002, 243, note 171.

ce cas ou dans des cas ne constituant pas un harcèlement: les employés disposent donc d'une certaine protection contre une conduite indésirable fondée sur leur orientation sexuelle.

Révéler l'orientation sexuelle d'une personne contre sa volonté est une violation manifeste du *droit à la vie privée* de cette personne, ce qui est interdit par l'article 80(1) du Code civil portugais. Je ne pense donc pas que ce serait aussi considéré comme un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, bien qu'un tel constat pourrait dépendre des circonstances spécifiques du cas.

14.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

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

Comme déjà mentionné, le Code du travail ne contient aucune définition de la discrimination directe ou indirecte. Conformément à l'article 32(2)(a) et (b) des dispositions complémentaires⁷⁶, cependant, la discrimination indirecte peut être justifiée si la disposition, le critère ou la pratique que l'on estime discriminatoire est objectivement justifié par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (*voir, supra*, paragraphe 14.2.3), ce qui correspond à l'énoncé de l'article 2(2)(b)(i) de la Directive.

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

Aucune exception à ce titre n'est prévue dans le Code du travail.

14.4.3 *Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)*

Le Code du travail ne contient aucune disposition anti-discriminatoire concernant les avantages sociaux.

14.4.4 *Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)*

Conformément à l'article 23(2) du Code du travail, 'une différence de traitement fondée sur l'une des caractéristiques énumérées à la section précédente ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle justifiable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée'⁷⁷.

Mon opinion est que cette disposition ne transpose pas adéquatément la Directive-cadre. En effet, je ne pense pas que ce soit la même chose de demander qu'une exigence professionnelle donnée soit 'justifiable' (*justificável*) ou qu'elle soit 'légitime' (*essencial*, dans la version portugaise de la Directive). Une certaine exigence peut être considérée comme justifiable pour une raison

⁷⁶ Voir l'addendum, au début du paragraphe 14.2.

⁷⁷ Article 23(2) du Code du travail: '*Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional*'.

donnée (tout spécialement à la lumière des normes historiques, morales ou sociales qui prévalent) tout en n'étant pas considérée comme légitime (au sens du mot portugais *essencial*). Il est important de noter qu'il ne s'agit pas d'une simple question de terminologie: la plupart des auteurs qui ont écrit sur le sujet semblent accepter que les normes sociales peuvent légitimement être invoquées pour justifier au moins une certaine mesure de discrimination dans les décisions d'engagement de personnel⁷⁸.

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

Le Code du travail ne contient aucune disposition sur ce sujet.

Il faut cependant noter que cela ne signifie pas pour autant que la loyauté à l'éthique de l'organisation fondée sur la religion ou les convictions ne sera pas exigée à l'avenir, puisqu'il est nécessaire de mettre en balance les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination avec la garantie de la liberté de religion de la Constitution, qui est aussi directement applicable en vertu de l'article 18(1) de la Constitution.

Certains des auteurs qui se sont penchés sur cette question au Portugal semblent reconnaître l'énorme latitude laissée aux entités religieuses pour engager ou licencier tout employé qui ne se conforme pas à la religion qu'elles professent, à leurs convictions affirmées ou à l'éthique religieuse en général, y compris s'il ne s'y conforme pas par son orientation sexuelle⁷⁹.

14.4.6 Action positive (art. 7(1) Directive)

Conformément à l'article 25 du Code du travail, 'les mesures législatives d'une nature temporaire spécifiquement définie, profitant à certains groupes défavorisés, y compris des groupes définis en référence au sexe, à une aptitude réduite au travail, à un handicap ou à une maladie chronique, à la nationalité ou à l'origine ethnique, adoptées dans le but de garantir l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits accordés par ce code et de corriger une situation d'inégalité factuelle persistant dans la vie sociale, ne sont pas considérées comme discriminatoires'⁸⁰.

Cette disposition semble montrer que le gouvernement portugais a décidé de suivre dans le Code du travail une approche quelque peu restrictive de l'action positive, confinant son champ d'application à des mesures *législatives* d'une nature spécifiquement (et strictement) *temporaire* en vue de garantir l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits accordés par la loi *et* de corriger une situation d'inégalité factuelle qui persiste dans la vie sociale.

