

PORTUGAL

La publication et l'entrée en vigueur (presque immédiate, c'est à dire avec une *vaccatio legis* minimale) du Code du travail révisé¹ a été sans doute l'événement le plus important de l'année. Le fait qu'il s'agisse d'une année électorale – élections européennes, législatives et municipales – a conféré au processus législatif, jusqu'à la dernière minute, une intensité sans proportion avec les dimensions de l'enjeu dans cette réforme législative.

D'ailleurs, les risques de l'opération concernaient tout d'abord sa consistance technique. Le processus législatif de la révision avait été particulièrement dense et structuré, comme nous l'avons souligné dans les chroniques des années précédentes. Plusieurs études sur la situation de l'emploi, tant du point de vue quantitatif que qualitatif, avaient été élaborées et servaient de support à cette révision du premier Code, celui qui avait été publié en 2003². Mais cette codification initiale n'a eu que deux ou trois années de mise en œuvre effective en pratique, dans la mesure où le droit transitoire avait maintenu l'ancienne législation du travail dans l'actualité sociale juridique bien après décembre 2003.

À peine était-on quelque peu familiarisé avec ce premier Code du travail qu'une nouvelle version en était proposée – et cela dérivait d'une disposition du même Code qui prévoyait sa révision à court terme. Pire encore, la numérotation et l'agencement du Code ont complètement été renouvelés ; ce qui d'ailleurs n'est guère surprenant pour au moins deux raisons. Tout d'abord, une nouvelle organisation des dispositions s'imposait en raison de la nécessaire incorporation du contenu d'une loi complémentaire qui avait été publiée dès 2004³ et dont l'absence de codification était jusqu'alors absolument injustifiable. Par ailleurs, cette nouvelle organisation du Code constitue la conséquence d'une révision des critères systématiques initiaux qui avaient soulevé beaucoup de critiques. Le législateur a choisi – non sans

¹ Loi n° 7/2009 du 12 février révisant le Code du travail, cf. *Diário da República (separata)* 2009-02-12, n° 30, pp. 926-1029.

² Loi n° 99/2003 du 27 août 2003 portant Code du travail, cf. *Diário da República*, 2003-08-27, n° 197, pp. 5558-5656.

³ Loi n° 35/2004 du 29 juillet 2004 réglementant la loi n° 99/2003 du 27 août 2003 portant Code du travail.

risque – d'améliorer l'accessibilité des règles du Code du travail au détriment de la continuité du processus de familiarisation.

I - Une révision sans changement d'orientation générale

Quoiqu'il en soit, la réorganisation du Code donne l'apparence de nouveautés importantes qu'une analyse plus profonde ne permet pas de confirmer. Il s'agit, à la rigueur, d'une vraie révision d'une codification qui conserve son identité fondamentale et non pas de la création d'une nouvelle codification, en conformité avec un changement de cap de la politique législative. L'orientation générale du Code – en dépit d'un certain nombre de modifications topiques – est en substance la même ; précision d'importance malgré l'utilisation devenue courante de l'expression « nouveau Code ». Il faut pourtant mentionner quelques unes de ces modifications normatives, en raison de leur intérêt dogmatique ou pratique.

Notons tout d'abord la modification de la définition-clé du contrat de travail⁴ – par le remplacement de la référence classique à la « direction » de l'employeur par la mention de l'« organisation » du travail gérée par celui-ci – et propose une présomption de l'existence d'un contrat de travail construite sur la base de certains indices concrets⁵ ; lesquels coïncident d'ailleurs avec ceux de la subordination déjà utilisés, depuis longtemps, par les tribunaux. L'objectif de lutte contre le phénomène du faux travail autonome – mode singulièrement généralisé, voire « normalisé » de fuite du droit du travail – est à l'origine de ces solutions, ainsi que de plusieurs autres règles du Code. Nous y reviendrons ultérieurement.

