

SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1989 - 1990

Annexe au procès-verbal de la séance du 25 avril 1990.

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Affaires sociales (1) sur le projet de loi,
ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE , relatif à la protection des
personnes contre les discriminations en raison de leur état de
santé ou de leur handicap,

Par M. Guy PENNE,

Sénateur.

(1) *Cette commission est composée de :* MM. Jean-Pierre Fourcade, *président* ; Louis Souvet, Marc Bœuf, Claude Huriet, Jacques Bimbenet, *vice-présidents* ; Hector Viron, Charles Descours, Guy Penne, Rogor Lise, *secrétaires* ; MM. José Balareello, Mme Marie-Claude Beaudeau, MM. Henri Belcour, Jacques Bialski, André Bohl, Louis Boyer, Louis Brives, Jean-Pierre Cantegrit, Jean Chérioux, Marcel Debarge, François Delga, Michel Doublet, Jean Dumont, Jean-Paul Emin, Roger Husson, André Jourdain, Paul Kauss, Philippe Labeyrie, Henri Le Breton, Marcel Lesbros, François Louisy, Pierre Louvot, Jacques Machet, Jean Madelain, Mme Hélène Missoffe, MM. Arthur Moulin, Albert Pen, Hubert Peyou, Louis Philibert, Claude Prouvoyeur, Henri Revol, Roger Rigaudière, Guy Robert, Mme Nelly Rodi, MM. Gérard Roujas, Olivier Roux, Bernard Seillier, Franck Sérusclat, René-Pierre Signé, Paul Souffrin, Pierre-Christian Taittinger, Martial Taugourdeau.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (9^e législ.) : 1182, 1276 et T.A. 268.

Sénat : 245 (1989-1990).

Handicapés.

SOMMAIRE

	Pages
TRAVAUX DE LA COMMISSION	5
EXPOSE GENERAL	9
Introduction	9
I. Le renforcement des droits des personnes victimes de discriminations fondées sur leur état de santé ou leur handicap	11
A. Une protection plus large	12
1. Les personnes susceptibles d'être poursuivies pour agissements discriminatoires	12
2. Les victimes protégées	13
3. L'intervention des associations	16
B. Une portée difficile à évaluer	17
1. La nécessité d'une conciliation entre la défense des droits individuels et la protection des intérêts collectifs	17
2. Les limites des mesures "anti-discriminations"	20
II. L'élargissement du dispositif aux discriminations à l'embauche et au licenciement	21
A. Les problèmes soulevés par l'extension du dispositif initial au domaine de l'emploi	21
1. En ce qui concerne les discriminations fondées sur l'état de santé	21
2. En ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap	22
B. La répression des discriminations à l'embauche et au licenciement	23
1. Les modifications apportées par l'Assemblée nationale	23
2. Les améliorations envisageables en faveur des personnes handicapées	23

	Pages
III. L'exclusion des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture de certains risques	26
A. Les raisons de cette exemption	26
1. Le caractère discriminatoire des opérations d'assurance ..	26
2. L'absence d'alternative simple	27
B. Les problèmes laissés en suspens	28
1. Le problème des tests sérologiques	29
2. Le traitement des questionnaires de santé	33
EXAMEN DES ARTICLES	39
<i>Article premier</i> - Refus discriminatoire de la part d'une autorité publique	39
<i>Art. premier bis</i> - Agissements discriminatoires de la part d'une autorité publique contribuant à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique	41
<i>Art. 2</i> - Refus discriminatoire de la part d'une personne privée	41
<i>Art. 3</i> - Exclusion de certains contrats d'assurance	44
<i>Art. 3 bis</i> - Agissements discriminatoires de la part de personnes privées contribuant à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique	45
<i>Art. 4</i> - Exercice par les associations de défense des handicapés ou des personnes malades des droits reconnus à la partie civile	45
<i>Article additionnel après l'article 4</i> - Exercice par les associations ayant vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté	46
<i>Art. 5</i> - Nullité des licenciements fondés sur l'état de santé	47
AMENDEMENTS ADOPTES PAR VOTRE COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES	49

TRAVAUX DE LA COMMISSION

La commission des Affaires sociales s'est réunie le mercredi 25 avril 1990 sous la présidence de M. Jean-Pierre Fourcade, président, pour procéder à l'examen pour avis du projet de loi n° 245 (1989-1990), adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, relatif à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

M. Guy Penne, rapporteur pour avis, a tout d'abord rappelé que le projet définit de nouvelles infractions en faveur des personnes malades ou handicapées victimes de discriminations de la part de personnes publiques ou privées et ouvre aux associations la possibilité d'ester en justice à condition qu'elles aient reçu l'accord de celles-ci.

Quant à l'élargissement du dispositif aux discriminations à l'embauche et au licenciement voté par l'Assemblée nationale, il a indiqué que cette modification prenait toutefois en compte les cas d'inaptitude médicale au sens du code du travail et maintenait la jurisprudence relative aux licenciements pour cause "réelle et sérieuse".

Enfin, il a justifié l'exclusion du champ d'application de la loi des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture de certains risques en précisant que les garanties prévues par les contrats d'assurance sont souvent liées à des critères de santé. Pour autant, la situation actuelle ne peut être considérée comme satisfaisante, notamment en raison de l'exclusion de fait des séropositifs par assimilation de ces derniers aux malades du SIDA, et des conditions dans lesquelles les questionnaires de santé, par ailleurs de plus en plus détaillés, sont traités au sein des établissements bancaires ou d'assurance.

Au cours de la discussion générale, M. Pierre Louvot a demandé que soient prises en compte dans le texte les discriminations dont sont victimes les personnes en état de grande pauvreté en donnant aux associations qui luttent pour leur insertion sociale ou culturelle la possibilité de se porter partie civile contre les auteurs de tels agissements.

Mme Hélène Missoffe a demandé au rapporteur pour avis si le fait que ce texte ne visait pas explicitement les problèmes liés au SIDA n'entraînait pas une sous-estimation des dangers

présentés par cette maladie au plan de la santé publique, compte tenu de son caractère transmissible et encore incurable.

M. François Delga a indiqué qu'il s'agit d'une maladie dont les modes de transmission sont connus et que la contamination peut être évitée en prenant certaines précautions.

Mme Marie-Claude Beaudeau a interrogé le rapporteur pour avis sur la nécessité d'apporter des solutions rapides à la situation actuelle des séropositifs vis-à-vis des assureurs.

M. Guy Penne a répondu à **M. Pierre Louvot** que le problème préoccupant de l'exclusion sociale des plus démunis a été abordé dans son rapport et à **Mme Hélène Missoffe** que ce texte s'inscrit dans le cadre du plan gouvernemental de lutte contre le SIDA qui comporte également des mesures de prévention et d'information sur cette maladie. Il a ajouté que ce problème serait examiné dans son rapport.

Enfin, il a évoqué l'existence d'un groupe de travail constitué par le Gouvernement pour réfléchir notamment sur les problèmes d'assurance des séropositifs, qui doit remettre ses conclusions avant la fin de l'année, et a suggéré l'application d'une mesure de solidarité en leur faveur s'inspirant du dispositif créé pour les hémophiles contaminés par le "VIH".

A l'issue de ce débat, la commission a procédé à l'examen des articles.

Elle a émis un avis favorable à l'adoption de l'article premier.

Sur l'article 2, elle a adopté un amendement proposé par **M. Guy Penne**, étendant les droits des personnes handicapées à l'embauche et au licenciement, au même titre que les personnes malades, sauf inaptitude constatée par la médecine du travail et sans préjudice des dispositions du code du travail relatives à l'obligation d'emploi des handicapés.

En conséquence, elle a adopté un amendement tendant à supprimer les deux derniers alinéas de cet article qui visaient le licenciement des personnes handicapées.

Elle a émis un avis favorable à l'adoption de l'article 3.

Sur l'article 4, la commission a adopté un amendement de son rapporteur ouvrant la faculté de se porter partie civile aux associations dans les cas de discrimination à l'embauche ou au licenciement visés par l'article 2 du projet de loi.

La commission a également adopté un amendement proposé par MM. Pierre Louvot et Bernard Seillier donnant aux associations ayant vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté, la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions prévues par les articles L 187-1 et 416 du code pénal.