⁷⁸ Voir Dray, 1999, 61-63; Dray, 2001, vol. I, 63-66, et vol. II, 78.

⁷⁹ Machado, 1996, 270-277, Dray, 2001, vol. I, 66-67. Lourenço, 2001, 506 et note 27, fait référence, avec approbation, à un cas où le licenciement d'un professeur de morale dans une école religieuse qui s'avait engagé dans une 'vie privée scandaleuse', a été confirmé. Je n'ai cependant pas pu retrouver l'affaire; je ne peux donc pas confirmer si une telle décision a été et bien été rendue.

⁸⁰ Art. 25 du projet de loi du Code du travail: '*Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário concretamente definido de natureza legislativa que beneficiem certos grupos desfavorecidos, nomeadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade ou origem étnica, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos neste Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persista na vida social.*

Etant donné que l'article n'autorise pas la moindre restriction de la dimension des groupes qui pourraient en bénéficier, il semble raisonnable de conclure que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut aussi être abordée en faisant usage d'initiatives d'action positive.

14.5 Voies de recours et application du droit

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

La compétence de mise en œuvre du droit privé du travail est partagée, principalement, entre les tribunaux et un certain nombre d'agences administratives.

Toutes les questions découlant de la conclusion, de l'exécution et de la réalisation de contrats d'emploi sont traitées par des juges professionnels qui composent des *tribunaux du travail* spécialisés (*Tribunais do Trabalho*), dont la juridiction est établie à l'article 85 de la loi de 1999 sur les Tribunaux⁸¹. Les questions soulevées entre employés travaillant pour le même employeur sont également traitées par les tribunaux du travail (article 85(h) de la loi sur les Tribunaux). Ces tribunaux règlent aussi les recours suite à l'imposition de sanctions par les agences administratives pour non-respect des lois relatives à l'emploi.

La plus importante des agences administratives traitant des matières d'emploi est le Service d'inspection du travail (*Inspecção-Geral do Trabalho*⁸²), dont le devoir principal consiste à promouvoir et à superviser le respect de toutes les dispositions juridiques, réglementations et conventions collectives concernant les conditions de travail (article 3(1)(a) du décret-loi n° 10/2000)⁸³. Il peut également appliquer des sanctions administratives à quiconque viole ces dispositions (articles 6(1) du décret-loi n° 10/2000 et 17(1)(2) de la loi n° 116/99, du 4 août 1999). Cette situation ne sera pas affectée par le Code du travail, qui n'apporte aucune modification pertinente aux lois mentionnées ci-dessus. Le Service d'inspection du travail aura donc la responsabilité de contrôler la mise en œuvre des dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination, d'enquêter sur les plaintes engendrées par la violation de ces dispositions et d'imposer les sanctions administratives établies dans le Code en cas de telles violations; les tribunaux du travail seront quant à eux chargés de régler les litiges liés au champ d'application et à l'interprétation de ces dispositions, ainsi que d'analyser les décisions prises par le Service de l'inspection du travail dans l'accomplissement de ses compétences législatives dans ces matières.

Pour ce qui est des employeurs publics, la loi prévoit un système de recours (hiérarchiques) internes, qui, une fois épuisés, permettent aux fonctionnaires de contester les décisions définitives prises par les organismes publics devant les *tribunaux administratifs* (dont la juridiction et la composition sont à présent

⁸¹ *Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais*, loi n° 3/99 du 13 janvier 1999.

⁸² Voir le décret-loi n° 102/2000 du 2 juin 2000.

⁸³ Le Service d'inspection du travail est aussi chargé de préparer des propositions de réforme législative dans le domaine du droit du travail et d'aider les employeurs et les employés en leur fournissant des informations juridiques dans ce domaine du droit.

définies dans la loi de 1984 relative aux Tribunaux administratifs (*Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*)⁸⁴, à remplacer par la loi de 2002 relative aux Tribunaux administratifs⁸⁵, qui entrera en vigueur en 2004.