Les besoins de conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée sont également pris en considération par le Code au travers d'un nouveau « paquet » de droits et de facilités accordés dans le cadre de la protection de la maternité et de la paternité – sous la désignation égalitaire de

⁴ Selon l'article 11 du Code du travail : « Le contrat de travail est celui sur la base duquel une personne physique s'oblige, moyennant rémunération, à fournir son activité à une autre ou plusieurs autres personnes, dans le cadre de l'organisation du travail et sous l'autorité de celle(s)-ci ».

⁵ Selon l'article 12 du Code du travail.

« parentalité »⁶. En parallèle, le projet perfectionne et rend plus rigoureuses les conditions de l'adaptabilité du temps de travail⁷ ; domaine au sein duquel les dispositions légales ont eu beaucoup de difficulté à influencer les conventions collectives et surtout la pratique des entreprises. L'objectif est visiblement celui de la réduction de la flexibilité interne « dérégulée ».

En ce qui concerne les licenciements, le Code entreprend une démarche politiquement assez risquée⁸, sans pourtant modifier les conditions de fond de la rupture par l'employeur : il viabilise la simplification de la lourde procédure du licenciement disciplinaire, introduite il y a trente ans sous l'influence du régime de l'emploi public⁹ et génératrice d'une conception mystifiée de l'employeur-juge, chargé de trouver la vérité des faits et de leur appliquer la « justice » disciplinaire¹⁰. En conséquence, la nullité du licenciement – jusqu'ici susceptible de se fonder sur plusieurs types de défaut formel – n'est envisageable que dans les cas où le droit de consultation préalable du salarié est nié ou limité¹¹, au-delà, bien sûr, de

⁶ Cette matière avait fait l'objet d'une loi en 1984 que le Code de 2003 avait absorbé presque sans modification. C'est ce chapitre du Code que la révision a amélioré avec la prévision de nouvelles situations qui méritent protection. Cf. les articles 33 à 65 du Code du travail.

⁷ Articles 204 à 211 du Code du travail.

⁸ La question des licenciements est toujours extrêmement sensible, surtout dans le cadre d'un système – comme celui du Portugal – basé sur les principes du licenciement *ultima ratio* et de la réintégration imposée en cas de rupture illégale par l'employeur. La Constitution (article 53) consacre le principe de la « sécurité de l'emploi » et interdit « les licenciements sans "juste cause" ou pour des raisons politiques ou idéologiques », ce qui justifie systématiquement un laps de temps nécessaire à la vérification de la conformité constitutionnelle de toute mesure légale ayant incidence sur la matière.

⁹ Il convient de rappeler qu'à la suite de la révolution (surtout dans les années 1974-1980), une grande partie de l'économie portugaise fut étatisée et qu'en même temps les traditionnels pouvoirs patronaux étaient soumis à une compression très forte dans le cadre de la négociation collective et des pratiques internes des entreprises.

¹⁰ La simplification se traduit notamment par le caractère facultatif de l'« instruction » éventuellement sollicitée par le salarié dans la réponse à l'« accusation » (article 356 du Code du travail). Les preuves réunies dans le cadre de la procédure de licenciement disciplinaire sont absolument ignorées par les juges, ce qui leur confère un caractère inutile et nuisible du point de vue de la célérité de la procédure.

¹¹ Article 382 du Code du travail.

l'absence de « juste cause »¹². En tout cas, le juge est tenu de toujours se prononcer sur ce dernier point, même si l'existence de vices formels est démontrée et vérifiée¹³.

Dans le domaine du droit collectif, c'est toujours la dynamisation de la négociation collective – qui, pour des raisons déjà évoquées, avait été longtemps presque paralysée et montrait récemment quelques signes de revitalisation – qui occupe le premier rang des préoccupations du législateur. L'hypothèse de « caducité » des conventions – à savoir leur dénonciation automatique après une succession de tentatives de révision – introduite par le Code de 2003, est maintenue par le nouveau Code, quoiqu'avec des mécanismes nouveaux qui tendent à éviter le soi-disant « vide conventionnel »¹⁴.

