

**Service du dialogue social, de la législation du travail  
et de l'administration du travail**

**Combattre le VIH/SIDA sur le lieu de travail par la législation du  
travail et de l'emploi**

**Jane Hodges**

**Bureau international du travail – Genève**

**July 2006**

---

Copyright © Organisation internationale du Travail 2006  
Première édition 2004

Les publications du Bureau international du Travail jouissent de la protection du droit d'auteur en vertu du protocole n<sup>o</sup> 2, annexe à la Convention universelle pour la protection du droit d'auteur. Toutefois, de courts passages pourront être reproduits sans autorisation, à la condition que leur source soit dûment mentionnée. Toute demande d'autorisation de reproduction ou de traduction devra être envoyée à l'adresse suivante: Publications du BIT (Droits et licences), Bureau international du Travail, CH-1211 Genève 22, Suisse, ou par courriel: [pubdroit@ilo.org](mailto:pubdroit@ilo.org). Ces demandes seront toujours les bienvenues.

---

Jane Hodges

*Combattre le VIH/SIDA sur le lieu de travail par la législation du travail et de l'emploi*

Genève, Bureau international du Travail, 2006

DIALOGUE, Document n<sup>o</sup> 3

ISBNs 92-2-215304-9 & 978-92-2-215304-6

Egalement disponible en (anglais): Paper No. 3 "Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law". ISBN 92-2-115304-5, Genève, Bureau international du Travail, 2004.

---

Les désignations utilisées dans les publications du BIT, qui sont conformes à la pratique des Nations Unies, et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Bureau international du Travail aucune prise de position quant au statut juridique de tel ou tel pays, zone ou territoire, ou de ses autorités, ni quant au tracé de ses frontières.

Les articles, études et autres textes signés n'engagent que leurs auteurs et leur publication ne signifie pas que le Bureau international du Travail souscrit aux opinions qui y sont exprimées.

La mention ou la non-mention de telle ou telle entreprise ou de tel ou tel produit ou procédé commercial n'implique de la part du Bureau international du Travail aucune appréciation favorable ou défavorable.

Les publications du Bureau international du Travail peuvent être obtenues dans les principales librairies ou auprès des bureaux locaux du BIT. On peut aussi se les procurer directement, de même qu'un catalogue ou une liste des nouvelles publications, à l'adresse suivante: Publications du BIT, Bureau international du Travail, CH-1211 Genève 22, Suisse, ou par courriel: [pubvente@ilo.org](mailto:pubvente@ilo.org) ou par notre site Web: [www.ilo.org/publns](http://www.ilo.org/publns)

---

Imprimé à Genève, Suisse

---

## TABLE DES MATIERES

<b>CHAPITRE I - COMBATTRE LE VIH/SIDA PAR LA LÉGISLATION.....</b>	<b>1</b>
<b>CHAPITRE II - LES INSTRUMENTS DE L'OIT.....</b>	<b>4</b>
<b>Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail.....</b>	<b>4</b>
<b>Conventions et autres textes relatifs au VIH/SIDA.....</b>	<b>4</b>
<b>Dispositions de loi minimum .....</b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE III - DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION .....</b>	<b>9</b>
<b>Définitions du VIH/SIDA.....</b>	<b>9</b>
Infections et maladies sexuellement transmissibles .....	10
Discrimination.....	11
Qualifications exigées pour le poste .....	12
Jurisprudence .....	12
Emploi et profession .....	15
<b>Champ d'application.....</b>	<b>17</b>
<b>CHAPITRE IV – FINALITÉ DE LA LÉGISLATION .....</b>	<b>18</b>
<b>CHAPITRE V - LE PRINCIPE FONDAMENTAL DE NON-DISCRIMINATION .....</b>	<b>20</b>
<b>Non-discrimination dans le contexte des voyages.....</b>	<b>21</b>
<b>CHAPITRE VI - CRITÈRES DE DISCRIMINATION PROHIBÉS .....</b>	<b>22</b>
<b>Le VIH comme critère à part entière .....</b>	<b>22</b>
<b>L'état de santé.....</b>	<b>23</b>
<b>Handicap .....</b>	<b>24</b>
<b>Groupes marginalisés ou désavantagés .....</b>	<b>26</b>
<b>CHAPITRE VII - CONDITIONS D'EMPLOI .....</b>	<b>28</b>
<b>Conditions générales .....</b>	<b>28</b>
<b>Milieu de travail sain.....</b>	<b>28</b>
<b>Licenciements et sécurité de l'emploi .....</b>	<b>29</b>
<b>Dépistage et confidentialité.....</b>	<b>30</b>
<b>Mesures d'action positive .....</b>	<b>35</b>
<b>Mesures d'aménagement raisonnable .....</b>	<b>36</b>

---

<b>Problèmes liés à la rémunération.....</b>	<b>38</b>
<b>Temps de travail, congés de maladie/visites médicales, travail à temps partiel .....</b>	<b>38</b>
<b>CHAPITRE VIII - FORMATION ET CONSEILS D'ORIENTATION .....</b>	<b>42</b>
<b>CHAPITRE IX - QUESTIONS RELATIVES À LA PRISE EN CHARGE ET AU SOUTIEN....</b>	<b>44</b>
<b>CHAPITRE X - ORGANISMES ET MESURES D'APPLICATION DE LA LÉGISLATION....</b>	<b>47</b>
<b>Organismes spéciaux et organismes généraux.....</b>	<b>48</b>
<b>Commissions et conseils nationaux .....</b>	<b>50</b>
<b>Commissions des droits de l'homme.....</b>	<b>51</b>
<b>Inspection du travail .....</b>	<b>52</b>
<b>Bureau de l'ombudsman.....</b>	<b>53</b>
<b>La charge de preuve .....</b>	<b>54</b>
<b>Remèdes et sanctions.....</b>	<b>55</b>
<b>CHAPITRE XI - DERNIÈRES REMARQUES.....</b>	<b>58</b>
<b>ANNEXE 1 - OUTILS DU BIT EN MATIÈRE DE RÉFORME DE LA LÉGISLATION DU TRAVAIL .....</b>	<b>59</b>

---

## Chapitre I - Combattre le VIH/sida par la législation

En 2003, plus de 3 millions de personnes sont mortes du sida et près de 5 autres millions ont été infectées par le VIH, portant à 42 millions le nombre total de personnes vivant avec le virus. L'impact sur la vie économique et sociale est d'autant plus désastreux que l'infection frappe surtout la tranche d'âge des 15-49 ans, soit des hommes et des femmes au plus fort de leur vie active. Autant dire qu'aujourd'hui, l'épidémie du VIH/SIDA n'est plus uniquement perçue comme un problème de santé publique mais également comme un enjeu de développement dont le lien avec les Droits de l'homme et les implications économiques et socioculturelles aussi diverses que profondes sont universellement reconnues.