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

Comme déjà mentionné au paragraphe 14.1.7 ci-dessus, l'article 14 du décret-loi n° 392/79 a institué une Commission pour l'égalité dans l'emploi et sur le lieu de travail en vue de contrôler l'application de la loi et de promouvoir la recherche, la réforme législative et la dissémination d'informations (y compris des informations juridiques) concernant la *discrimination fondée sur le sexe*. La Commission a également le pouvoir de délivrer des opinions consultatives sur les matières qui lui sont adressées par les tribunaux, le Service d'inspection du travail, les syndicats, les employeurs et même les individus qui font montre d'un intérêt dans une telle orientation (article 15(1)(f)).

La Commission pour l'égalité et contre la discrimination raciale est également compétente pour contrôler l'application de la loi et pour promouvoir la recherche, la réforme législative et la dissémination des informations (y compris des informations juridiques) dans le domaine de la *discrimination raciale*. Cette commission n'a toutefois pas le pouvoir de délivrer des opinions consultatives.

Aucune de ces commissions n'est habilitée à présenter des cas devant les tribunaux ou à aider des plaignants à le faire. Il n'y a aucune commission compétente en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

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

Aucune procédure spécifique de cette nature relative à la discrimination n'est prévue dans le Code du travail. Selon les règles des tribunaux du travail, les juges qui président une affaire sont néanmoins tenus d'organiser au moins une conférence de conciliation entre les parties avant le procès et de s'efforcer d'œuvrer en médiateurs dans tout litige relatif au travail présenté sous leur juridiction (articles 32(2), 36(2), 51(1)(2), 55(2) et 70(1) du Code de procédure des tribunaux du travail⁸⁶).

L'article 541(f) du Code du travail stipule également que les conventions collectives doivent prévoir des mécanismes de conciliation (articles 583 *et seq.*), de médiation (articles 587 *et seq.*) et d'arbitrage (articles 564 *et seq.*) concernant les litiges relatifs au travail.

Voir aussi le paragraphe 14.5.2, *supra*.

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

a) *Sanctions administratives*: conformément à l'article 614 du Code du travail, toute violation des dispositions du Code s'apparente à un délit administratif (*contra-ordenação*), pour lequel une amende administrative (*coima*) peut être imposée.

⁸⁴ Décret-loi n° 129/84 du 27 avril 1984, tel qu'amendé ultérieurement.

⁸⁵ Loi n° 13/2002 du 19 février 2002, telle qu'amendée par la loi n° 4-A/2003 du 19 février 2003.

⁸⁶ *Código de Processo do Trabalho*, adopté par le décret-loi n° 480/99 du 9 novembre 1999.

Le Code du travail classe ces délits administratifs, en fonction de leur importance, comme délits *mineurs (leves)*, *sérieux (graves)* ou *très sérieux (muito graves)* (article 605). La violation des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination est considérée comme un délit *très sérieux* (article 642).

Les amendes administratives (*coimas*) sont définies par rapport au sérieux des délits, à leur nature subjective (intentionnelle ou non intentionnelle) et au chiffre d'affaires annuel du contrevenant (s'il s'agit d'une personne morale)⁸⁷.

En cas de violation des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination par un employeur qui est une personne physique, le montant des amendes pouvant être imposées varie entre quelque:

- 900 et 2.200 € (pour les délits non intentionnels) et quelque
- 2.200 et 4.500 € (pour les délits intentionnels) (article 621(4)).

Pour les personnes morales, le montant des amendes pouvant être imposées varie entre quelque:

- 1.800 et 3.500 € (pour les délits non intentionnels) et quelque 4.000 et 8.500 € (pour les délits intentionnels), si la personne morale en question réalise un chiffre d'affaires annuel de moins de 500.000 €;
- 2.800 et 7.100 € (pour les délits non intentionnels) et quelque 7.600 et 17.000 € (pour les délits intentionnels), si la personne morale en question réalise un chiffre d'affaires annuel de 500.000 € ou plus, mais de moins de 2.500.000 €;
- 3.700 et 10.700 € (pour les délits non intentionnels) et quelque 10.700 et 25.000 € (pour les délits intentionnels), si la personne morale en question réalise un chiffre d'affaires annuel de 2.500.000 € ou plus, mais de moins de 5.000.000 €,
- 5.000 et 12.500 € (pour les délits non intentionnels) et quelque 13.000 et 35.600 € (pour les délits intentionnels), si la personne morale en question réalise un chiffre d'affaires annuel de 5.000.000 € ou plus, mais de moins de 10.000.000 €, et
- 8.000 et 26.700 € (pour les délits non intentionnels) et quelque 26.700 et 53.400 € (pour les délits intentionnels), si la personne morale en question réalise un chiffre d'affaires annuel de plus de 10.000.000 € (article 620(4)).