La commission a émis un avis favorable à l'article 5 sous réserve d'un amendement visant à harmoniser les articles 2 et 5 du projet en matière de licenciement des personnes handicapées et permettant à ces dernières de bénéficier des dispositions de l'article L 122-45 du code du travail

La commission a émis un avis favorable à l'adoption du projet de loi sous réserve des amendements qu'elle soumet au Sénat.

Mesdames, Messieurs,

Le présent projet de loi tend à améliorer la protection juridique des personnes qui sont victimes de discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

Il vise aussi à lutter contre les risques d'exclusion sociale qui se développent à l'égard des personnes malades ou handicapées et à offrir à ces dernières la possibilité de contester devant les tribunaux certaines décisions injustifiables, notamment d'un point de vue médical.

A cet égard, le Sida (syndrome d'immuno-déficience acquise) qui ne fait pas l'objet de dispositions particulières dans ce texte, a joué un rôle de révélateur des manifestations de rejet que suscite la maladie ou le handicap, faits longtemps occultés par les progrès thérapeutiques et surtout la fin des grandes épidémies dans les sociétés occidentales.

Initialement, ce projet ne comportait donc que des dispositions à caractère pénal. En élargissant ce dispositif au domaine de l'emploi, l'Assemblée nationale a pris en compte la dimension sociale du problème, et notamment la difficile question de l'insertion professionnelle des personnes malades ou handicapées.

Ce texte s'inspire des recommandations adoptées par des instances internationales comme l'Organisation Mondiale de la Santé, le Conseil de l'Europe ou la Communauté Economique

Européenne, en matière de lutte contre les discriminations visant les personnes contaminées par le VIH (Virus d'Immuno-déficience Humaine).

Il est frappant de constater que les réflexions de ces organismes se cristallisent autour de quelques thèmes (l'emploi, le logement, l'éducation, les assurances, la libre circulation) et que les solutions proposées reposent d'une part sur l'information des parties prenantes et, d'autre part, sur la recherche d'une conciliation entre le principe de liberté (liberté économique notamment) et celui de non-discrimination (égalité des droits).

Ce projet est également cohérent avec la politique menée depuis plusieurs années en faveur de l'insertion des personnes handicapées, avec "le plan de lutte contre Sida" présenté par M. Evin en novembre 1988 et avec le programme de défense des droits des malades annoncé le 12 avril 1989.

Tel qu'il a été amendé par l'Assemblée nationale, ce texte comporte trois aspects essentiels qui seront abordés successivement :

1°) le renforcement des droits des personnes victimes de discriminations fondées sur leur état de santé ou leur handicap ;

2°) l'élargissement du dispositif répressif aux cas de discriminations à l'embauche et au licenciement ;

3°) l'exclusion du champ d'application de loi des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture de certains risques.

}}

I. LE RENFORCEMENT DES DROITS DES PERSONNES VICTIMES DE DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LEUR ETAT DE SANTE OU LEUR HANDICAP

Comme le note Danièle Lochak, "la discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire et interdite puisqu'illégitime."

Au terme de ses "*Réflexions sur la notion de discriminations*" (1) elle conclut à juste titre : "la discrimination, au sens fort, c'est l'exclusion : l'exclusion de certaines personnes en tant qu'elles appartiennent à un groupe défini par des caractéristiques intrinsèques, "naturelles" sur lesquelles les intéressés n'ont pas de prise, telles que la race ou le sexe. Cette forme de discrimination, la plus grave parce que contredisant les préalables éthiques auxquels adhèrent nos sociétés démocratiques est aujourd'hui mise hors la loi dans la plupart des pays, qui s'efforcent de la bannir des pratiques sociales.

En définissant de nouvelles infractions en faveur des personnes malades ou handicapées, qui, précisément, n'ont pas choisi leur état et doivent faire face à de grandes difficultés dans leur vie quotidienne, ce texte cherche à modifier certains comportements et aller au-delà d'une simple proclamation de droits (2).

A cet égard, il complète et élargit les dispositions de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 (DMOS). L'article 65 de cette loi dispose que le refus de biens et de services opposé à une personne en raison de son handicap, constitue une infraction tombant sous le coup de l'article 416 (1° et 2°) du code pénal. L'article 66 permet déjà aux associations de défense des handicapés d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions sus-mentionnées (article 2-8 du code de procédure pénale).

(1) "Réflexions sur la notion de discrimination" Droit social n° 11 - novembre 1987

(2) La loi d'orientation du 30 juin 1975 constitue une véritable charte des droits des handicapés. Le gouvernement actuel s'est également engagé à déposer prochainement un projet de loi sur les droits généraux des malades (Conseil des ministres du 12 avril 1989).

A. UNE PROTECTION PLUS LARGE

Le présent projet élargit le champ d'application des dispositions actuelles des articles 187-1, 187-2, 416, 416-1 du code pénal et de l'article 2-8 du code de procédure pénale.

1. Les personnes susceptibles d'être poursuivies pour agissements discriminatoires

Les faits qui peuvent donner lieu à poursuites judiciaires sont aussi bien ceux ayant comme auteur **une personne publique que privée.**

En effet, l'article premier du projet vise, au travers de la modification de l'article 187-1 du code pénal **les dépositaires de l'autorité publique, c'est-à-dire les fonctionnaires "d'autorité"⁽¹⁾ et les citoyens chargés d'un ministère de service public autrement dit les personnes, même non fonctionnaires, investies de prérogatives de puissance publique.**

L'article 2 incrimine par le biais de l'élargissement des dispositions de l'article 416 du code pénal, **les personnes fournissant ou offrant de fournir des biens ou des services ainsi que celles qui sont amenées par leur profession ou leurs fonctions à employer des gens.**

Sont ainsi concernés par le dispositif les professionnels comme les particuliers et en général ceux susceptibles de "contracter". La jurisprudence a adopté une conception extensive des notions de "bien ou service". La Cour d'appel de Paris a admis, par exemple dans ce cadre, le refus de location opposé par un gérant d'immeubles ⁽²⁾.

(1) par opposition aux fonctionnaires dits de gestion.

(2) Paris, 21 novembre 1974

2. Les victimes protégées

Les personnes protégées sont à la fois les personnes physiques et les personnes morales. L'Assemblée nationale a saisi l'occasion de l'examen de ce texte pour harmoniser les différents articles du code pénal relatif aux discriminations dont peuvent être l'objet des personnes morales ou leurs membres (alinéa 2 de l'article 187-1, 2° de l'article 187-2, 2° de l'article 416-1). Elle a substitué notamment l'expression "personne morale" aux termes "association ou société" qui écartaient les syndicats du bénéfice de ces dispositions.

d :

Les notions d'handicap et d'état de santé suscitent certaines difficultés d'interprétation.

Pour le handicap, il n'existe pas de définition légale précise (la loi de 1975 est muette à ce propos). Ce sont des commissions spécialisées installées dans chaque département qui sont seules compétentes pour apprécier la gravité du handicap dont sont atteintes les personnes qui leur sont présentées.

On considère traditionnellement que les personnes qui sont atteintes d'un handicap sont celles dont les possibilités d'agir sont durablement inférieures à celle de la population dite normale en raison de déficiences sensorielles, motrices ou intellectuelles.

Mais certains auteurs admettent également (1) :

- les victimes d'affections chroniques congénitales à manifestations épisodiques (ex. : épilepsie) ou, au contraire, caractérisées par une survenue insidieuse et une évolution à long terme (problèmes cardio-vasculaires, rénaux, articulaires ...); à ce niveau, la différence entre handicap et maladie s'efface ;

(1) voir "L'insertion des personnes handicapées" Aimé LABREGÈRE. Notes et études documentaires n° 4897 - 1969.

- les malades mentaux ;
- les personnes âgées invalides.

Il faut également faire mention des tentatives de dénombrement à partir de la classification internationale des handicaps produite par l'OMS elle-même fondée sur trois concepts dégagés par P.H. Wood :

- la déficience : toute perte ou dérèglement d'une structure ou d'une fonction physiologique, psychologique ou anatomique ...

- l'incapacité : toute diminution ou perte (résultant du déficit) de l'aptitude à s'acquitter d'une activité dans les conditions ou selon l'étendue jugées normales pour un être humain.