Dès les années quatre-vingt, beaucoup de pays ont compris que pour combattre efficacement l'épidémie, ils devaient se doter d'un dispositif législatif adéquat, en particulier pour lutter contre la discrimination. Les Nations Unies ont réagi de différentes manières. En 1996, les Directives internationales sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme<sup>1</sup> exhortent les états à « promulguer ou renforcer les lois anti-discriminatoires et autres lois qui protègent les groupes vulnérables, les personnes touchées par le VIH/SIDA et les personnes invalides contre la discrimination dans le secteur public et dans le secteur privé, qui garantissent le respect de la vie privée ainsi que la confidentialité et l'éthique de la recherche faisant appel à des sujets humains, qui mettent l'accent sur l'éducation et la conciliation et qui permettent des recours rapides et efficaces en droit administratif et en droit civil ». La directive 6 révisée recommande aux états de « promulguer des lois réglementant l'information en matière de VIH ..., de façon à assurer un large accès à des mesures et services préventifs de qualité, à des informations adéquates sur la prévention et le traitement... ». La directive 11 demande aux états de « veiller à ce qu'existent des mécanismes de suivi et d'exécution garantissant la protection des droits de l'homme dans le contexte du VIH, notamment des droits des personnes touchées par le VIH/SIDA, de leurs familles et de leurs communautés. » Depuis quelques années, l'OMS<sup>2</sup> et l'ONUSIDA publient régulièrement des directives sur la prévention du VIH et la législation en matière de santé publique. Le Guide pratique à l'intention du législateur sur le VIH/SIDA, la législation et les droits de l'homme<sup>3</sup> de l'ONUSIDA fournit des orientations sur le rôle général de la législation ; dans la préface de ce document, on peut lire la recommandation suivante : « Qu'il s'agisse d'inscrire dans la Constitution l'interdiction de la discrimination à l'égard des personnes vivant avec le VIH/SIDA ou de celles les plus vulnérables à l'infection, de légiférer pour garantir le droit des enfants scolarisés à recevoir une information sur les méthodes de protection qu'ils seront amenés par la suite à utiliser, pour n'évoquer que quelques-uns des domaines d'action, un engagement plein et entier du législateur est absolument vital pour apporter une riposte efficace à l'épidémie et garantir la disponibilité des ressources budgétaires et autres voulues. » Le guide aborde également le sujet de l'emploi en citant un extrait du code australien des métiers de la santé et des

<sup>1</sup> *Rapport du Secrétaire général à la Commission des droits de l'homme*, document ONU E/CN.4/1997/37. Les directives furent adoptées en 1996, à Genève, lors de la seconde consultation internationale sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme. Elles furent mises à jour en 2002, à Genève, par l'adoption de la directive 6 révisée, lors de la troisième consultation internationale sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme.

<sup>2</sup> OMS : *Répertoire des instruments juridiques relatifs à l'infection par le VIH et au sida*, OMS/ONUSIDA/HLE/97.1, Genève, 1997.

<sup>3</sup> ONUSIDA/UIP, 1999, Genève, p. 64-78.

---

professions à risque de 1993 (Code of Practice for Health Care Workers and Others at Risk).

La nécessité d'instaurer un cadre législatif visant à définir et à défendre les principes directeurs censés sous-tendre le combat du VIH/SIDA sur le lieu de travail a été reconnue par les Nations Unies lors de la déclaration d'engagement de l'UNGASS (General Assembly's Special Session on SIDA). Adoptée en juin 2001 par l'assemblée générale des Nations Unies réunie en session spéciale, cette déclaration fixe notamment l'objectif suivant :

*D'ici à 2003, mettre en place à l'échelle nationale un cadre juridique et directif assurant la protection, sur le lieu du travail, des droits et de la dignité des personnes infectées et affectées par le VIH/SIDA et de celles qui sont le plus exposées au risque d'infection, en consultation avec les représentants des employeurs et des travailleurs, en tenant compte des directives internationales relatives au VIH/SIDA.*

L'OIT a pris conscience que l'appareil législatif qui régit le monde du travail constituait la meilleure arme pour prévenir la propagation du virus et celle des mythes hautement dommageables qui entourent la maladie<sup>4</sup>. Tous les pays, quel que soit le taux d'infection qui sévit sur leur territoire, peuvent bénéficier d'un cadre législatif qui favorise la mise en lumière des problèmes liés au monde du travail, la lutte contre la discrimination à l'embauche, la prévention des risques d'infection sur les lieux de travail et l'implication de tous les partenaires concernés dans la mise en place de nouveaux dispositifs et institutions. Plus de 20 pays, à ce jour, ont adopté des législations en rapport direct avec l'aspect emploi de la question du VIH/SIDA sur le lieu de travail<sup>5</sup>. Il s'agit d'une part de lois spécifiquement consacrées au VIH/SIDA et d'autre part, de textes contre la discrimination à l'encontre des personnes handicapées, de lois sur l'égalité ou de lois sur les relations professionnelles, parfois assorties d'un code de bonne conduite appelé « soft law » (règle de droit non contraignante). Chaque gouvernement doit édicter la législation la mieux adaptée à son contexte national et à l'ampleur de l'épidémie sur son territoire. Le BIT a réalisé une étude des bonnes pratiques en matière de législation du travail dans laquelle il compare les avantages des divers dispositifs législatifs<sup>6</sup> par rapport à chaque type de loi.

Les lois sur le travail - expression englobant toutes les options mentionnées ci-dessus - constituent un point d'entrée essentiel. La stratégie privilégiée par l'OIT met en avant le dialogue social et la participation des partenaires sociaux et des membres de la société civile qui sont concernés par le projet discuté au processus d'élaboration. Plus concrètement, l'annexe 1 contient la description de quelques-uns des instruments auxquels l'OIT fait appel pour réformer la législation du travail. L'OIT assiste également ses mandants qui sont d'une part les ministères de l'emploi et d'autre part, les syndicats

<sup>4</sup> *Policy and Legal Issues relating to VIH/SIDA and the World of Work*, document préparé par son auteur dans le cadre de la réponse de l'OIT à la plate-forme d'action de Windhoek (Namibie, 1999), et présenté à la XIV<sup>ème</sup> conférence internationale sur le VIH/SIDA (Barcelone, 7-12 juillet 2002) ; J. Hodges : *An outline of recent developments concerning equality issues in employment for labour court judges*, Genève, novembre 1997. Le présent document s'appuie largement sur cette étude plus ancienne. Pour un contexte législatif international, voir aussi l'étude de M-C Chartier : *Promoting human rights through the ILO Code of Practice on VIH/SIDA and the world of work*, OIT/SIDA, document de travail N° 3, Genève, novembre 2002.

<sup>5</sup> Pour en consulter la liste, rendez-vous sur le site OITSIDA [www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/laws/index](http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/laws/index).

<sup>6</sup> OITSIDA : *Legal initiatives that can help fight VIH/SIDA in the world of work*, Genève, septembre 2003.

---

d'employeurs et de salariés. Elle seconde les premiers dans la mise en oeuvre de leurs procédures d'inspection du travail et de résolution des litiges, et conseille les seconds face aux défis que représente l'application des lois.

---

## Chapitre II - Les instruments de l'OIT

### Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail

Dans la foulée de la résolution de l'an 2000 sur le VIH/SIDA et le monde du travail<sup>7</sup>, le BIT a adopté un recueil de directives<sup>8</sup> qui, aujourd'hui, existe dans plus de vingt langues. Ce recueil, qui s'adresse aux Etats Membres et aux associations d'employeurs et de salariés, prodigue des recommandations sur des sujets aussi variés que l'adoption, les processus de dialogue social ou la législation propre au VIH/SIDA sur le lieu de travail. Dans les prochains chapitres, il sera souvent fait référence aux recommandations de ce recueil qui visent à élaborer une législation du travail efficace.