Je ne pense pas que certaines de ces valeurs agissent comme moyen de dissuasion suffisant dans maints cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, surtout quand ils sont perpétrés par un employeur individuel.

Une décision imposant une amende administrative en cas de violation des dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination peut aussi être publiée (article 627(2)) de la manière ordonnée à l'article 612.

b) *Sanctions civiles*: conformément à l'article 25 du Code du travail, indépendamment des sanctions administratives pouvant être imposées, la

⁸⁷ Le montant des amendes est indexé suivant la valeur de l' 'Unidade de Conta' (UC), utilisée pour déterminer les coûts à payer par les parties lors de procédures judiciaires et qui, à son tour, est indexée suivant la valeur du salaire minimum national. La valeur de l' 'Unidade de conta' est revue tous les trois ans et a été portée, en janvier 2004, à 89 €.

victime de discrimination peut toujours poursuivre l'auteur des faits en justice pour dommages pécuniaires et non pécuniaires, selon les règles générales de la responsabilité (civile) (*voir* articles 483 et seq. du Code civil). Dans certains cas, l'employeur (si l'auteur n'est pas l'employeur lui-même) peut aussi être assigné pour dommages en même temps que la personne légalement responsable de la discrimination qui fait l'objet d'une plainte en vertu de l'article 500 du Code civil.

Si le traitement discriminatoire a lieu pendant le processus de recrutement, la victime ne peut pas exiger que le tribunal ordonne à l'employeur de l'engager; elle n'a dans ce cas droit qu'au dédommagement des torts subis suite à la discrimination qui lui a été infligée⁸⁸.

En revanche, si la discrimination a lieu dans le contexte de l'emploi en cours, la victime de discrimination peut demander au tribunal d'ordonner que l'employeur mette fin à tout traitement discriminatoire auquel il peut avoir soumis l'employé et qu'il le réintègre s'il a été abusivement licencié.

En vertu des articles 294 du Code civil et 114(1) du Code du travail, toute disposition discriminatoire incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet et peut être déclarée telle par un tribunal.

c) *Sanctions pénales*: le Code du travail n'inclut aucune disposition pénale relative à la discrimination, et la discrimination en et par elle-même ne constitue pas un délit criminel aux yeux de la loi portugaise (*voir*, cependant, en ce qui concerne spécifiquement la discrimination raciale et religieuse, *supra*, paragraphe 14.1.9).

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

Comme déjà précisé, l'article 23(1)) ne fait référence qu'aux seuls *employeurs* (*voir, supra*, paragraphe 14.2.8). Je pense toutefois que, en vertu de l'article 614, quiconque (et pas seulement les employeurs) est susceptible de recevoir des sanctions administratives en cas de violation des dispositions du Code du travail relatives à l'égalité et à la non-discrimination.

L'article 617(1) du Code du travail considère spécifiquement les personnes morales comme soumises aux sanctions administratives. Les employeurs sont également responsables du paiement des sanctions administratives imposées à leurs sous-contractants, s'ils ne peuvent pas démontrer qu'ils ont agi avec toute la diligence voulue (*diligência devida*) (article 617(2)).

Il n'est cependant pas facile de déterminer dans quelle mesure les personnes morales peuvent être tenues responsables et sanctionnées lorsque l'auteur du comportement discriminatoire est un manager ou un collègue. Cela parce que, conformément à l'article 7(2) de la loi générale relative aux Sanctions administratives⁸⁹, les personnes morales ne peuvent être soumises à des sanctions administratives que si le délit (administratif) est commis par des membres de leurs organismes de gestion internes. Cette règle générale (qui s'applique également en cas de délits administratifs découlant de la violation des dispositions du Code du travail: *voir* article 615 du Code) semble signifier

⁸⁸ *Voir* Dray, 2001, vol. I, 83-92.