II - L'accentuation de l'individualisation des conditions de travail

Aucune des deux versions de la « codification » du droit du travail portugais ne comporte des changements substantiels en ce qui concerne la conception générale des relations de travail et l'orientation fondamentale de leur régulation. Certains traits provenant de l'héritage corporatiste sont toujours là – l'« intérêt de l'entreprise » comme paramètre fonctionnel de certains instituts, notamment dans le domaine de la flexibilité fonctionnelle¹⁵ et géographique¹⁶, le caractère général du « devoir de loyauté » du travailleur¹⁷, les tonalités « collaboratives » qui émergent ici et là¹⁸ – en combinaison avec des régimes nettement fondés sur la conception pluraliste des relations de travail qui émane de la Constitution.

¹² Article 381 du Code du travail.

¹³ Article 387/4 du Code du travail.

¹⁴ Cf. les articles 501 et 502 du Code du travail.

¹⁵ Cf. spécialement l'article 118 du Code du travail.

¹⁶ Cf. les articles 194 à 196 du Code du travail.

¹⁷ Cf. article 128/1-f) du Code du travail.

¹⁸ On peut mentionner pour illustration, dans le cadre des « devoirs généraux » incombant aux parties dans l'exécution du contrat de travail, l'obligation légale de « collaborer pour l'obtention de la plus grande productivité aussi bien que pour la promotion humaine, professionnelle et sociale du travailleur » en vertu de l'article 126/2 du Code du travail.

La seule vraie inflexion qu'on peut imputer à la codification – déjà présente dans la version de 2003 et qui n'est pas d'importance secondaire – concerne l'accentuation de l'individualisation des conditions de travail. La culture juridique portugaise, en ce domaine, a toujours¹⁹ été marquée par la méfiance vis-à-vis du rôle régulateur des stipulations individuelles dans les relations de travail et par la prédominance presque absolue des régimes « statutaires » d'origine légale ou conventionnelle-collective. On a toujours reconnu au contrat individuel le rôle génétique, mais pas la principale fonction régulatrice des relations de travail. Or, la codification a introduit des ouvertures nouvelles à la détermination des conditions de travail par accord direct entre l'employeur et le travailleur, éventuellement en dérogation des régimes légaux correspondants. Toutefois, une telle dérogation est limitée par la loi : elle ne peut avoir lieu que dans un sens plus favorable au travailleur²⁰.

III - La délimitation du champ d'application du droit du travail

En ce qui concerne la délimitation du champ d'application de la loi travailliste, la notion-clé du contrat de travail conserve sa position dominante dans le Code. La seule modification de cette notion – nous l'avons déjà remarqué – consiste en la substitution de l'expression « sous l'autorité et la direction » de l'employeur par « dans le cadre de l'organisation et de l'autorité » du même employeur. Il s'agit là plutôt d'une retouche que d'un vrai changement conceptuel. La conception contractuelle des relations de travail et la centralité de la subordination restent hors-de-question, en conformité avec une tradition juridique culturelle très ancienne²¹. L'objectif du législateur est tout simplement celui de définir – d'une façon plus adéquate aux données de la réalité actuelle – la notion de contrat de travail, toujours centrée sur l'élément distinctif primordial qui est celui de la subordination juridique.

¹⁹ Surtout à partir de la dernière législation de la période corporatiste.

²⁰ Article 3/4 du Code du travail.

²¹ La notion du contrat de travail – en tant qu'élément-clé pour l'application des lois du travail – a été introduite il y a presque sept décennies, par la loi 1952, du 10 mars 1937, déjà citée. La définition fournie par l'article 1^{er} de cette loi soulignait – comme trait distinctif de la notion – le fait que le salarié restait, pendant la réalisation de son activité, « sous les ordres, direction ou contrôle de la personne à la disposition de laquelle il s'était placé ».