### Conventions et autres textes relatifs au VIH/SIDA

L'OIT fournit également des instruments de portée plus large pour combattre le VIH/SIDA sur le lieu de travail. En 1998, dans sa Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, l'organisation invitait ses mandants à prêter une attention particulière aux personnes qui ont des besoins spéciaux et formulait les quatre principes qu'il convient, en toute circonstance, de respecter, de promouvoir et de mettre en œuvre, quand bien même les conventions sur les sujets associés n'auraient pas été ratifiées par les Etats Membres. La non-discrimination en matière d'emploi et de profession figure parmi ces principes fondamentaux et c'est sur cette valeur commune que doit reposer la stratégie de lutte contre le VIH/SIDA. Dix ans plus tôt (en 1988), l'OIT et l'OMS avaient signé une déclaration commune sur le VIH/SIDA et l'emploi, dans laquelle étaient exposés les principes généraux qui doivent prévaloir sur le lieu de travail face au problème du VIH/SIDA.

Il n'existe pas de recommandation ou de convention internationale du travail qui traite directement de cette question. En revanche, de nombreux instruments couvrant aussi bien la lutte contre la discrimination que la prévention de l'infection peuvent également être employés (et ont déjà prouvé leur utilité) dans ce domaine :

- Convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 (n° 111).
- Convention sur le licenciement, 1982 (n° 158).
- Convention sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983 (n° 159).
- Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 (n° 98).
- Convention sur la négociation collective, 1981 (n° 154).
- Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981, et recommandation n° 164 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981.
- Convention n° 161 sur les services de santé au travail et recommandation 171 sur les services de santé au travail, 1985.
- Convention sur les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies, 1964 (n° 121).

<sup>7</sup> Résolution concernant le VIH/SIDA et le monde du travail, Conférence internationale du travail, 88<sup>ème</sup> session, Genève, juin 2000, Anglais, PDF 76K - Français, PDF 11K - Espagnol, PDF 10K.

<sup>8</sup> Texte intégral disponible sur le site Internet OITSIDA : <http://mirror/public/english/protection/trav/aids/>.



- 
- Convention concernant la sécurité sociale (norme minimum), 1952 (n° 102).
  - Convention sur le personnel infirmier, 1977 (n° 149).
  - Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, et convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions supplémentaires), 1975.
  - Recommandation sur le travail à temps partiel, 1994 (n° 175).

La recommandation n° 111 sur la discrimination (emploi et profession)<sup>9</sup> constitue un instrument clé pour promouvoir l'égalité dans le monde du travail. Elle proscrit toute forme de distinction, d'exclusion ou de préférence susceptible de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou l'égalité de traitement dans des domaines tels que l'emploi ou la profession, la formation, l'avancement, la sécurité de l'emploi, la rémunération et les conditions de travail (ce qui inclut les congés, les périodes de repos, la santé et la sécurité des travailleurs, les mesures d'hygiène du travail et les prestations sociales). Sept critères de discrimination illicites y sont énumérés et l'article 1(1) (b) précise que « les gouvernements peuvent décider de spécifier dans leur politique nationale toute autre forme de discrimination après consultation des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. » La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT s'est prononcée pour l'adjonction d'un protocole supplémentaire visant à ajouter, entre autres critères<sup>10</sup>, le handicap, ce qui aurait pour effet d'inclure le VIH/SIDA dans le champ d'application de la convention. Non contente de proscrire toute forme de discrimination, la convention n° 111 propose également des mesures proactives en faveur des personnes qui nécessitent une protection spéciale. L'article 5(2) cite les personnes atteintes d'un handicap parmi les groupes pouvant bénéficier de mesures d'action positive ou d'aménagement de l'environnement professionnel. La recommandation n° 111, qui accompagne cette convention, suggère en outre de créer des commissions consultatives composées de représentants des associations d'employeurs et d'employés (et de toute autre partie concernée), afin de promouvoir l'acceptation du principe de non-discrimination en matière d'emploi et de mener des activités telles que les campagnes de formation et de sensibilisation. Ces orientations peuvent être profitables à toutes les organisations qui interviennent dans le domaine du VIH/SIDA.

La convention n° 158<sup>11</sup> sur le licenciement (1982) définit la position internationale en matière de licenciement. L'article 4 stipule qu'un salarié ne peut être licencié que s'il existe pour cela un motif valable lié à ses aptitudes ou à son comportement, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. L'article 6 établit clairement que l'absence temporaire d'un salarié pour cause de maladie ou d'accident (lié ou non à l'activité professionnelle) ne saurait constituer une raison valable de licenciement. Ces dispositions s'appliquent l'une et l'autre aux personnes porteuses du VIH ou atteintes du SIDA. L'enquête générale sur la convention n° 158<sup>12</sup>, menée en 1995 par une commission d'experts, a permis de compléter les dispositions appliquées dans les lois et dans la pratique en cas d'absence temporaire motivée par la maladie, et d'étendre au

<sup>9</sup> Ratifiée par 159 Etats Membres de l'OIT (2003).

<sup>10</sup> Conférence internationale du travail, 83<sup>ème</sup> session, 1996, *Equality in employment and occupation*, Etude spéciale de la Commission d'experts, paragr. 297 (autres critères possibles : âge, handicap, responsabilités familiales, langue, statut matrimonial, nationalité, patrimoine, orientation sexuelle, état de santé, appartenance à un syndicat)

<sup>11</sup> Ratifiée par 33 Etats Membres de l'OIT (2003)

<sup>12</sup> Conférence internationale du travail, *Protection contre le licenciement injustifié*, 82<sup>ème</sup> session, Genève, 1995, paragr.137 -141 et, en particulier, le paragr. 142 traitant de l'infection par le VIH et du SIDA.

---

VIH/SIDA le champ d'application de la protection contre le licenciement pour absence injustifiée.

La convention n° 159 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées<sup>13</sup> (1983) prône l'égalité des chances et de traitement pour les personnes souffrant d'un handicap. L'article 4 recommande des mesures de protection spéciales, telles que l'aménagement de l'environnement professionnel ou le changement de lieu de travail, pour permettre aux personnes handicapées de poursuivre leur activité. Le texte évoque clairement le problème du VIH/SIDA sur le lieu de travail et la recommandation n° 168 qui l'accompagne propose des dispositifs de type communautaire et suggère des stratégies pour les salariés handicapés des zones rurales.

Les normes internationales du travail sur les négociations collectives peuvent être mises à profit pour traiter la question du VIH/SIDA lors des débats sur les conventions collectives ou dans le cadre des accords qui régissent les relations professionnelles. La convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective<sup>14</sup> (1949) et la convention n° 154 sur la négociation collective<sup>15</sup> (1981) sont particulièrement intéressantes à cet égard. L'une et l'autre incitent les pays membres à adopter des politiques qui encouragent la libre négociation des termes et conditions de l'emploi – termes qui peuvent inclure des mesures de prévention du VIH/SIDA – entre les associations de salariés et d'employeurs, avec en ligne de mire la signature d'accords collectifs.

La sécurité et la santé des salariés au travail font l'objet d'un grand nombre de normes internationales. La convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs<sup>16</sup> (1981) définit les principales dispositions à adopter pour assurer la protection des salariés, qu'il s'agisse de la fourniture de vêtements et d'équipement de protection gratuits pour le personnel, ou du droit de refuser d'effectuer un travail dangereux ou de s'exposer à une situation périlleuse (mesures toutes applicables au contexte du VIH/SIDA). De façon plus générale, la convention n° 161 sur les services de santé au travail (1985) demande aux états qui la ratifient d'adopter une politique nationale efficace et cohérente dans ce domaine. La recommandation n° 171, qui l'accompagne, énumère diverses mesures concernant la santé sur le lieu de travail qui sont toutes pertinentes dans le contexte du VIH/SIDA. Ces dispositions incluent la garantie que la surveillance de la santé du personnel ne sera pas utilisée à des fins discriminatoires, la confidentialité des résultats d'examens médicaux, l'assurance que s'il est contre-indiqué de maintenir un travailleur à son poste en raison de son état de santé, tout sera mis en oeuvre pour lui trouver un autre emploi dans l'entreprise, l'obligation d'informer le personnel des résultats d'examen de santé le concernant et le principe de gratuité pour les travailleurs des prestations liées à la santé au travail (principe également mentionné dans la convention). Cette recommandation suggère enfin de faire bénéficier les travailleurs indépendants, et notamment ceux du secteur informel, des services de santé de l'entreprise, dans la mesure où cela est possible.