- le désavantage : handicap dont souffre un sujet par suite d'un déficit qui l'empêche de s'acquitter totalement ou partiellement d'une fonction par ailleurs normale (compte tenu de l'âge, du sexe et de différents facteurs culturels) dans son cas.

Comme l'explique Aimé Labregère, "l'importance que prennent, au niveau des désavantages, les facteurs environnementaux, finalement liés à une culture et à une société ... fait que l'ambition initiale de créer un outil international paraît de plus en plus illusoire. Après la phase des révisions, on entre dans celle où chaque pays se résout à produire sa propre classification."

Ainsi, le ministère français de la Solidarité a produit une version nationale de cette classification (arrêté du 4 mars 1988) pour servir de cadre à l'ensemble des enquêtes statistiques menées par le ministère de la Santé. Mais l'arrêté du 4 mai 1988 précise qu'il appartient "à chaque utilisateur de déterminer, en fonction des objectifs de l'étude, les règles d'application de la nomenclature".

Les conséquences de cette situation sont notamment :

- l'importance numérique potentielle des catégories visées par le projet de loi

Le nombre de 5 000 000 personnes handicapées est celui avancé le plus souvent en France. Il représente environ 10 % de la

population et correspond à ce qui est tenu pour une approximation raisonnable par les synthèses établies pour le compte des autorités européennes. Ce nombre est de l'ordre de grandeur de celui auquel on aboutit en faisant le total des bénéficiaires que donne le tableau des aides aux adultes, des enfants recevant une éducation spéciale et des personnes âgées devenues invalides, et en le corrigeant compte tenu d'hypothèses sur les doubles comptes et les non décomptés (1).

- une propension à inclure dans la catégorie des personnes handicapées non seulement les personnes malades mais aussi les personnes "désavantagées" socialement, culturellement ou économiquement.

L'examen de ce texte conduit naturellement à évoquer la situation de ces derniers.

D'ailleurs les débats à l'Assemblée nationale ont amené certains intervenants à aborder les problèmes "des plus démunis et des exclus sociaux" (Mme Denise Cacheux), ceux des "personnes dépendantes" (M. Jacques Toubon), ou encore des discriminations liées à l'âge (Mme Muguette Jacquaint).

Certes ces problèmes nécessitent des solutions de nature différente (les fameuses discriminations "positives") et appellent des mesures impliquant parfois de véritables choix de société. Mais les associations qui luttent pour leur insertion doivent pouvoir bénéficier des mêmes droits que ceux accordés aux associations de défense des personnes handicapées.

En ce qui concerne la maladie, il n'existe pas de définition partagée par tous (2). Un dénombrement est également difficile compte tenu du caractère évolutif de cet état.

Si on prend le cas des séropositifs par exemple, on peut relever une certaine ambiguïté.

(1) Eléments cités par Aimé LABREGÈRE.

(2) Colloque CNATS/INSERM, Paris, 7-8 décembre 1988 "Chercher pour agir"

De nombreux textes réglementaires ou administratifs ont visé et défini la séropositivité. La circulaire relative à l'emploi dans la fonction publique des personnes atteintes par le virus de l'immuno-déficience humaine, du 6 juillet 1989, par exemple, précise que : "l'individu pour lequel il a été pratiqué un test de dépistage attestant la présence d'anticorps dirigés contre le VIH est réputé séropositif : ne manifestant pas de signe évident de maladie, il est porteur sain ou asymptomatique".

On ne peut donc assimiler totalement le séropositif au malade, d'autant plus que, d'un point de vue médical, certaines études tendent à montrer que la période de latence peut durer plusieurs mois (1), c'est à dire que la séropositivité peut apparaître quelques mois après la contamination par le virus du Sida.

Or, le fait que ce texte s'applique à l'évidence aux personnes séropositives (cf. les déclarations du Gouvernement) conduit -même s'il s'agit pour l'essentiel de les protéger- à une identification des personnes séropositives avec les personnes malades.

Ce choix d'un texte "globalisant" n'est donc pas sans conséquence, notamment vis-à-vis des questions d'assurance. Si les séropositifs dont le nombre en France est évalué entre 150.000 et 200.000 bénéficient de l'avantage d'être classés parmi "les malades" (protection) ils en subissent également les inconvénients.

3. L'intervention des associations

Le présent projet de loi offre aux associations de défense des personnes handicapées ou malades la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions visées aux articles 187-1 et aux 1° et 2° de l'article 416 du code pénal.

(1) Cf Le Monde du 16 septembre 1989 (Jean-Yves NAU)

Elles doivent seulement satisfaire aux conditions suivantes :

- être régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits (clause habituelle pour les associations luttant contre les discriminations qui permet de sélectionner les plus expérimentées) ;

- avoir, selon leurs statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes malades ou handicapées ;

- avoir reçu l'accord de la victime, compte tenu des incidences sur la vie privée de cette dernière.

Cette intervention des associations est une garantie supplémentaire pour les victimes de discriminations car il s'agit souvent d'organismes dotés de services juridiques non négligeables et bien implantés sur le plan local. A cet égard, les conditions visées ci-dessus ne paraissent pas trop restrictives.

B. UNE PORTEE DIFFICILE A EVALUER

L'application de ces dispositions protectrices soulève diverses questions dont :

1. La nécessité de concilier la défense des droits individuels et la protection des intérêts collectifs.

Certains peuvent se demander si l'absence de dispositions spécifiques au Sida n'entraîne pas une certaine sous-estimation des dangers présentés par cette maladie au plan de la santé publique compte tenu de son caractère transmissible et encore incurable. Il s'agit d'un problème à prendre en considération.

Toutefois, il faut admettre qu'il s'agit d'une maladie dont les modes de transmission sont connus (par le sexe, le sang ou par

l'intermédiaire de la mère pour les enfants) et dont la contamination peut être évitée en prenant certaines précautions.

D'autre part, les organismes internationaux ont bien souligné le lien existant entre la lutte contre les discriminations et les objectifs de santé publique.

- L'organisation mondiale de la Santé (OMS) qui coordonne le programme mondial de lutte contre le Sida (1) a fait adopter le 13 mai 1988 par son Assemblée générale une résolution recommandant aux Etats d'éviter toute action discriminatoire à l'égard des personnes infectées par le virus HIV et les malades du Sida, en ce qui concerne les fournitures de service, l'emploi et les voyages.

Les responsables de cet organisme soulignent explicitement que les discriminations à l'encontre des malades du Sida, loin de protéger la santé publique, risquent de compromettre les programmes d'éradication en incitant les personnes infectées à dissimuler leur état.

Ainsi, M. Jonathan Mann, directeur du programme de lutte contre le Sida jusqu'à sa démission le 16 mars 1990, affirmait fin 1987 (2) que "le meilleur moyen de sauvegarder la santé publique consiste à maintenir l'intégration dans la société de personnes infectées par le virus et à les aider à assumer leurs responsabilités pour protéger les autres contre l'infection".

- Le Conseil de l'Europe s'est également saisi de cette question en abordant plus particulièrement les problèmes éthiques découlant de la nécessité d'assurer un équilibre entre les droits et les devoirs de l'individu et ceux de la collectivité dans la lutte contre l'infection.

(1) Ce programme, créé le 1er février 1987, comporte trois objectifs : améliorer la prévention pour limiter les nouvelles infections, soutenir et soigner ceux qui sont déjà infectés, et coordonner les efforts locaux et internationaux de lutte contre le Sida.

(2) AFP 1er décembre 1987.

Le comité des ministres du Conseil de l'Europe a ainsi présenté dans sa recommandation n° R (1989) 14 du 24 octobre 1989, sur le plan social, ses propositions en matière d'emploi, d'éducation, de logement et d'assurance qui mettent l'accent sur l'irrationalité des politiques qui seraient fondées sur l'exclusion.

De son côté, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé expressément le 29 septembre 1989 l'extension de la clause de non-discrimination de l'article 14 de la déclaration européenne des droits de l'homme aux distinctions fondées sur l'état de santé ou bien l'élaboration d'une clause générale d'égalité de traitement devant la loi.