⁸⁹ Décret-loi n° 433/82 du 27 octobre 1982, tel qu'ultérieurement amendé.

que les personnes morales ne peuvent être soumises à des sanctions administratives que si les actes discriminatoires ont été perpétrés, soit directement ou indirectement approuvés par quelqu'un ayant le pouvoir d'agir en leur nom, ce qui n'est pas toujours le cas des managers et normalement jamais le cas des collègues de la victime de discrimination.

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

Bien qu'il soit impossible d'évaluer le niveau de conscience des questions relatives à l'orientation sexuelle chez les défenseurs de la loi, je le devine très bas, sinon pratiquement inexistant.

Pour autant que je sache, il n'y a aucun effort non plus de la part des pouvoirs publics portugais pour faire la liaison avec la communauté LGB portugaise ou pour traiter de manière adéquate et spécifique les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

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

L'article 477(d) du Code du travail stipule que les syndicats ont, *inter alia*, le droit 'd'initier des procédures judiciaires et administratives et d'y intervenir en fonction des intérêts de leurs membres, comme le prévoit la loi' (c'est également valable pour les organisations d'employeurs: article 510(d) du Code).

Conformément à l'article 640(1)(3) du Code du travail, les syndicats (mais seulement les syndicats) qui représentent les employés victimes d'un acte constituant un délit administratif peuvent intervenir en qualité d'*assistantes*, sans payer les moindres frais, dans la procédure instituée en vue de l'imposition des sanctions correspondantes.

Jusqu'à présent, les *assistantes* n'étaient autorisés que dans les procédures criminelles, de sorte qu'on ne voit pas clairement comment cette innovation va fonctionner dans le domaine des délits administratifs relatifs au travail. Un *assistante* dans une procédure criminelle dispose d'importants pouvoirs procéduriers, y compris le droit d'avoir accès aux dossiers du tribunal dans certaines circonstances, d'influencer l'enquête menée sur le délit, d'intervenir dans le procès de l'affaire et de faire appel des décisions avec lesquelles il est en désaccord.

Le fait que le Code du travail donne aux seuls syndicats la légitimité d'agir semble contredire l'article 9(2) de la Directive.

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

Conformément à l'article 23(3) du Code du travail, 'il revient à la personne qui s'estime discriminée de prouver l'existence de la prétendue discrimination, en désignant l'(les) employé(s) par rapport au(x)quel(s) elle estime avoir été discriminée; il revient à l'employeur de démontrer que les différences de

conditions de travail ne sont pas dues à l'un des motifs [interdits]...’ de discrimination⁹⁰.

Bien qu'il ne soit pas facile de comprendre le sens précis de cette disposition (qui a été reprise presque mot pour mot de l'article 9(4) du décret-loi 392/79 du 20 septembre 1979, traitant uniquement de la discrimination en rapport avec le salaire), il semble bien qu'elle crée une présomption simple de discrimination une fois que l'employé peut établir les faits permettant de soutenir une telle présomption, de sorte qu'il revient alors à l'employeur de démontrer que ses actions ne doivent pas être considérées comme discriminatoires.

Si c'est le cas, il me semble que le Code du travail s'aligne sur l'article 10 de la Directive-cadre, quoique d'une manière compliquée.

Toutefois, la référence, à l'article 23(3), au(x) employé(s) concernant ceux par rapport à qui la personne lésée a l'impression d'avoir été discriminée pourrait ne pas respecter l'article 2(2)(a) de la Directive, qui semble établir une comparaison, non pas nécessairement avec les employés réels, mais avec quiconque 'est, a été ou serait traité [différemment] dans une situation comparable'. Il faut noter que l'article 35 du règlement⁹¹ du Code du travail 'clarifiera' le fait que 'lorsque l'existence d'une pratique discriminatoire relative à l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle ou aux conditions de travail [...] est autorisée, l'article 23(3) du Code du travail concernant la charge de la preuve s'applique'.⁹²

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

Le Code du travail ne contient pas la moindre disposition concernant le charge de la preuve de l'orientation sexuelle du plaignant. A ce point, il n'est pas possible de deviner si les tribunaux vont exiger du plaignant qu'il prouve son orientation sexuelle pour une affaire portée devant eux en vertu des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination du Code du travail, ou s'ils se contenteront d'établir que la discrimination dont il se plaint a eu lieu sur base de l'orientation sexuelle.