Les instruments de sécurité sociale constituent également une source précieuse d'information sur le VIH/SIDA, non seulement sous l'angle de l'indemnisation en cas d'accident de travail (au travers de la convention n° 121 sur les prestations en cas d'accident de travail ou de maladies professionnelles, 1964) mais aussi en vertu du principe

<sup>13</sup> Ratifiée par 75 Etats Membres de l'OIT (2003).

<sup>14</sup> Ratifiée par 153 Etats Membres de l'OIT (2003).

<sup>15</sup> Ratifiée par 34 Etats Membres de l'OIT (2003).

<sup>16</sup> Ratifiée par 40 Etats Membres de l'OIT (2003).

---

de non discrimination défini dans la convention n° 102 sur la sécurité sociale (norme minimum)<sup>17</sup>, 1952.

Pour conclure, un certain nombre de conventions de l'OIT concernent des catégories de travailleurs que leur activité professionnelle expose plus particulièrement au risque d'infection par le VIH. La convention n° 149 sur le personnel infirmier (1977) demande aux états qui la ratifient de mettre en œuvre une politique permettant à ces salariés de bénéficier d'équipements de protection et, le cas échéant, d'être affectés à des tâches moins pénibles. La convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée) de 1949 et la convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) de 1975 traitent des inégalités auxquelles les travailleurs étrangers sont souvent confrontés. Replacées dans le contexte du VIH/SIDA, les dispositions techniques recommandées par la convention n° 97, telles que l'évaluation de l'état de santé des travailleurs migrants et des membres de leur famille, prennent un relief particulier. C'est le cas également des dispositions de la convention n° 143 qui concernent les droits de l'homme, notamment celles qui préconisent l'égalité de traitement des travailleurs migrants eu égard aux prestations de sécurité sociale (article 6) ou interdisent le licenciement pour raison de maladie, que cette maladie concerne le travailleur lui-même ou les membres autorisés de sa famille (article 8). Les conventions propres au métier de marin privilégient, quant à elles, les conditions à bord et recommandent la conduite d'examen médicaux et le maintien d'un environnement de travail sain et sécurisé. Dans ses directives sur la conduite des examens médicaux d'aptitude, l'OIT souligne la nécessité d'informer les gens de mer sur les dangers auxquels ils sont exposés et sur les méthodes de prévention des infections (par le VIH/SIDA, notamment).<sup>18</sup> Ces directives rappellent en outre qu'un marin ne saurait être considéré comme inapte au travail au seul motif qu'il est séropositif. La convention n° 175 sur le travail à temps partiel (1994) offre des conseils utiles sur les mesures à prendre en faveur des salariés séropositifs obligés de changer leur emploi du temps en raison des contraintes liées à leur maladie. L'article 4 demande aux états membres qui ratifient cette convention de prendre des dispositions pour que les travailleurs à temps partiel bénéficient de la même protection que ceux à temps complet en ce qui concerne d'une part, la santé et la sécurité sur le lieu de travail et d'autre part, la non-discrimination en matière d'emploi. La convention recommande également l'adoption du principe de proportionnalité en matière de salaire et de prestations sociales.

## Dispositions de loi minimum

Considérés dans le contexte d'une éventuelle loi relative au VIH/SIDA sur le lieu de travail, les groupes de normes internationales exposés plus haut offrent des orientations sur le *contenu* des futurs textes législatifs et, par extrapolation, sur la structure de la loi. Elaborée à partir des conventions de l'OIT, l'approche ci-après peut constituer un modèle utile. Comme le montrent les exemples par pays présentés dans la suite du présent document, c'est celle qui a été choisie pour les lois adoptées à la fin des années 1980 et, plus récemment, en 2003. La législation relative au VIH/SIDA sur le lieu de travail devrait, au minimum, inclure les dispositions suivantes :

- énonciation claire de l'objet du texte et définitions appropriées ;
- interdiction de toute discrimination sur le lieu de travail ;

<sup>17</sup> Ratifiée par 40 Etats Membres de l'OIT (2003).

<sup>18</sup> *Directives relatives à la conduite des examens médicaux d'aptitude précédant l'embarquement et des examens médicaux périodiques des gens de mer*, adoptées par la consultation OIT/OMS, Genève, 25-27 novembre 1997, ILO/WHO/D.2/1997, p. 9.

- 
- motifs de licenciement liés à l'inaptitude médicale à occuper un emploi adapté et non à la séropositivité ;
  - interdiction du dépistage non consensuel pour les demandeurs d'emploi et les personnes occupant un emploi ;
  - confidentialité médicale ;
  - prévention et maîtrise des risques de contamination ;
  - aménagement du lieu de travail (flexibilité des horaires de travail, en particulier) ;
  - possibilités de formation et de réinsertion ;
  - prestations incluant la retraite anticipée, la couverture médicale et la prise en charge du coût des obsèques ;
  - possibilité de négocier sur ces différentes questions ;
  - procédures de réclamation et mesures disciplinaires ;
  - mécanismes de mise en œuvre/mise en application et liens avec des systèmes d'inspection du travail existants ;
  - aide à la mise en application des dispositions et pénalités en cas de violation.

---

## Chapitre III - Définitions et champ d'application

### Définitions du VIH/SIDA

Concernant le terme « VIH/SIDA », le Recueil de directives pratiques du BIT définit le VIH comme le « virus d'immunodéficience humaine, lequel affaiblit le système immunitaire et conduit ultimement au SIDA. » L'annexe du recueil contient des données médicales plus précises sur l'épidémie et ses conséquences. Dans la plupart des pays, les législateurs semblent avoir privilégié ce type de définition médicale. Des articles plus détaillés informent le lecteur sur les modes de transmission connus, le lien avec les maladies opportunistes, et la période asymptomatique qui est le propre de cette affection.

En Zambie, l'Employment Act<sup>19</sup> (loi sur l'emploi) reprendra les définitions du Recueil de directives pratiques du BIT mais ajoutera celle-ci à l'article 4 :

*SIDA : acronyme de « Syndrome d'immunodéficience acquise », ensemble de tableaux cliniques souvent appelés « infections et cancers opportunistes ».*

Au Mozambique, le SIDA Act<sup>20</sup> reprend lui aussi la définition du Recueil mais précise que le SIDA est un ensemble (*conjunto*) d'infections causées par un virus qui attaque et détruit certaines cellules du système immunitaire.

Aux Philippines, le SIDA Prevention and Control Act<sup>21</sup> (loi sur la prévention et le contrôle du VIH/SIDA) fournit un ensemble complet de définitions :

*Article 3 : Les termes cités dans le présent texte de loi sont définis comme suit :*

- (a) *Syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) – infection se traduisant par un ensemble de signes et de symptômes causés par la transmission humaine du VIH et s'attaquant au système immunitaire qu'elle affaiblit, exposant de la sorte les personnes contaminées à d'autres infections mortelles...*
- (e) *Virus d'immunodéficience humaine (VIH) – désigne le virus qui est la cause du SIDA...*
- (h) *Séropositif – fait référence à la présence du VIH ou d'anticorps spécifiques dans l'échantillon testé.*
- (i) *Séronégatif – fait référence à l'absence du VIH ou d'anticorps spécifiques dans l'échantillon testé.*
- (o) *Personne vivant avec le VIH – personne ayant subi des tests de dépistage indiquant directement ou indirectement qu'elle est infectée par le VIH.*

Le VIH and SIDA Prevention and Control Act (loi sur la prévention et le contrôle du VIH et du SIDA)<sup>22</sup> adopté par le Kenya ressemble à la loi philippine :

---

<sup>19</sup> Chapitre 268 de 2003, projet de modification.