La nouvelle mention du « cadre de l'organisation » de l'employeur se borne à exprimer le fait que le travail n'est pas organisé (combiné avec d'autres facteurs et éléments personnels et matériels en vue de certains résultats) par celui qui le réalise. Les juges et la doctrine scientifique soulignaient déjà depuis longtemps que l'« élément organisationnel » de la subordination était la molécule centrale de cette notion ; le travail subordonné étant un travail hétéro-organisé. La référence au « cadre de l'organisation » de l'employeur signale tout simplement le pouvoir d'organiser le travail et non une réalité organique restreignant la définition au seul travail dans l'entreprise. Il n'y a donc aucune modification du paradigme légal.

IV - L'encadrement de la « fuite » du droit du travail

Le phénomène de la « fuite » du droit du travail a été particulièrement ciblé par le législateur. Au Portugal, c'est surtout la dissimulation du contrat de travail qui est utilisée pour échapper aux lois travaillistes. La dissimulation – par le biais de l'illusion d'existence d'un contrat de travail autonome – est recherchée, en particulier, sous la couverture des soi-disant « reçus verts » (*recibos verdes*) ; document de quittance établi légalement pour rémunérer le travail indépendant. Mais d'autres modalités d'éviction du droit du travail – plus en conformité avec la loi – sont aussi pratiquées de manière généralisée. C'est le cas du recours à des entreprises qui réalisent des segments de l'activité normalement accomplie par des moyens propres. Mais elle peut aussi signifier la transformation du travail individuel subordonné en travail individuel autonome, bien qu'économiquement dépendant.

Dans un tel contexte, le législateur – sans se faire trop d'illusions sur la portée effective des mesures législatives dans ce domaine – a décidé de construire une présomption d'existence de contrat de travail²² et d'élargir le

²² Il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté dans la mesure où le Code de 2003 contenait déjà une disposition sous le titre de « présomption de l'existence d'un contrat de travail » (article 12). Toutefois, cette norme – produit de la concertation sociale – relevait de la plus absolue absurdité juridique : elle énumérait cinq « indices » de l'existence de subordination, chacun desquels serait suffisant pour fonder la certitude (et non pas une simple présomption) d'un contrat de travail. Pour illustration, en cas d'exécution de la prestation sous la direction et dans les installations du bénéficiaire de

périmètre de l'extension des régimes travaillistes au travail autonome exercé sous dépendance économique. La présomption, consacrée dans l'article 12 du Code du travail, est construite sous l'inspiration de l'expérience judiciaire ; laquelle utilisait – afin de surmonter la difficulté de certaines qualifications juridiques, notamment celle du contrat de travail – la méthode du faisceau d'indices en l'appliquant aux situations concrètes²³.

Par ailleurs, les présomptions légales ne sont pas des moyens de qualification directe ; elles servent à redistribuer la charge de la preuve. Dès lors, c'est à l'employeur qu'il incombera de faire la preuve de l'existence d'une relation de travail autonome, afin d'écarter l'application du Code du travail. En outre, la dissimulation du contrat de travail constitue directement²⁴ une infraction de nature contraventionnelle dont la sanction (pécuniaire) est couverte par la responsabilité solidaire des employeurs (en cas de « pluralité d'employeurs »), gérants, administrateurs et directeurs impliqués.

Pour ce qui est du travailleur autonome en situation de dépendance économique, la tradition législative portugaise suivait la technique – bien connue d'autres systèmes – de l'« assimilation » aux salariés, mais les conséquences en étaient très limitées : la loi²⁵, y compris le Code de 2003, se

la prestation, etc. Or, de plus, le même article du Code de 2003 exigeait, en vue de fonder la présomption, la vérification *cumulative* de tous les indices énumérés.