Il faut noter que l'article 23(3) s'applique de la même façon à tous les motifs de discrimination mentionnés à l'article 22(2), bien que le fait de demander au plaignant de montrer qu'il a une orientation sexuelle donnée puisse donner lieu à des problèmes spéciaux concernant les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

⁹⁰ Art. 23(3) du projet de loi du Code du travail: '*Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1.*'

⁹¹ Voir addendum, au début du paragraphe 14.2.

⁹² Article 35 des dispositions complémentaires au Code du travail: '*Em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho, à formação profissional e nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de licença por maternidade, dispensa para consultas pré-natais, protecção da segurança e saúde e de despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licença parental ou faltas para assistência a menores, aplica-se o regime previsto no nº 3 do artigo 23º do Código do Trabalho em matéria de ónus da prova.*'

14.5.10 Rétorsions (art. 11 Directive)

Le Code du travail ne dispose d'aucune disposition faisant spécifiquement référence au concept de rétorsion.

L'article 122(a) du Code du travail interdit toutefois à l'employeur 'de s'opposer, de quelque manière que ce soit, à l'exercice, par l'employé, de ses droits, ainsi que de licencier un employé ou de lui faire subir d'autres sanctions ou de le soumettre à tout traitement désavantageux à cause de ce même exercice'.

L'article 374(1)(a)(d) considère en outre que toute mesure disciplinaire prise à l'encontre d'un employé doit être considérée comme *abusiva* (*abusiva*) (et par conséquent illégale) si elle est appliquée en rétorsion d'une plainte au sujet des conditions de travail ou de l'exercice (actuel), de l'exercice passé ou de l'intention d'exercer ou d'invoquer des droits et garanties de la part de l'employé.

L'article 34 des dispositions complémentaires⁹³ au Code du travail souhaite aussi protéger explicitement les employés de la rétorsion. Conformément à cette disposition, 'toute action visant à désavantager un employé en conséquence de son rejet de, ou de sa soumission à, toutes actions discriminatoires au sens de l'article 21(1) du Code du travail sera considérée comme nulle et de nul effet'⁹⁴.

En se basant sur ces dispositions (ainsi que sur les dispositions présentées aux articles 396(1)(2) et 429(c) du Code du travail), il est très probable que tout type de rétorsion sera considéré comme illégal en vertu du Code du travail.

14.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

14.6.1 Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)

Aucune à ma connaissance.

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

Aucune à ma connaissance.

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

Conformément à l'article 8(1) de la loi n° 99/2003 du 27 août 2003, et en dépit de quelques exceptions sans importance ici, les dispositions du Code du travail s'appliquent aussi aux contrats de travail (privés). Cela semble vouloir dire que toute clause discriminatoire incluse dans ces contrats contrairement aux

⁹³ Voir addendum, au début du paragraphe 14.2.

⁹⁴ Article 34 des dispositions complémentaires au Code du travail: 'É inválido qualquer acto que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a actos discriminatórios previstos no n.º 1 do artigo 23º do Código do Trabalho'.

dispositions du Code doit être considérée comme non valide. En revanche, l'article 14(1) de la loi n° 99/2003 du 27 août 2003 stipule que les dispositions contenues dans les conventions collectives déjà en vigueur et contraires aux dispositions établies dans le Code du travail doivent être remplacées dans le délai d'un an après l'adoption de la loi, sous peine d'être considérées comme nulles et de nul effet. La conséquence d'une disposition considérée comme nulle et de nul effet est qu'elle ne peut pas être appliquée à des situations particulières et que, si elle l'est, il revient aux tribunaux de déclarer illégale l'action basée sur la disposition impliquée.