<sup>20</sup> Loi n° 5 du 5 février 2002, publiée dans le journal officiel *Bulletin of the Republic*, série I, n° 7, du 13 février 2002.

<sup>21</sup> SIDA Prevention and Control Act n° 8504 de 1998.

<sup>22</sup> Publiée dans le journal officiel *Official Gazette Supplement No. 76* (Loi n° 22), Nairobi, 23 septembre 2003.

---

*Article 2 : Dans le présent texte de loi, sauf contexte spécifique, l'expression « Syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) » désigne un état caractérisé par un ensemble de signes et de symptômes, causé par le VIH. Ce dernier s'attaque au système immunitaire qu'il affaiblit, exposant ainsi les personnes contaminées à d'autres infections mortelles.*

*Associé au résultat d'un test de dépistage, le terme « Positif » indique que la personne concernée est infectée par le VIH ou que le résultat apporte une preuve de cette infection.*

*« Virus d'immunodéficience humaine (VIH) » désigne le virus qui est la cause du SIDA.*

Ce texte de loi ajoute à la définition du terme « Séronégatif » une notion de temps qui souligne l'importance de ce facteur en matière de dépistage :

*Associé au résultat d'un test de dépistage, le terme « Négatif » indique que la personne concernée n'était pas infectée par le VIH au moment du test de dépistage ou que le résultat n'apporte aucune preuve d'infection.*

L'Ordonnance on the Prevention and Fight Against VIH/SIDA Infection<sup>23</sup> (ordonnance vietnamienne sur la prévention et la lutte contre la contamination par le VIH/SIDA) offre un exemple de définition plus détaillée :

*Article 2 (1) : le VIH est le virus qui provoque le syndrome d'immunodéficience acquise chez les êtres humains. Il peut être contracté par le biais d'une relation sexuelle ou d'une transfusion sanguine, ou être transmis à l'enfant par sa mère durant la grossesse, l'accouchement ou l'allaitement.*

*(2) Le SIDA est le stade terminal du processus d'infection par le VIH qui endommage le système immunitaire et ôte au corps humain la capacité de résister aux maladies – engendrant des dysfonctionnements qui conduisent à la mort.*

*(3) Une « infection opportuniste » est une infection occasionnée par l'immunodéficience du corps humain dont le VIH est la cause.*

Le Labour Relations (Amendment) Act<sup>24</sup> (loi sur les relations de travail) du Zimbabwe emploie une définition plus courte :

L'article 2 du texte de loi principal est amendé par l'adjonction de la définition suivante : *s'appliquant à une personne, le terme « Statut VIH » fait référence à la présence ou à l'absence du virus d'immunodéficience humaine (VIH) chez cette personne.*

Ce type de formulation fait venir à l'esprit la question du dépistage volontaire (traitée plus en détail ci-après) car elle signifie implicitement que les personnes qui souhaitent bénéficier de la loi doivent établir leur statut VIH. Le dépistage médical étant le seul moyen de déterminer ce statut, les usagers de la loi se retrouvent dans l'obligation de s'y soumettre.

## **Infections et maladies sexuellement transmissibles**

Dans son recueil de directives, le BIT reconnaît explicitement le lien médical entre l'infection par le VIH et les infections sexuellement transmissibles (IST). Ces directives donnent du terme IST la définition suivante : « Infections sexuellement transmissibles telles que syphilis, chancre, infection à chlamydia, gonorrhée et autres infections, y compris les pathologies communément appelées maladies sexuellement transmissibles (MST). ».

<sup>23</sup> Ordonnance du 31 mai 1995.

<sup>24</sup> Chapitre 28 : 01 de 2002.

---

Le lien entre le VIH et les infections sexuellement transmissibles est surtout mentionné dans les textes de loi consacrés au problème du VIH/SIDA (il est plus rare de le rencontrer dans la législation générale sur le travail). La définition de l'expression « maladie sexuellement transmissible » la plus couramment utilisée est celle qui figure dans le SIDA Prevention and Control Act (loi sur la prévention et le contrôle du SIDA) des Philippines :

*Article 3(s): Maladie sexuellement transmissible – désigne toute maladie qui peut être contractée ou transmise par le biais d'une relation sexuelle.*

L'Act on Sexual Illness, VIH and SIDA<sup>25</sup> (loi sur les maladies sexuellement transmissibles et le VIH/SIDA) panaméen définit les termes VIH, SIDA et IST séparément.

## **Discrimination**

Parmi les définitions qui apparaissent souvent dans la législation du travail figurent celles des termes et expressions « discrimination », « qualifications exigées pour le poste » et « emploi ».

Pour tout ce qui concerne le concept de « discrimination sur le lieu de travail », les textes de loi se réfèrent généralement à la convention n° 111 de l'OIT. L'article 1(1) (a) de cette convention couvre à la fois la discrimination directe et la discrimination indirecte, et mentionne sept critères de distinction illicites. A cette liste, bon nombre de textes législatifs ajoutent un huitième critère : la contamination par le VIH/SIDA. La convention précise que le terme de « discrimination » recouvre « (a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ; (b) toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le Membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés. » L'article 1(2) prévoit une exception à la règle de non-discrimination, dans le cas où le poste concerné exige des qualifications particulières.

L'expression « a pour effet de détruire ou d'altérer » est une formule rhétorique qui permet de couvrir toutes les situations de discrimination, qu'elles soient directes ou indirectes. Au niveau national, les législateurs doivent, eux aussi, veiller à ce que leurs textes couvrent les deux formes de discrimination. Il y a discrimination directe lorsqu'une inégalité de traitement est la conséquence directe de l'application d'une loi, d'une règle ou d'une pratique qui établit une différence explicite, fondée sur un motif particulier. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une situation, une règle ou une pratique apparemment neutre désavantage certaines catégories de personnes. Par exemple, une règle qui imposerait des critères d'embauche sans rapport avec l'emploi concerné et ne pouvant être satisfaits, dans la totalité ou dans la majorité des cas, que par des hommes (taille ou poids minimum, etc.) constituerait une discrimination fondée sur le sexe. En résumé, il est important de rédiger une définition de la discrimination qui ne tienne pas compte de l'intentionnalité.

<sup>25</sup> Loi n° 3, 5 janvier 2000.

---

## Qualifications exigées pour le poste

Comme il a été indiqué plus haut, la convention n° 111 de l'OIT prévoit une exception à la règle de non-discrimination dans le cas où le poste à pourvoir exige des qualifications particulières. Les législateurs doivent cependant prendre garde à ce que cette exception concerne des besoins réels et sérieux, en rapport avec un emploi ou un poste précis. Certains textes de loi contiennent une déclaration générale sur ce type d'exception. Dans d'autres textes, le législateur insère une déclaration générale puis détaille les situations spécifiques dans lesquelles des qualifications professionnelles réelles peuvent être exigées.