Le comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa réponse à cette recommandation du 7 février 1990 a fait part de l'examen par le comité directeur pour les droits de l'homme (DDH) de cette question dans le cadre d'une étude intitulée "Développement du concept de non-discrimination et égalité effective - discrimination et maladie" et de la prochaine organisation du 7ème colloque sur la convention européenne des droits de l'Homme qui aura notamment pour thème : "égalité et non-discrimination : discrimination en raison de la maladie, en particulier contre les personnes atteintes du Sida".

Au niveau de la communauté économique européenne, le Parlement européen (le 26 mai 1989) et le Conseil des ministres (le 22 décembre 1989) ont appelé les Etats membres à lutter contre les discriminations suscitées par l'épidémie du Sida qui empêchent par leurs effets d'exclusion et de stigmatisation, une politique efficace de prévention (1).

En tout état de cause, les mesures contre l'exclusion doivent s'accompagner d'une politique d'information et de prévention qu'il appartient au Gouvernement de mettre en oeuvre avec diligence.

(1) Journal officiel des communautés européennes n° C 10/3 du 16.01.1990

2. Les limites des mesures "anti-discriminations"

Ce type de mesures protectrices soulève généralement divers problèmes d'application :

- la preuve du comportement discriminatoire est difficile à établir, ce qui explique la rareté de la jurisprudence sur des cas de discriminations fondées sur le sexe, la situation de famille ou les opinions...

- la méconnaissance par certains citoyens de leurs droits, souvent parmi les plus démunis, est également un obstacle à leur application ;

- une autorité publique ou une personne privée peut toujours invoquer un "motif légitime" pour s'affranchir de l'obligation législative de non-discrimination.

La jurisprudence considère notamment qu'une autorité publique peut toujours invoquer, lorsque le domaine le justifie, soit le pouvoir discrétionnaire de l'administration, soit l'existence de dispositions légales ou réglementaires instituant des conditions spécifiques (aptitude physique exigée pour l'exercice d'une fonction, par exemple).

II - L'ÉLARGISSEMENT DU DISPOSITIF AUX DISCRIMINATIONS A L'EMBAUCHE ET AU LICENCIEMENT

Dans sa rédaction initiale, le projet de loi ne modifiait pas le troisième paragraphe de l'article 416 du code pénal réprimant les discriminations à l'embauche et lors du licenciement.

A. LES PROBLEMES SOULEVES PAR L'EXTENSION DU DISPOSITIF INITIAL AU DOMAINE DE L'EMPLOI

Il n'était pas possible de compléter la liste figurant à l'article L. 416-3° par les mots "de son état de santé" sans autre précision.

En effet, tout salarié doit faire l'objet d'une visite médicale au moment de l'embauche, ainsi que de visites médicales en cours d'emploi. Celles-ci sont effectuées obligatoirement par des médecins du travail.

Mais si le médecin du travail conclut à l'inaptitude du candidat ou du salarié, on ne peut à l'évidence sanctionner pénalement l'employeur qui, sur la base de cet avis, refuse le recrutement ou met fin au contrat de travail.

Surtout, l'extension soulevait deux séries de difficultés :

1. En ce qui concerne les discriminations fondées sur l'état de santé

En premier lieu, elle impliquait certaines modifications du code du travail non visé par le texte pénal.

En second lieu, elle risquait de conduire le juge à s'appuyer davantage sur l'avis du médecin du travail, lequel peut devenir ainsi un instrument de sélection, alors que la médecine du travail est normalement destinée à protéger le salarié.

En cas de contre-expertise demandée par le juge, on pouvait craindre le recours à des experts non spécialisés et la création d'une procédure de recours juridictionnel longue et coûteuse.

Enfin, jusqu'à présent le Gouvernement a adopté une démarche consensuelle : un groupe de travail présidé par Mme Grévisse, a été constitué sur le thème "SIDA et travail", au sein du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels. Il associe les partenaires sociaux, les pouvoirs publics et les experts scientifiques.

Celui-ci est arrivé aux conclusions que le droit existant -Code du travail et jurisprudence- permet de répondre à toutes les questions posées en matière de relations du travail par l'infection par le VIH et qu'il n'y a pas lieu de les traiter différemment d'autres affections.

2. En ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap

La loi du 10 juillet 1987 a créé une obligation d'emploi en faveur des personnes handicapées. Les employeurs publics ou privés doivent employer 6 % de travailleurs handicapés à l'horizon 1991 (3 % pour 1988, 5 % pour 1990, 6 % pour 1991).

Toutefois, pour s'en acquitter les entreprises ont le choix entre l'embauche directe, la conclusion de contrats de sous-traitance avec le secteur protégé, la conclusion d'accords collectifs prévoyant un programme en faveur des travailleurs handicapés ou le versement d'une contribution au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés.

L'intégration professionnelle des personnes handicapées repose donc sur une politique contractuelle et non répressive.

*

Toutefois, la situation actuelle des personnes handicapées ou malades vis-à-vis de l'emploi ne peut être jugée satisfaisante :

- Les personnes handicapées constituent une des catégories qui a le plus de difficultés à s'insérer dans la vie professionnelle (dans les secteurs privé et public, les handicapés représentent entre 3 et 4 % des effectifs employés). Or, leur intégration professionnelle conditionne leur insertion sociale.

- Les personnes malades, et notamment celles qui ont été contaminées par le VIH sont menacées par certaines formes de discriminations (exigence de tests) alors que leurs potentialités intellectuelles voire physiques sont souvent intactes.

B. LA REPRESSION DES DISCRIMINATIONS A L'EMBAUCHE ET AU LICENCIEMENT

Des modifications ont donc été introduites à l'initiative de l'Assemblée nationale. Certaines améliorations sont également envisageables en faveur des personnes handicapées.

1. Les modifications apportées par l'Assemblée nationale

L'Assemblée nationale a adopté des modifications substantielles :

- elle a étendu le champ des infractions visées à l'article 416-3° aux cas de discriminations motivées par l'état de santé.

Celles-ci visent l'embauche comme le licenciement de personnes malades mais non les personnes handicapées en

raison de l'obligation légale d'emploi qui constitue une "discrimination positive".

- elle a retenu comme clause exonératoire la proposition du Gouvernement de substituer au "motif légitime" la formule "inaptitude médicale constatée dans le cadre du titre IV du Livre II du code du travail" (règles relatives à la médecine du travail).

- un amendement a complété l'article 416-3° du code pénal pour réprimer les licenciements motivés par le handicap, sauf "inaptitude médicale constatée dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail".

- enfin, un article 5 (nouveau) a été introduit pour réprimer les cas où un salarié aurait été sanctionné ou licencié en raison de son état de santé (article L. 122-45). Là encore une clause d'exemption en cas d'inaptitude médicale constatée a été ajoutée.

Sa violation entraîne en effet la nullité de plein droit de la décision de licencier et donne une possibilité de réintégration au salarié et non pas seulement des dommages et intérêts pour licenciement sans motif réel et sérieux.

2. Les améliorations possibles en faveur des personnes handicapées

Elles sont de trois ordres :

- En matière d'embauche, les personnes handicapées rencontrent des réticences psychologiques injustifiées de la part de certains employeurs voire de leurs personnels. Les cas de refus d'embauche qui ne sont pas fondés sur une inaptitude constatée par la médecine du travail (c'est-à-dire vis-à-vis du poste proposé) ou sur d'autres motifs légitimes devraient être susceptibles de recours de la part des personnes visées.

L'insertion professionnelle est en effet l'une des meilleures chances d'insertion sociale des personnes atteintes de handicaps. Les évolutions sont encore trop lentes dans ce domaine.

- En matière de licenciement, ces personnes doivent pouvoir bénéficier des mêmes dispositions que celles prévues à l'article 5 (additionnel), c'est-à-dire lors d'un licenciement discriminatoire, obtenir que cette décision soit déclarée nulle de plein droit.

En effet, rien ne justifie cette différence de régimes compte tenu, notamment, de l'intervention du médecin du travail dans le contrôle de l'aptitude.

- Enfin, en cas d'infractions, les associations de défense doivent pouvoir se porter partie civile. Cette possibilité existe déjà à l'article L. 323-8-7 du code du travail pour les cas d'inobservation des prescriptions touchant l'obligation légale d'emploi.