Dans la mesure où elles pourraient violer les dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination du Code du travail, d'autres dispositions pouvant être incluses dans de futur(e)s contrats, conventions collectives, règles internes d'entreprises, règles régissant les activités non salariées et les professions (s'il y a lieu) et règles régissant les organisations d'employés et d'employeurs, seraient évidemment aussi invalides et doivent être considérées telles par ceux qu'elles lient; elles peuvent être déclarées telles par tout tribunal, comme prévu soit par les règles générales du droit des contrats (par ex. les articles 285 *et seq.* du Code civil) soit par les dispositions du Code du travail lui-même (en vertu de l'article 533(1)(a) du Code, les conventions collectives ne peuvent pas aller à l'encontre de 'dispositions juridiques péremptoires'). Voir aussi, *supra*, le paragraphe 14.5.10.

14.6.4 *Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur*

A l'exception de l'article 175 du Code pénal portugais – à mon avis, la disposition la plus discriminatoire, de façon criante, encore en vigueur dans l'ordre juridique portugais –, qui, comme déjà mentionné, peut avoir un impact indirect dans le domaine de l'emploi et des activités professionnelles (particulièrement en ce qui concerne l'accès à l'emploi: voir, *supra*, le paragraphe 14.3.7), je n'ai pas réussi à trouver d'autres dispositions explicitement et directement discriminatoires sur la base de l'orientation sexuelle.

À mon avis, il reste néanmoins certaines dispositions qui discriminent indirectement sur la base de l'orientation sexuelle, particulièrement en ce qui concerne les couples de même sexe. Etant donné que les couples (non mariés) de même sexe jouissent, en vertu de la loi n° 7/2001 du 11 mai 2001, des mêmes droits que les couples non mariés de sexes différents, aucune discrimination ne se manifeste à cet égard. Toutefois, comme les couples de même sexe ne peuvent pas se marier au Portugal, il y a beaucoup d'avantages dont profitent habituellement les couples mariés de sexes différents et auxquels les partenaires de même sexe n'ont pas droit. Les partenaires non mariés de même sexe ne sont par exemple pas couverts par le principal système de protection de la santé des fonctionnaires, ou ADSE. Conformément à l'article 7(1) du décret-loi n° 118/83 du 25 février 1983, qui a réorganisé le système de l'ADSE, l'époux ou l'épouse d'un fonctionnaire profite de la couverture offerte par l'ADSE, mais le terme 'époux/épouse' ne comprend pas le partenaire non marié de même sexe (ou de sexe différent, d'ailleurs) des fonctionnaires.

14.7 Observations conclusives

Les dispositions d'égalité et de non-discrimination du Code du travail constituent bien sûr une étape importante dans un pays qui, malgré un engagement constitutionnel envers l'égalité, a encore un long chemin à parcourir en ce qui concerne la lutte contre la discrimination. Cette étape deviendra encore plus significative après l'entrée en vigueur des dispositions complémentaires au Code⁹⁵, puisque celles-ci vont remédier à un certain nombre de manquements dans la mise en œuvre de la Directive. Les manquements restants sont:

- Le Code du travail ne couvre pas complètement le champ d'application matériel de la Directive, puisqu'il s'applique uniquement à l'emploi privé (et, jusqu'à la mise en œuvre de la législation nécessaire, à l'emploi public), mais pas aux activités non salariées; on pourrait en outre préciser ici que le 'salaire' et le 'licenciement' ne sont pas explicitement mentionnés à l'art. 22 du Code. La réglementation du Code aidera à corriger cette situation, en clarifiant, en termes semblables à ceux de l'énoncé de l'article 3 de la Directive, le champ d'application matériel des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination (14.2.7).
- Le Code du travail ne contient pas de définition de la discrimination directe ou indirecte, une circonstance qui pourrait donner lieu à une certaine controverse au sujet de l'interprétation des dispositions du Code relatives à l'égalité et à la non-discrimination (limitant potentiellement l'application entière et correcte de telles dispositions); la réglementation du Code aidera à corriger cette déficience, même si c'est d'une manière que je ne considère pas comme totalement satisfaisante (14.2.3).
- Le Code du travail n'est pas non plus explicite dans l'interdiction faite aux employeurs de l'injonction de discriminer; la réglementation du Code du travail dit clairement qu'une telle conduite doit être considérée comme discriminatoire (14.2.6).
- La disposition du Code du travail relative aux exigences professionnelles établit une norme inférieure à celle exigée par le droit communautaire et est, à mon avis, trop large pour respecter pleinement la Directive (14.4.4).
- Le Code du travail ne se penche pas sur la question de la discrimination en matière d'emploi auprès de certaines organisations religieuses; cela va certainement soulever la controverse dans l'avenir (14.4.5).
- La valeur des amendes administratives établie dans le Code du travail pour les infractions aux dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination pourrait être, dans certains cas et à mon avis, insuffisante pour décourager des actions potentiellement discriminatoires, bien que, en général, leur montant puisse être qualifié d'adéquat pour un tel but (14.5.4).
- Le Code du travail ne confère pas de légitimité d'agir aux groupes d'intérêt autres que les syndicats pour déclencher des actions pour cause de discrimination, comme exigé par la Directive (14.5.7).