L'Employment Act, loi sur l'emploi de la Zambie de 2002, offre un exemple d'application de la terminologie utilisée dans la convention n° 111 :

*Par discrimination, on entend toute forme de distinction, d'exclusion ou de préférence fondée sur le statut VIH, réel ou supposé, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession. Les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un poste déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations.*

## Jurisprudence<sup>26</sup>

Les tribunaux du travail et les organismes des Nations Unies du monde entier recèlent tout un corpus de jurisprudence sur le VIH/SIDA.<sup>27</sup> Celui-ci reflète d'une part la prise de conscience qu'il existe des lois sur cette question et d'autre part, l'impact du VIH/SIDA sur le monde du travail, que confirme l'augmentation du nombre de licenciements et d'actes discriminatoires liés à cette maladie. Les tribunaux se sont particulièrement employés à peaufiner le concept de « qualifications exigées pour le poste », réexaminé dans le contexte du VIH/SIDA, en s'intéressant surtout aux emplois des secteurs de l'aéronautique, de la police et de l'armée.

En Afrique du Sud, le jugement rendu en 2000 dans l'affaire « Hoffmann contre South African Airways »<sup>28</sup> a démontré que le pouvoir judiciaire avait pris conscience de la nature évolutive de la maladie et de ses modes de transmission particuliers. M. Hoffmann s'était vu refuser un emploi de steward par la compagnie South African Airways (SAA), en raison de sa séropositivité. La SAA invoquait des motifs d'ordre sécuritaire, médical et opérationnel, ajoutant que le recrutement de personnes porteuses du VIH pourrait nuire à son image commerciale si le grand public venait à l'apprendre. L'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle qui fut chargée de déterminer si le fait d'exclure un demandeur

<sup>26</sup> Les résumés présentés ici s'appuient sur diverses sources : *Journal of African Law*, 45/2001, *School of Oriental and African Studies*, Royaume-Uni, p.217-22 ; *Employment Equity Digest*, vol.8, No.6, Afrique du sud, jan. 2001 ; *Human Rights Quarterly*, 25/2003, Boston USA, p. 791-819 ; *VIH/SIDA : the law and ethics*, document rédigé par le collectif d'avocats *VIH/SIDA Unit* lors du colloque *The Law and Ethics de New Delhi*, jan.2002 ; A. Bondyopadhyay : *Training in VIH/SIDA Law in common law settings*, XIVème Conférence internationale sur le SIDA, Barcelone, 7-12 juillet 2002, Track G-Advocacy and Policy ; M. Maculan : *VIH/SIDA in the Asia Pacific region : Policy and Legal Framework*, document présenté au séminaire régional Asie-Pacifique de l'OIT, destiné à des magistrats, sur les normes de travail internationales et les questions d'égalité, Manille, sept. 2003.

<sup>27</sup> Pour un résumé, voir : *Courts and Justice in the era of VIH/SIDA*, M. Kirby, juge à la Haute cour, document présenté au colloque judiciaire sur le VIH/SIDA : *The Law and Ethics*, New Delhi, jan. 2002.

<sup>28</sup> CCT 17/00, Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (28 septembre 2000).



---

d'emploi au seul motif de sa séropositivité était ou non un acte anticonstitutionnel. La Cour rendit le verdict suivant :

*Du point de vue médical, une personne séropositive asymptomatique peut accomplir le travail d'un steward avec compétence. Il est possible de contrôler tout risque auquel une telle personne pourrait être exposée, en prodiguant des conseils, en assurant une surveillance, par la vaccination et l'administration de prophylaxies antibiotiques appropriées, si besoin est. De la même façon, les risques auxquels pourraient être exposés des passagers ou des tiers du fait d'un membre d'équipage séropositif asymptomatique, sont sans conséquence ; le cas échéant, des précautions universelles bien établies peuvent être appliquées.*

En réponse à l'argument de la SAA selon lequel le recrutement d'une personne séropositive aurait un impact négatif sur l'opinion publique et la défavoriserait par rapport à ses concurrents, la Cour a adressé un message clair sur les préjugés en matière d'image publique :

*Les exigences commerciales légitimes sont, bien sûr, une considération importante dans la décision d'embaucher ou non un individu. Toutefois, nous devons empêcher que des stéréotypes et des préjugés se cachent derrière les intérêts commerciaux. Les intérêts plus importants de la société exigent la reconnaissance de la dignité inhérente à chaque être humain ainsi que l'élimination de toute forme de discrimination. Notre constitution protège les faibles, les marginalisés, les exclus et les victimes de préjugés et de stéréotypes. C'est seulement quand ces groupes sont protégés que nous pouvons être certains que nos propres droits sont protégés...*

La Cour a statué en faveur du demandeur d'emploi et ordonné à la compagnie SAA de l'embaucher.

En l'an 2000, une autre affaire a opposé N. au ministre de la défense de Namibie<sup>29</sup>. Le ministre était poursuivi en justice par un demandeur d'emploi qui s'était vu refuser un poste au sein de l'armée de défense namibienne (NDF) au seul motif de sa séropositivité, mise en évidence lors de l'examen médical d'embauche. Les juges de la Cour du travail namibienne ont déclaré que la NDF n'avait pas le droit d'exclure un candidat, par ailleurs sain et en bonne forme physique, au seul motif qu'un examen médical avait révélé sa séropositivité. Ils ont estimé que la NDF devait déterminer l'état d'avancement de l'infection et évaluer le niveau de dégradation du système immunitaire du candidat. Les juges ont ajouté que le test VIH seul ne suffisait pas à déterminer l'aptitude à l'emploi et ne saurait être effectué que dans le cadre d'une évaluation plus globale de l'aptitude physique. Exclure N. de la NDF pour ce seul motif était donc un cas de discrimination caractérisée, telle que définie dans les dispositions de l'article 107(1) du Labour Act<sup>30</sup> (1992). Le tribunal a ordonné à la NDF d'accepter toute nouvelle demande d'embauche de N., sous condition que l'état de santé et l'aptitude au travail de ce dernier soient satisfaisants, ce qui peut être établi par un examen de mesure de la charge virale.

<sup>29</sup> N. contre le Ministre de la défense, Affaire n° LC 24/98, jugée le 5 octobre 2000.

<sup>30</sup> L'article 107(1) ne fait pas directement référence au VIH/SIDA. Il stipule que « [si] le tribunal du travail estime (a) qu'un tiers a exercé une discrimination illicite à l'encontre d'une personne, ou s'appête à le faire, ou que cette discrimination est fondée sur le...handicap de cette personne, dans le contexte de son embauche, le tribunal du travail (i) peut rendre une ordonnance aux termes de laquelle ce tiers devra mettre fin à ces actes discriminatoires illicites, et poursuivre ou s'abstenir de poursuivre les actions indiquées, (ii) rendre d'autres ordonnances si les circonstances l'exigent. » Ce jugement constituait un pas en avant dans la lutte contre la discrimination mais quelques temps après, l'assemblée nationale a approuvé un amendement (Defence Amendment Bill, 2002) qui semble désormais permettre à l'armée de défense de Namibie d'exclure les demandeurs d'emploi au seul motif de leur séropositivité.