Ces innovations sont importantes puisqu'elles sont assorties de sanctions pénales, mais sont tempérées par la jurisprudence, notamment en matière de licenciement justifié pour une cause "réelle et sérieuse" et par la référence à l'inaptitude constatée par la médecine du travail.

III. L'EXCLUSION DES OPERATIONS AYANT POUR OBJET LA PREVENTION ET LA COUVERTURE DE CERTAINS RISQUES

A. LES RAISONS DE CETTE EXEMPTION

Certaines opérations s'insèrent en effet difficilement dans un cadre législatif tendant à sanctionner les discriminations fondées sur l'état de santé.

1. Le caractère discriminatoire des opérations d'assurance

L'assurance est une fonction économique dont la finalité est de permettre l'indemnisation des dommages survenus aux biens et aux personnes grâce à la prise en charge d'un ensemble de risques et à leur compensation moyennant le paiement d'une prime ou cotisation par l'assuré à l'assureur.

Elle se traduit par la conclusion d'un contrat qui répond à des préoccupations de nature économique. L'intérêt de l'assureur est d'éviter de se trouver avec une forte concentration dans son portefeuille de personnes présentant un facteur de risques élevé. La sélection des clients au moment de la signature du contrat est donc un élément fondamental. Par essence, la démarche de l'assureur est donc nécessairement discriminatoire.

De plus la probabilité pour l'assureur d'avoir à verser les sommes convenues dans le contrat dépend dans une large mesure de l'état de santé du proposant. Cet élément est donc un des critères majeurs de sélection ou du moins d'appréciation du risque à couvrir.

Cet argument admis par l'Assemblée nationale a d'ailleurs conduit cette dernière à réintégrer les contrats couvrant le

risque chômage dans le droit commun au motif que l'aléa repose en l'espèce sur d'autres éléments que l'intégrité physique ou mentale

Seuls sont visés par le projet de loi les contrats relatifs à la prévention et à la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité.

La solution, qui aurait consisté à supprimer la dérogation introduite à l'article 3 soulevait par ailleurs des problèmes sérieux.

2. L'absence d'alternative simple

S'il s'écarte de cette logique économique partagée par ses concurrents, l'assureur risque tout simplement de faire faillite. Le problème de la concurrence peut d'ailleurs se trouver accru par les perspectives d'intégration européenne à l'échéance de 1993.

Sans envisager l'hypothèse extrême de la faillite, la situation de l'assureur l'amènerait d'une manière ou d'une autre à faire prendre en charge par les autres adhérents les frais supplémentaires engagés. Les assureurs estiment avoir le devoir vis-à-vis de la communauté de leurs assurés, d'évaluer les risques qu'ils supportent tous ensemble.

Enfin, l'existence dans le droit commun (article 416, 2°) d'une clause d'exemption pour "motif légitime" conduirait sans doute dans la pratique, si les contrats d'assurance étaient réintégrés dans celui-ci, à une multiplication préventive des examens et analyses afin de déterminer une cause médicale légitime de rejet de la demande. Toutefois, en l'espèce, le problème serait soumis à l'appréciation du juge. Pour les assureurs, c'est prendre peut-être le risque d'être jugé pour des motifs autres qu'économiques ou financiers.

La solution retenue a donc sa logique et ne présente pas d'alternative simple.

Pour autant, la situation actuelle ne peut être jugée satisfaisante et doit conduire les pouvoirs publics à proposer à terme de nouvelles lignes de conduite.

B. LES PROBLEMES LAISSES EN SUSPENS

Le phénomène du Sida a servi de révélateur de la tendance qu'ont les assureurs à s'entourer de précautions qui peuvent parfois paraître disproportionnées et attentatoires au secret médical.

Ce phénomène se constate surtout pour les assurances-vie et de façon plus marginale pour les assurances portant sur des prestations en espèces, complémentaires des indemnités maladie, maternité, invalidité de la sécurité sociale.

Si l'on prend le cas du Sida, concrètement, l'assureur se trouve confronté à trois catégories : les malades du Sida, les séropositifs et enfin tous les clients de l'assurance.

En ce qui concerne les malades du Sida, le caractère incurable à ce jour de l'affection et l'espérance de vie très limitée que l'on constate encore, conduisent les assureurs dans la pratique à refuser de contracter en raison de l'absence d'aléa.

Cette attitude n'a rien de spécifique à cette maladie puisque aujourd'hui à moins de trois ans du dépistage et du traitement d'une affection cancéreuse, l'acceptation d'anciens malades par les compagnies d'assurance demeure exceptionnelle. Ce n'est qu'à partir de la quatrième année pour certains cancers (Hodgkin, cancer du sein, du testicule, du côlon et du rectum par exemple) que les compagnies commencent à accepter d'assurer les anciens malades.

1. Le problème des tests sérologiques

En ce qui concerne les séropositifs on constate que les assureurs assimilent pratiquement cette catégorie avec celle des malades en arguant du caractère quasi-inéluctable du passage d'un état à l'autre.

Pour certains contrats, essentiellement ceux dits de Grande Branche (assurance-vie), un test de sérologie est exigé lors de la signature pour les montants officiels de garantie supérieurs à 1 million de francs (en réalité de plus en plus souvent autour de 500 000 F).

L'exigence de ces tests sérologiques et les refus d'assurance qu'ils entraînent s'ils sont positifs amènent plusieurs réserves, exposées notamment dans un rapport du Conseil national du Sida.

- Du point de vue économique, l'équilibre financier des sociétés d'assurance ne serait pas menacé à moyen terme.

Selon les connaissances actuelles on peut penser que d'ici à 1995 environ la moitié des cas estimés de séropositivité, soit 75 000 à 100 000 personnes, commenceront à avoir des problèmes de santé. Le Conseil National du Sida interroge : les demandeurs d'un contrat de garantie de plus de 1 million de francs seront-ils si nombreux ? Les risques de fraude délibérée -qui prend surtout la forme de la souscription multiple et donc détectable- seront-ils si élevés ?

En conséquence, on peut se demander si une mutualisation des risques à l'ensemble des assurés (ce qui entraînerait peut-être une certaine augmentation des primes) n'est pas envisageable.

- Du point de vue médical, l'exigence du test entre en contradiction avec la politique des pouvoirs publics qui en fait un outil de prévention et de responsabilisation personnelle et non de contrôle ou de ségrégation.

Il convient de rappeler qu'en France le dépistage n'est obligatoire qu'en vue du don du sang, d'organe, de tissu ou de cellule. A ces exceptions près, le dépistage implique une démarche volontaire ou librement consentie et ne peut être réalisé à l'insu des personnes.

D'autre part, selon les informations communiquées par la Direction générale de la santé, on estime actuellement, qu'en l'absence de traitement, seuls environ 50 % des sujets contaminés développent un SIDA dans les 10 ans qui suivent leur séroconversion. De plus, l'apparition de traitements anti-viraux et de traitements préventifs de certaines infections opportunistes, depuis 1987, provoquent un allongement de cette période. Certes, il convient de noter que le bénéfice à long terme de ces traitements est encore inconnu mais ces éléments indiquent une évolution qui devrait être prise en compte par la profession.

Autrement dit l'équation "séropositif = malade" sera de plus en plus douteuse.

Enfin une sérologie négative n'exclut pas une séroconversion ultérieure du proposant compte tenu notamment de la durée d'incubation et des possibilités de contagion ultérieures. Le test en l'espèce apparaît comme inutile.

- D'un point de vue social enfin, cette mise à l'écart des séropositifs peut avoir des conséquences dramatiques parce que la souscription d'une assurance-vie conditionne souvent l'obtention d'un prêt bancaire. Cet élément prend un caractère déterminant pour les personnes, le plus souvent jeunes (30-45 ans), qui veulent acheter un véhicule, un logement ou s'installer professionnellement.

En dépit de son aspect collectif au regard des circonstances de la souscription, ce contrat renvoie d'une certaine manière aux contrats individuels dits de Grande Branche, et peuvent donc obéir aux méthodes de sélection préconisées pour cette dernière.

Ceci entraîne une véritable situation d'exclusion sur laquelle il conviendrait de réfléchir. Si légitimement les assureurs ne sont pas forcément tenus de prendre en compte ce type de préoccupations sociales, les pouvoirs publics doivent eux s'en préoccuper.