⁹⁵ Voir l'addendum, au début du paragraphe 14.2.

- La disposition du Code du travail relative à la charge de la preuve est rédigée d'une manière pouvant laisser planer certains doutes sur sa signification et, éventuellement, contribuer à une approche restrictive en ce qui concerne la sélection du comparateur adéquat dans les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle; à mon avis, l'article 33 de la réglementation du Code ne corrigera pas entièrement cette déficience (14.5.8).

Littérature citée dans les notes

Amado, João Leal, *Pornografia, informática e despedimento (a propósito de um acórdão da Relação de Lisboa)* [Pornographie, informatique et licenciement (notes sur un arrêt de la cour d'appel de Lisbonne)], in *1 Questões Laborais* (1994), pp. 109-116.

Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* [La Convention européenne des droits de l'homme], Lisbonne, 2^e éd., Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* [Droit constitutionnel et théorie de la Constitution], 6^e éd., Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

Caupers, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição* [Les droits fondamentaux des employés et la Constitution], Livraria Almedina, Coimbra, 1985.

Cruz, Pedro, *A justa causa de despedimento na jurisprudência* [La notion de licenciement équitable dans la jurisprudence portugaise], Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

Dray, Guilherme Machado, *O princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho* [Le principe de l'égalité dans le droit du travail. Son applicabilité dans le domaine spécifique de la rédaction de contrats d'emploi individuels], Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

Dray, Guilherme Machado, *Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho* [Autonomie privée et égalité dans la rédaction et l'exécution de contrats d'emploi individuels], in Pedro Romano Martínez (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* [Documents de l'Institut du droit du travail], vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 21-105.

Dray, Guilherme Machado, *Justa causa e esfera privada* [Licenciement équitable et autonomie privée], in Pedro Romano Martínez (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* [Documents de l'Institut du droit du travail], vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 35-91.

Lourenço, Paula Meira Lourenço, *A relevância dos comportamentos da vida particular do Trabalhador para efeitos de preenchimento do conceito de justa causa de despedimento* [La pertinence du comportement dans la vie privée comme raison de licenciement équitable], in *24 Revista Jurídica* (2001), pp 495-529.

Machado, Jónatas Eduardo Mendes, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos* [La liberté religieuse dans une communauté constitutionnelle inclusive], Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 1996.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional* [Manuel de droit constitutionnel], vol. IV, 3^e éd., Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 2000.

Martínez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho* [Droit du travail], Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

Pais, Sofia Oliveira/Sousa, António Frada de Sousa, *A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual* [Partenariats de facto et enregistrés entre personnes de même sexe – une analyse du droit matériel et du droit des conflits], in *59 Revista da Ordem dos Advogados* (1999), pp. 693-.

Parreira, Isabel Ribeiro, *O assédio sexual no trabalho* [Harcèlement sexuel sur le lieu de travail], in Pedro Romano Martínez (coord.), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho* [4^e conférence nationale sur le droit du travail], Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pp. 21-105.

Prata, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada* [La protection constitutionnelle de l'autonomie privée], Livraria Almedina, Coimbra, 1982.

Queiroz, Cristina M. M., *Direitos fundamentais (Teoria Geral)* [Droits fondamentaux (Théorie générale)], Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 2000.

Soares, Albino de Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público* [Leçons de droit public international], 4^e éd., Coimbra Editora Lda., Coimbra, 1988.