---

Près de dix ans plus tôt, au Canada, un arrêt important avait été rendu dans l'affaire « Thwaites contre l'armée canadienne »<sup>31</sup>. M. Thwaites, matelot-chef dans les forces armées canadiennes (FAC), avait porté plainte contre cet employeur, alléguant que celui-ci avait commis des actes discriminatoires à son encontre en restreignant ses fonctions et ses chances d'avancement puis en mettant fin à son emploi pour le seul motif de sa séropositivité. Le juge du Tribunal des droits de l'homme canadien a estimé que M. Thwaites avait été victime d'une discrimination liée à son handicap. Il a jugé que l'armée canadienne avait failli à son obligation légale en omettant de le faire profiter de mesures d'aménagement ou d'évaluer son aptitude à travailler en fonction du risque réel que représentait sa maladie pour lui-même et pour autrui. A propos de l'éventuel accroissement du risque qu'aurait pu entraîner le maintien de M. Thwaites au sein du personnel, le juge a aussi déclaré que seul un risque majeur aurait pu justifier un licenciement immédiat. La déclaration ferme du juge au sujet des mesures d'« aménagements raisonnables » est intéressante dans le contexte des qualifications exigées pour un poste, car elle reflète exactement la position de l'OIT, qui estime qu'il est nécessaire d'examiner chaque situation au cas par cas :

*L'importance de rechercher des solutions de rechange ou d'aménagement raisonnables permettant à une personne d'exercer ses fonctions ou réduisant le risque (si le risque est un facteur) est désormais à la base des lois relatives aux droits de la personne au Canada. En effet, sans aménagement raisonnable, la protection accordée par la Loi à certains groupes, les personnes handicapées surtout, serait tout à fait illusoire... Il est essentiel de composer avec les personnes handicapées de façon individuelle. Les handicaps varient considérablement. Ils présentent aussi des différences individuelles importantes au sein d'un groupe donné... Il convient de reconnaître que cela peut créer certains risques et augmenter quelque peu le fardeau des employeurs, mais c'est consentir à un bien petit sacrifice au regard de la valeur supérieure que la société attache à l'égalité des chances d'épanouissement... Un employeur ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être forcé de prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants qui représenteraient nettement pour l'entreprise un fardeau excessif sur les plans économique ou administratif.*

La décision du tribunal a été confirmée par la Cour fédérale. Cependant, peu après l'affaire Thwaites, cette même cour a jugé en deux occasions<sup>32</sup> que l'armée était en droit de licencier ou de refuser d'embaucher une personne si le risque lié à son maintien au sein du personnel était supérieur à celui encouru avec une personne saine et ce, même quand la différence de risque est insignifiante.

En 1999<sup>33</sup>, en Australie, la Haute cour a rejeté l'appel d'un soldat séropositif qui avait été exclu des forces armées australiennes (ADF) en raison de son inaptitude à effectuer un « don de sang sécurisé », ce critère faisant partie des qualifications exigées par l'armée dans le cadre de ses activités militaires. Ce soldat avait été immédiatement renvoyé dans ses foyers à la suite d'un dépistage révélant sa séropositivité, conformément à la règle interne appliquée pour toutes les nouvelles recrues porteuses du HIV. Le soldat licencié eut gain de cause devant la Commission des droits de l'homme et de l'égalité. L'armée admit qu'il y avait eu discrimination à l'encontre du soldat, selon les termes du Disability Discrimination Act (loi sur la discrimination fondée sur le handicap) de 1992, mais argua qu'il s'agissait d'une discrimination légale dans la mesure où l'insuffisance de

<sup>31</sup> [1993] CHRD No. 9 (7 juin 1993) ; Canada (Attorney General) contre. Thwaites [1994] 3 FC 38 (TD)

<sup>32</sup> Husband c. CAF et Robinson c. CAF. La Cour suprême du Canada rejeta les demandes d'appel dans les deux cas.

<sup>33</sup> X v. The Commonwealth [1999] HCA 63, 2 décembre 1999.

---

qualification constituait l'une des exceptions reconnues par cette loi. Or l'aptitude à « saigner sans mettre autrui en danger », dans des circonstances telles que le combat ou l'entraînement, figurait parmi les qualifications exigées. La commission rétorqua que cette exception n'était applicable que s'il existait un « lien manifeste entre les qualifications exigées pour le poste et le handicap en question » et déclara le licenciement illégal. Le Commonwealth déposa devant la Cour fédérale d'Australie une demande d'examen judiciaire de cette interprétation de « l'exception à la loi fondée sur l'insuffisance de qualifications ». Suite à l'injonction de la Cour fédérale de surseoir à la décision puis de porter l'affaire devant une commission différemment constituée, et susceptible de statuer en adoptant une interprétation moins restrictive, le soldat fit appel devant la Haute cour. La majorité des membres de cette Cour rejetèrent l'appel et confirmèrent l'ordre de porter l'affaire devant une commission différemment constituée, pour que celle-ci décide de l'interprétation correcte à donner à cette loi.

En Inde, le traitement judiciaire de cette question a été inauguré par des prises de position fortes selon lesquelles les qualifications requises dans certaines professions ne peuvent en aucun cas constituer un motif de licenciement discriminatoire. Dans l'affaire « M. X contre ZY AIR<sup>34</sup> », par exemple, le plaignant, manutentionnaire dans une entreprise publique, avait été rayé du tableau des effectifs et son contrat avait été résilié après qu'un test eut révélé sa séropositivité. La Haute cour de Bombay trancha en sa faveur, jugeant qu'on ne pouvait refuser un emploi à une personne séropositive tant que cette dernière était en mesure d'accomplir son travail et ne représentait pas une menace pour ses collègues. Dans l'affaire « Chotulal Shambahi Salve contre l'état du Gujarat » (2001), le plaignant avait été choisi pour un poste d'agent de police mais l'examen d'aptitude ayant révélé qu'il était séropositif, le défendeur avait enlevé son nom de la liste des nominations. La Haute cour du Gujarat jugea que cette attitude était en infraction avec l'article 14 (Egalité devant la loi) et l'article 16 (Egalité de chances en matière d'emploi public)<sup>35</sup> de la constitution indienne. Elle ordonna l'annulation de l'exclusion du plaignant et sa réintégration dans la liste des nominations.

## **Emploi et profession**

Dans la définition du concept d'emploi et de profession de l'article 1(3) de la convention n° 111, les mots « emploi » et « profession » englobent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi. Dans le paragraphe 2 de la recommandation 111 en annexe de cette convention, il est demandé aux mandants de mettre en place une politique de non-discrimination par le biais d'une loi (ou de conventions collectives, ou de tout autre moyen conforme au contexte et usages nationaux) pour couvrir les domaines suivants :

*L'accès du travailleur à la formation professionnelle et à l'emploi de son choix, selon ses aptitudes personnelles pour cette formation ou cet emploi ; la promotion du travailleur selon ses qualités personnelles, son expérience, ses aptitudes et son application au travail ; la sécurité de l'emploi ; la rémunération pour un travail de valeur égale ; les conditions de*

<sup>34</sup> 1997 Bom 406.

<sup>35</sup> L'article 16, qui ne fait pas directement référence au VIH/SIDA, contient les recommandations suivantes :

(1) Pour tout ce qui concerne le recrutement et les nominations à des emplois publics, il y aura égalité des chances pour tous les citoyens.

(2) Aucun citoyen ne pourra faire l'objet d'un traitement discriminatoire en matière d'emploi public au seul motif de la religion, de la race, de la caste, de l'origine ethnique, du lieu de naissance, du lieu de résidence ou du sexe.