Faut-il alors interdire aux sociétés d'assurance de subordonner la conclusion d'un contrat au résultat d'un test de sérologie VIH du proposant comme le demande le Conseil National du Sida (1) ?

- Au niveau international, les recommandations relatives au problème de l'assurance vont toutes dans le sens d'un compromis.

Dans sa recommandation n° R 89-14 du 24 octobre 1989, le comité des ministres du conseil de l'Europe demande aux autorités nationales "de coopérer" avec les compagnies d'assurance privées afin d'élaborer un code assurant notamment :

- la non-introduction du dépistage pour les polices d'assurance collectives (donc celles liées aux prêts)

- l'adoption d'une politique claire face à l'infection VIH.

Dans sa résolution du 22 décembre 1989 concernant la lutte contre le SIDA, le conseil des ministres des communautés européennes précise qu'en matière d'assurances privées, "il conviendrait de rechercher des solutions conciliant les intérêts économiques avec le principe de non discrimination".

- Au plan national, c'est également cette voie qui semble être retenue puisque M. Evin, Ministre de la solidarité, de la santé et (1). Le Conseil national du SIDA s'engage à reconsidérer sa position dans deux ans sur ce point puis à la lumière des évolutions épidémiologiques.

de la protection sociale, a confirmé le 17 avril dernier, lors du débat à l'Assemblée nationale, la création d'un groupe de travail composé des représentants des ministères de la solidarité, des finances et de la justice, des assureurs et de l'ordre des médecins dans le but, entre autres, de limiter strictement les cas de demande d'un test de dépistage, en ne faisant pas du SIDA un cas à part des autres maladies.

Cette réflexion devrait être l'occasion pour les professionnels d'arrêter une politique globale et des lignes de conduite générales à tenir devant ce type de proposants.

Aller au-delà (c'est-à-dire l'interdire) suppose une décision de nature politique car cela implique de faire appel à la "solidarité nationale". A cet égard on peut rappeler que dans les conclusions du Rapport sur le Sida du Professeur Claude Got remis au ministre de la solidarité en octobre 1988 a été avancée une proposition sur ce sujet qui consistait : *"à ajouter au système d'assurances privé un système public, intermédiaire entre l'assurance et le fonds de solidarité, permettant la souscription d'assurances d'un montant limité ; il devrait être accessible à toute personne ayant un handicap de santé qui peut provoquer son rejet par le système libéral et qui -par exemple- pour l'exercice de sa profession ou pour se loger- a besoin d'un emprunt obligatoirement associé à une assurance ; dans ces cas et pour éviter soit les primes dissuasives, soit une "subvention" déguisée, il conviendrait que l'objet de l'emprunt soit exclu de la succession et que sa valeur revienne à l'organisme gestionnaire de ce système d'assurances des "risques élevés et difficilement appréciables"*.

L'intérêt de cette démarche est bien entendu d'éviter soit l'exclusion soit les surprimes prohibitives qui pourraient être proposées par les compagnies d'assurance.

On peut d'ailleurs trouver un précédent à cette démarche mixte dans la solution adoptée en faveur des hémophiles (1) et relever l'incitation directe faite par le conseil de l'Europe (Recommandation n° R 89-14) le 24 octobre dernier : "les autorités nationales devraient

(1). Notons toutefois que les versements ne concernent pas que les personnes atteintes du SIDA, les séropositifs sont indemnisés par les fonds privés.

envisager l'étude des possibilités d'assurance pour les individus infectés par le VIH".

2. Le traitement des questionnaires de santé

En ce qui concerne l'ensemble des assurés, face au caractère transmissible de la maladie, les assureurs auraient, selon certaines sources, tendance à avoir recours à des critères d'appréciation sociologiques (style de vie, sexualité) afin de déterminer si le préposant fait partie d'un "groupe à risques".

Même si ces pratiques existent surtout dans d'autres pays (RFA, Suisse, pays anglo-saxons...) ceci doit bien entendu être condamné et conduire à examiner plus généralement le problème des questionnaires.

- En effet, la méthode qui consiste à supputer l'appartenance à un groupe à risques ne peut être retenue ni d'un point scientifique dans la mesure où les études les plus récentes témoignent de la progression des cas d'infection par relations hétérosexuelles ou par transmission mère-enfant (1), ni d'un point de vue éthique.

Plus généralement, dans les questionnaires apparaissent des éléments qui relèvent de la médecine prédictive.

Quelquefois présentée sous une rubrique "perspectives" cette pratique consiste aussi à demander aux proposants de jurer sur l'honneur, par exemple, de ne pas devoir être hospitalisé pour examen ou traitement dans les mois qui viennent, ne pas devoir subir de tests diagnostiques (analyse ou autres examens) etc...

(1). Jean-Yves Nau - Le SIDA de la mère - 29 novembre 1989 "En France si les femmes représentent déjà 13 % des cas de SIDA officiellement déclarés, il y aurait actuellement entre 30 000 et 40 000 femmes séropositives en âge de procréer.

Dans un avenir proche on peut penser, comme le Professeur Chouty (1) que les chercheurs permettront un dépistage précoce des sujets à risques grâce à l'étude d'aberrations chromosomiques et que ceci sera utilisé notamment en matière d'assurance.

Cela pose alors la question des limites à la sélection médicale à des fins commerciales.

- Quant aux questionnaires qui sont à la base de la décision de l'assureur de contracter ou pas, ils soulèvent des problèmes de nature plus générale.

En matière d'assurance-vie, le proposant doit d'abord répondre à un questionnaire général puis selon le montant de la garantie désiré, il doit également remplir un questionnaire médical. A sa lecture le médecin de l'assurance peut exiger des examens complémentaires tels électrocardiogramme, examen sanguin, test de dépistage sérologique...

D'après les résultats, le médecin de compagnie d'assurance indique si le proposant présente un risque aggravé ou non recommandant ainsi l'acceptation du contrat avec ou sans surprime, ou son ajournement. Les informations de nature générale peuvent faire l'objet d'un traitement automatisé à usage interne ou plus large.

Or, bien souvent, le traitement de ces questionnaires est actuellement effectué dans des conditions peu compatibles avec le respect du secret médical.

. Pour permettre une meilleure information des sociétés d'assurance, il a été constitué un fichier général recensant "les risques aggravés" (cas de rejet, d'ajournement ou de surprime) décelés par les assureurs, accessible à toutes les sociétés membres de la réunion des sociétés d'assurance sur la vie, et dont la consultation leur permet :

(1). Le Monde 18 avril 1990.

- de réduire les frais occasionnés par des examens successifs et coûteux

- de déceler les souscripteurs qui, après avoir signé une proposition d'assurance auprès d'un assureur, avec ou sans suite se présentent chez un autre assureur

- d'éviter les fraudes.

Consultée en 1988, la CNIL a attiré l'attention sur le fichage effectué à l'insu des personnes concernées.

Les intéressés qui sont donc très nombreux (1) ignorent qu'en cas de décision de surprime, d'ajournement ou de refus, les données qu'ils ont communiquées lors de leur demande d'adhésion sont susceptibles d'être transmises à d'autres compagnies d'assurance.

Ils ne sont en outre pas informés de leur inscription sur le fichier des risques aggravés et ne peuvent donc pas exercer leur droit légal d'accès (2).

Or ces éléments sont contraires aux dispositions de loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et notamment ses articles 25, 26 et 27 et ont fait l'objet de recommandations précises de la CNIL en 1988, dont certaines commencent juste à être suivies, même si c'est de façon imparfaite (mention du risque d'inscription au fichier des risques aggravés).

Par ailleurs, comme l'un des objectifs est de réduire les frais occasionnés par des examens "successifs et coûteux" (3) on peut se demander si cela ne conduit également à une méconnaissance des dispositions de l'article 2 de la loi (décision sur le seul fondement d'un traitement automatisé) qui a fait l'objet en matière d'assurance de la

(1). 360.000 personnes sont actuellement fichées selon la CNIL

(2). Sur ce point voir notamment la délibération de la CNIL n° 88-104 du 11 octobre 1988 relative au contrôle effectué au siège de la réunion des sociétés d'assurance sur la vie.