²³ Les bases de la présomption de l'actuel article 12 révèlent cette inspiration. Les critères retenus sont les suivants : que l'activité soit réalisée dans un local appartenant au bénéficiaire ou déterminée par celui-ci ; que les équipements et instruments de travail utilisés appartiennent au bénéficiaire de l'activité ; que le prestataire d'activité observe des heures de début et de fin de la prestation, déterminées par le bénéficiaire ; qu'une rémunération certaine soit payée avec une périodicité déterminée au prestataire d'activité, comme contrepartie de celle-ci ; que le prestataire d'activité exerce des fonctions de direction ou de commandement dans la structure organique d'une entreprise. Le même article n'exige que la vérification de « quelques-uns » (c'est à dire, deux au moins) de ces indices.

²⁴ Selon la législation antérieure, la dissimulation n'était atteinte que par voie indirecte. Le contrat était requalifié, en conformité avec la vraie nature des relations de travail ; ce qui déclenchait l'application (à compter du premier jour) des normes travaillistes qui, bien sûr, n'avaient pas été observées par l'employeur – d'où l'application des sanctions respectives.

²⁵ La loi sur le contrat de travail de 1969 créait déjà la figure des « contrats assimilés » au contrat de travail (article 2), sans pour autant définir la portée concrète de cette assimilation.

bornait à rendre « applicables » à ces situations les seuls « principes » inspirateurs du régime du contrat de travail. Cette indication légale soulevait beaucoup de doutes quant à l'interprétation qu'il convenait d'en avoir ; ce qui a eu pour conséquence son inutilité du point de vue applicatif.

Cependant, certains régimes légaux se déclaraient déjà explicitement applicables aux situations mentionnées : c'est le cas du régime de la réparation des accidents du travail²⁶. Le Code de 2009 va, quant à lui, un peu plus loin en déclarant applicables aux situations de travail économiquement dépendant les normes légales relatives aux droits de la personnalité, à l'égalité et à la non-discrimination ainsi qu'à la santé et à la sécurité au travail²⁷.

Un système juridique dominé par l'empire de la loi étatique et par un degré très élevé d'ineffectivité de la même loi ; tel est un moyen de caractériser l'environnement culturel au sein duquel le nouveau Code du travail est en train d'être appliqué. Au Portugal, les lois du travail jouent surtout un rôle communicationnel, ce qui explique l'impact des processus législatifs sur le terrain de la lutte politique. Cependant, les résonances médiatiques des vifs débats qui découlent des projets législatifs finissent par se dissiper dès leur entrée en vigueur. Avec un certain degré d'exagération, on pourrait dire que les lois du travail passent, sans transition, du scandale à l'inconséquence.

Il faut pourtant mettre en valeur le rôle – en fin de compte – positif qu'on doit créditer à la codification du droit du travail portugais, surtout dans la version de 2009. Cette codification, qui avait été envisagée avec tant de méfiance dans certains milieux académiques, révèle quand même une aptitude certaine pour faciliter l'accès au droit ; ce qui est particulièrement important dans le monde du travail. Aucun opérateur juridique, ou simplement intéressé, n'accepterait de retourner aux compilations hétérogènes de lois asynchrones et parfois divergentes de jadis. La codification, après la contestation et le doute, est devenue irréversible.

²⁶ Cf. l'article 2 de la loi n° 100/97 du 13 septembre.

²⁷ Il s'agit de l'article 10 du Code, qui caractérise les situations envisagées de la façon suivante : « situations où l'on vérifie la prestation de travail qu'une personne offre à une autre, sans subordination juridique, dès lors que le prestataire du travail est sous la dépendance économique du bénéficiaire de l'activité ».

Par ailleurs, le fait que le Code n'opère aucune rupture conceptuelle ou dogmatique – bien qu'il propose des éléments de modernisation pour la gestion des relations de travail – joue aussi en faveur d'une pénétration harmonieuse dans les engrenages du marché de travail.

Enfin, et en tout cas, la codification – même à droit presque-constant – est un événement d'importance non méprisable pour l'affirmation autonome de cette branche du droit, au moment même où son utilité sociale et sa raison d'exister sont remises en question sous les prétextes les plus variés.

Antonio Monteiro Fernandes
ISCTE – Institut Universitaire de Lisbonne