(3). Rapport CNIL sur la délibération susmentionnée

norme n° 16 (délibération n° 81-04 du 20 janvier 1981) ("Aucune décision refusant un contrat d'assurance... ne pourra avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations normatives").

D'autre part ce fichier ne recense pas en principe de données médicales. Toutefois, il signale, certes sous forme codée, si la décision prise par la société qui a entré les références du proposant et notamment le refus, l'ajournement ou la surprime, a fait suite à une visite médicale ou non.

En cas de réponse positive, rien n'interdit à la société qui a interrogé le fichier de se rapprocher de celle qui a signalé l'assuré (1) afin de vérifier qu'il s'agit de la même personne et de prendre connaissance d'informations plus précises sur les motifs de son inscription dans le fichier.

L'existence de ce fichier amène donc à s'interroger sur les fichiers propres aux entreprises, informatisés ou non, et constitués en particulier à partir des questionnaires médicaux et des examens complémentaires (2).

Comme on l'a déjà dit, il existe deux types d'informations : générales et médicales.

En matière d'informations générales, en principe seul un petit nombre de personnes peut en être destinataire, essentiellement les personnels chargés de la passation, la gestion, l'exécution des contrats (3). En réalité, l'absence de mention sur l'enveloppe d'arrivée du destinataire précis conduit à une consultation par de nombreux intervenants.

(1). La fiche comporte le code de la société émettrice.

(2). Tous les questionnaires ne font pas l'objet d'un visa de la Direction Générale des Assurances. Ceux qui sont liés à une assurance-vie souscrite dans le cadre d'un prêt bancaire proposée par un établissement financier (contrats de groupe) ne le sont pas par exemple.

(3). cf norme n° 16 sus-mentionnée

En ce qui concerne les informations médicales, elles sont en principe couvertes par les dispositions prévues à l'article 378 du code pénal (secret médical). Elles sont connues du médecin-conseil et dans la limite des dispositions du code de déontologie médicale par les personnes qui l'assistent (article 12), mais c'est au médecin de veiller à ce qu'elles s'y conforment. C'est en dire les limites dans des services importants en nombre.

Mais ces informations sont parfois collectées parallèlement aux informations générales sur des formulaires conjoints et traitées par le service administratif avant d'être transmises au médecin-conseil.

Notons aussi que la notion de secret connaît dans ce domaine une acception de plus en plus large : ainsi peut-on lire sur certaines plaquettes de contrat : "sous l'autorité des médecins conseils de..., les agents du service médical proposent des décisions.... Ces agents sont tenus au secret professionnel et partagent le secret médical avec les médecins".

Ce type d'affirmations comporte en germe des risques évidents de violation du secret médical puisqu'au contraire et par principe, le secret médical est une règle de droit à caractère général et absolu, qui ne se partage pas puisqu'il est institué dans l'intérêt du malade.

Bien qu'étant en principe destiné à un usage interne, le traitement informatisé des questionnaires médicaux (1) qui a tendance à se développer, représente également un danger certain dans la mesure où les modes d'accès finissent, on s'en doute, par être connus par des éléments extérieurs au service médical et que d'autre part, une forte pression s'exerce de la part des services administratifs sur les médecins pour qu'ils motivent explicitement leur décision de refus du proposant (2).

(1). du type Médicis de la Caisse nationale de Prévoyance

(2). Cela peut paraître paradoxal mais en éliminant trop de proposant la société contredit le principe même de l'activité commerciale que demeure l'assurance.

A cet égard, on peut s'inquiéter de déclarations comme celles de M. le Docteur J. Chouty au nom de la SCOR Vie (1) : *"L'ensemble de ces données, soumis à l'appréciation de notre service de tarification, permettrait une appréciation raisonnable des risques. On doit toutefois considérer qu'il s'agit là d'une approche théorique car en pratique les dossiers sont sans suite ou parés du recours à la notion de "secret médical". Ainsi, nos services sont amenés à se prononcer sur des documents tout à fait insuffisants, ce qui impose parfois l'ajournement ou le refus."*

Le problème des questionnaires devra donc être également examiné très méticuleusement par le groupe de travail annoncé par M. Evin, non seulement dans leur contenu mais en ce qui concerne leur confidentialité réelle.

(1).SCOR-Vie est une société commerciale de réassurance Le monde 18.04 90

EXAMEN DES ARTICLES

Article premier

Refus discriminatoire de la part d'une autorité publique

Cet article complète l'énumération des discriminations encourant les sanctions prévues à l'article L 187-1 du code pénal, par celles fondées sur l'état de santé ou le handicap.

Actuellement tombent déjà sous le coup de ces dispositions, les discriminations de caractère raciste (appartenance ou non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée), celles fondées sur le sexe ou la situation de famille, et depuis la loi du 25 juillet 1985, celles liées aux moeurs de la victime.

Cet article vise les refus opposés par "tout dépositaire de l'autorité publique ou tout citoyen chargé d'un ministère de service public". Il s'agit d'une part des fonctionnaires d'"autorité" c'est-à-dire précisément ceux qui ont le pouvoir de refuser le bénéfice d'un droit contrairement aux fonctionnaires de "gestion" occupés à des tâches matérielles d'exécution (1), et d'autre part des personnes "investies dans une mesure quelconque d'une portion de l'autorité publique" (2).

La jurisprudence a admis que cette définition s'appliquait notamment aux agents assermentés de la SNCF, aux experts

(1) Merle et Vitu, traité de droit criminel, droit pénal spécial par A. Vitu 1982

(2) Cass. crim. 11 décembre 1905 : S. 1906, I, 529 note Roux

judiciaires, aux syndics de faillite ou encore aux gardes particuliers assermentés...

Cette seconde catégorie ne doit pas être confondue avec celle des personnes privées chargées d'une mission de service public puisque selon le juge judiciaire "on ne saurait comprendre les personnes qui ne participent pas à *cette* autorité *publique*, bien qu'un intérêt public s'attache à leurs services."

Elle peut également viser des fonctionnaires autres que ceux visés précédemment, en raison de leurs fonctions. Ainsi, il est admis qu'un chef de service, bien que n'étant pas dépositaire de l'autorité publique au sens restrictif où l'entend la jurisprudence, peut avoir une sphère de compétence suffisamment autonome pour pouvoir être considéré comme investi d'une partie de l'autorité publique.

Cet article a fait l'objet de deux modifications introduites par l'Assemblée nationale.

D'une part, celle-ci a remplacé les termes "association ou société" par ceux de "personne morale", ce qui permet d'inclure les syndicats et d'harmoniser la rédaction de l'article L 187-1 avec celle de l'article L 187-2.

D'autre part, par le même amendement elle a introduit dans le second alinéa de l'article L 187-1 qui vise les personnes morales, les discriminations fondées sur les moeurs, également dans un but d'harmonisation.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article premier bis (nouveau)

Agissements discriminatoires de la part d'une autorité publique contribuant à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique

Il s'agit d'un article additionnel introduit par la commission des lois de l'Assemblée nationale.

Il étend aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap les dispositions de l'article L 187-2 du code pénal qui répriment les agissements d'autorités publiques contribuant à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique. Cet article visant tous les autres cas de discriminations il a paru légitime d'y inclure celles fondées sur l'état de santé ou le handicap.

On peut observer toutefois que l'article 32-III de la loi du 7 juin 1977 (législation anti-boycott) précise qu'on ne peut imputer d'infraction à un fonctionnaire qui n'a fait qu'obéir aux directives gouvernementales.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Art. 2

Refus discriminatoire de la part d'une personne privée

Initialement, cet article élargissait le champ des discriminations prohibées par les articles 416 (1° et 2°) aux refus fondés sur l'état de santé.

En effet, la loi n° 89-18 portant diverses mesures d'ordre social, du 13 janvier 1989, dans son article 65 a déjà étendu cette protection aux personnes handicapées.

Le refus par toute personne fournissant (ou offrant de fournir) un bien ou un service à une personne physique ou morale en raison de son handicap tombe donc sous le coup des sanctions pénales de l'article 416.

Toutefois sauf en matière de discrimination raciale, un motif légitime peut être invoqué. Il est laissé à l'appréciation du juge.

L'Assemblée nationale a apporté deux modifications importantes au projet initial :

1° Elle a étendu, à la demande de son rapporteur de la commission des affaires sociales, la protection existant à l'article 416-3° du code pénal qui réprime les discriminations à l'embauche ou au licenciement, à celles fondées sur l'état de santé.

Un sous-amendement limitant les dérogations à ce principe au cas où l'inaptitude médicale serait constatée conformément au titre IV du livre II du code du travail a également été adopté.

2° Un amendement a complété l'article 416 (3°) du code pénal en visant les licenciements motivés par le handicap.

Ces nouvelles dispositions appellent les remarques suivantes :

- l'extension de la protection aux personnes handicapées au moment de leur embauche a paru inopportune en raison de son interférence avec l'obligation légale d'emploi (loi n° 87-517 du 10 juillet 1987).

Or les personnes handicapées constituent justement l'une des catégories de salariés qui a le plus de difficultés à s'insérer dans la

vie professionnelle. Elles ne sont pas protégées contre les discriminations dont elles sont l'objet lors des procédures d'embauche.

Par ailleurs, l'obligation d'emploi des personnes handicapées visée aux articles L. 323-1 et suivants du code du travail présente des limites puisque pour s'en acquitter les entreprises ont le choix entre l'embauche directe, la conclusion de contrats de sous-traitance avec le secteur protégé, la conclusion d'accords collectifs prévoyant un programme en faveur des travailleurs handicapés et le versement d'une contribution au Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés.

Votre commission vous propose d'amender le texte proposé afin d'étendre la protection prévue pour les personnes malades aux personnes handicapées tout en prenant en compte les articles du code du travail visant l'obligation légale d'emploi.

- La protection en matière de licenciement apparaît également pleinement justifiée.

Il convient toutefois d'en relativiser la portée car selon la jurisprudence, l'inaptitude ou la maladie peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison, notamment, de la perturbation qu'elle peut apporter dans le fonctionnement de l'entreprise.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sous réserve d'un amendement tendant à inclure les handicapés parmi les personnes protégées par le 3° de l'article 416 du code pénal et à remplacer les termes "inaptitude médicale constatée dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail" par ceux d'"inaptitude constatée par la médecine du travail".

Art. 3

Exclusion de certains contrats d'assurance

Cet article permet aux sociétés d'assurance et aux mutuelles de déroger au principe de non-discrimination fondé sur l'état de santé posé à l'article 416-2° du code pénal, pour les opérations visées à l'article premier de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. L'exclusion ne vise pas les discriminations tenant au handicap.

Les opérations visées ont pour objet la prévention et la couverture :

- du risque décès
- des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne
- des risques liés à la maternité
- des risques d'incapacité de travail
- des risques d'invalidité

Les contrats garantissant du risque chômage ont été supprimés par l'Assemblée nationale en raison de l'absence de lien avec l'état de santé des personnes dans la survenance du risque.

Comme on l'a dit, la spécificité de ces opérations par rapport aux services visés à l'article 416-2° explique leur exclusion.

Le problème de certains malades notamment les personnes atteintes du Sida où seulement séropositives reste entier. Celui-ci se pose notamment à l'égard de l'obtention de certains prêts (immobilier ou professionnel) liés à la souscription de contrats d'assurance-vie. Cette question qui intéresse plusieurs milliers de personnes devra faire l'objet de toute l'attention des pouvoirs publics.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Art. 3 bis (nouveau)

Agissements discriminatoires de la part de personnes privées contribuant à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique

Introduit par l'Assemblée nationale sur proposition de la commission des lois, cet article vise à une simple harmonisation avec les dispositions de l'article L 187-2 du code pénal qui visent dans les mêmes hypothèses les autorités publiques.

Votre commission vous propose de l'adopter sans modification.

Art. 4

Exercice par les associations de défense des handicapés ou des personnes malades des droits reconnus à la partie civile

Cet article autorise les associations de défense des personnes handicapées ou malades à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions visées aux articles 187-1 et aux 1° et 2° de l'article 416 du code pénal.

Pour cela, les associations doivent remplir plusieurs conditions :

- être régulièrement déclarées depuis au moins 5 ans à la date des faits (clause habituelle pour sélectionner les plus crédibles)

- avoir, selon leurs statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes malades ou handicapées

- avoir reçu l'accord de la victime.

L'Assemblée nationale a substitué les termes "majeur protégé" à celui d'"incapable".

Cette démarche est cohérente d'un point de vue juridique avec la législation visant les personnes handicapées et est plus conforme à la dignité des personnes visées.

On notera toutefois que rien n'est prévu pour que les associations puissent se porter partie civile en cas de violation du 3° de l'article 416 du code pénal.

Les associations ayant pour objet principal la défense des intérêts des personnes handicapées peuvent déjà exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'inobservation des règles relatives à l'obligation d'emploi (article L. 323-8-7).

Elles doivent pouvoir le faire dans toutes circonstances visées par le présent projet.

Votre commission vous propose d'adopter cet article amendé dans ce sens.

Article additionnel après l'article 4

Exercice par les associations ayant vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté

Souvent, les personnes en état de grande pauvreté ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits car elles les méconnaissent ou ne s'adressent pas aux services compétents.

Ces personnes cumulent fréquemment diverses difficultés financières, physiques (maladie, handicap), familiales, etc... et font de ce fait l'objet de discriminations visées par la loi.

Les associations intervenant auprès du quart-monde devraient pouvoir bénéficier des mêmes facilités que celles qui agissent pour la défense des personnes malades ou handicapées.

Votre commission vous propose d'adopter cet article additionnel qui tend à permettre à ces associations de se constituer partie civile.

Art. 5

Nullité des licenciements fondés sur l'état de santé

Cet article visant l'article L 122-45 du code du travail et introduit par amendement, interdit les licenciements fondés sur le handicap ou l'état de santé sauf inaptitude médicale constatée dans le cadre de la médecine du travail.

La référence à l'inaptitude médicale constatée devrait empêcher qu'un employeur puisse licencier en invoquant des arguments sans lien avec l'emploi occupé.

Cet article permet de déclarer nul tout licenciement fondé sur de telles discriminations et donc de permettre la réintégration du salarié et non pas seulement des dommages et intérêts.

Dans un but d'harmonisation, votre commission vous propose d'étendre cette protection aux travailleurs handicapés déjà visés à l'article 2 du projet de loi (modifiant le 3° de l'article 416) et d'adopter cet article ainsi amendé.

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR VOTRE
COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES**

Article 2

Amendement :

Rédiger ainsi le troisième alinéa de cet article :

Au 3° de l'article 416 du code pénal, après les mots : "sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée" sont insérés les mots : "de son handicap ou de son état de santé, sauf inaptitude constatée par la médecine du travail et ce, sans préjudice de l'application des articles L 323-1 à L 323-8-8 du code du travail" et après les mots : "la non-appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée" sont insérés les mots : "le handicap ou l'état de santé, sauf inaptitude constatée par la médecine du travail et ce, sans préjudice de l'application des articles L 323-1 à L 323-8-8 du code du travail".

Article 2

Amendement :

Supprimer les deux derniers alinéas de cet article.

Article 4

Amendement :

Dans la première phrase du texte proposé par cet article pour l'article 2-8 du code de procédure pénale, substituer aux références :

" , 416, 1° et 2° ,"

la référence :

" ,416 ,"

Article additionnel après l'article 4

Amendement :

Après l'article 4 du présent projet, est créé un article additionnel ainsi rédigé :

Après l'article 2-8 du code de procédure pénale est créé un article 2-9 ainsi rédigé :

"Art. ... - Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article 187-1 et aux 1° et 2° de l'article 416 du code pénal."

Article 5

Amendement :

Dans le texte proposé pour compléter le premier alinéa de l'article L. 122-45 du code du travail, remplacer les mots :

"inaptitude médicale constatée dans le cadre du titre IV du Livre II du présent code"

par les mots :

"inaptitude constatée par la médecine du travail"

Article 5

Amendement :

Dans le texte proposé pour compléter le premier alinéa de l'article L 122-45 du code du travail, après les mots :

"en raison, de son état de santé"

ajouter in fine les mots :

"ou de son handicap"