---

*travail, y compris la durée du travail, les périodes de repos, les congés annuels payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail, ainsi que les mesures de sécurité sociale et les services sociaux et prestations sociales en rapport avec l'emploi ; l'emploi dans les agences gouvernementales et les services publics, ainsi que dans les services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de placement soumis au contrôle d'une autorité nationale.*

Bon nombre de lois du travail couvrant la question du VIH/SIDA comportent des dispositions très détaillées interdisant la discrimination directe ou indirecte dans tous les aspects de la vie professionnelle. Les extraits ci-après de l'Employment Equity Act<sup>36</sup> (loi sur l'égalité des chances à l'emploi) sud-africain montrent la volonté du législateur de couvrir les relations de travail sous tous leurs aspects :

*Article 1 : Les « politiques et pratiques d'emploi » incluent notamment mais non exclusivement :*

- (a) les procédures et annonces de recrutement, et les critères de sélection ;*
- (b) les nominations et les procédures de nomination ;*
- (c) le classement des emplois ou des postes ;*
- (d) la rémunération, les primes et avantages, les termes et conditions d'embauche ;*
- (e) les affectations de poste ;*
- (f) l'environnement et les équipements de travail ;*
- (g) la formation et le développement ;*
- (h) les systèmes d'évaluation des performances ;*
- (i) la promotion ;*
- (j) les transferts ;*
- (k) la rétrogradation ;*
- (l) les mesures disciplinaires autres que le licenciement, et le*
- (m) licenciement.*

Il est intéressant de noter que le Code de bonne pratique sud-africain publié en 2000 dans le sillage de cette loi et du Labour Relations Act<sup>37</sup> (loi sur les relations de travail) élargit ce champ d'application en introduisant une référence à « la santé et à la sécurité sur le lieu de travail ».

Il est donc clair que le principe de non-discrimination doit être la règle dans le plus grand nombre possible d'activités liées au travail, qu'il s'agisse du recrutement, de la formation et de la promotion, du maintien d'un salarié dans l'entreprise ou de la fixation des termes et conditions d'embauche. Les législateurs qui s'efforcent de promouvoir cette notion dans tous les aspects de la vie professionnelle doivent apporter un soin particulier à la définition des termes « emploi » et « travail », au risque de voir tous ces efforts déployés en pure perte.

Le terme « profession » est généralement défini comme l'activité professionnelle, l'activité commerciale ou le type de travail exercé par une personne, indépendamment de son statut professionnel ou du secteur d'activité concerné. Cette fraction de la population active regroupe tous les travailleurs, des agriculteurs aux artisans, en passant par les

<sup>36</sup> N° 55, 1998.

<sup>37</sup> N° 66, 1995, publiée dans le journal officiel *Official Gazette* n° 16861 du 13 décembre 1995.

---

professions juridiques (une hétérogénéité qui se reflète à travers la grande diversité des conditions d'accès à ces métiers et des pratiques en matière de défense du principe de non-discrimination).

## Champ d'application

En général, la législation du travail s'applique plutôt aux « salariés » qu'aux « travailleurs. Aussi est-il important de souligner que les directives pratiques du BIT et les normes internationales du travail s'adressent à tous les travailleurs et travailleuses, indépendamment de leur lieu de travail ou de leur statut contractuel. Cependant, il est clair que dans bien des pays, la législation du travail ne s'intéresse qu'à l'économie formelle.

Comme l'a indiqué le directeur général de l'OIT, en 1999, dans son rapport à la Conférence internationale du travail :

*Du fait de ses origines, l'OIT s'est surtout intéressée aux besoins des salariés – hommes en majorité – travaillant dans des entreprises de type classique. Mais ce n'est qu'une partie de son mandat et qu'une partie du monde du travail. Presque tout le monde travaille, ce qui ne signifie pas que tout le monde a un employeur. En outre, il y a beaucoup de personnes surchargées de travail et beaucoup de chômeurs aussi. L'OIT ne doit pas s'occuper uniquement du marché du travail officiel mais aussi des salariés non protégés, des travailleurs indépendants, des travailleurs à domicile. Tous ceux qui travaillent ont des droits au travail. La Constitution de l'OIT vise une amélioration des « conditions de travail », que la main-d'œuvre soit organisée ou non et qu'elle travaille dans le secteur formel, dans le secteur informel, à domicile, dans une collectivité ou encore dans le secteur associatif.*

Le problème est que même quand la législation et les codes du travail sont déclarés applicables dans le cadre de l'économie informelle, les instances juridiques et les magistrats les font rarement respecter. Les gouvernements doivent s'efforcer de garantir la plus large application possible des législations couvrant le VIH/SIDA, notamment dans l'économie informelle.

Un exemple d'extension de la couverture de la législation à des groupes de travailleurs qui en sont habituellement exclus est fourni par le VIH/SIDA Act n° 5 du Mozambique :

*Article 3 (champ d'application) : Cette loi concerne toutes les formes de discrimination et s'applique à tous les travailleurs et demandeurs d'emploi des secteurs public et privé, y compris les employés de maison.*

---

## Chapitre IV – Finalité de la législation

Les dispositions ci-après sont introduites par un texte clair expliquant la finalité de la loi. Dans certaines pratiques parlementaires, cette finalité apparaît dans le titre complet ou dans le préambule de la loi, puis elle est reprise dans le corps du texte ; dans d'autres, elle fait l'objet d'une disposition initiale distincte. Plus qu'une simple caractéristique stylistique, l'exhaustivité de la déclaration d'intention apporte un éclairage précieux sur le problème que se propose de traiter la législation. Quand l'objet de la loi recouvre plusieurs facettes, les dispositions qui suivent sont parfois très longues. Si, en revanche, la question du VIH/SIDA est la seule couverte, le texte est généralement plus concis et comporte des renvois à d'autres lois et régulations offrant une vue complète de la législation et de la protection offerte.

Un exemple du premier style rédactionnel décrit ci-dessus est offert par le titre complet de la loi philippine :

*Loi portant promulgation d'une politique sur le VIH/SIDA et prescrivant des mesures de prévention et de contrôle du VIH/SIDA aux Philippines, instituant un programme d'information et de formation sur le VIH/SIDA à l'échelon national, établissant un système global de surveillance du VIH/SIDA et renforçant le Conseil national philippin de lutte contre le sida et autres fléaux.*

Ce préambule est suivi d'un assez long commentaire sur la finalité de la loi :

*Article 2 : Déclaration de politique – Le syndrome d'immunodéficience humaine (sida) est une maladie qui ne connaît aucune frontière territoriale, sociale, politique et économique, et de laquelle on ne guérit pas. La gravité de la menace qu'elle fait peser exige de l'Etat qu'il prenne de toute urgence des mesures vigoureuses ; à cette fin :*

- (a) l'Etat doit renforcer la sensibilisation de l'opinion publique aux causes, modes de prévention et de contrôle du VIH/SIDA en s'appuyant sur une campagne nationale d'éducation et d'information dont il assurera l'organisation et le suivi. La campagne doit promouvoir une formation de qualité, adopter une approche scientifique, considérer la famille comme l'entité sociale de base, et être menée dans tous les établissements scolaires, les centres de formation, les lieux de travail et les communautés. Les personnes et groupes affectés, incluant les personnes vivant avec le VIH/SIDA, doivent participer à ce programme.*
- (a) l'Etat doit garantir à toute personne réellement ou supposément infectée par le VIH/SIDA la protection pleine et entière des droits humains et des libertés civiles.*

*A cette fin :*

- (1) le dépistage obligatoire du VIH est considéré comme illégal, sauf dans les conditions spécifiées par la présente loi ;*
- (2) le droit des personnes séropositives au respect de la vie privée doit être garanti ;*
- (3) la discrimination, sous toutes ses formes et subtilités, exercée à l'encontre des personnes réellement ou supposément contaminées par le VIH, doit être considérée comme portant atteinte à l'intérêt de ces personnes et de la nation ; et*
- (4) des services médicaux et sociaux de base doivent être garantis aux personnes séropositives ;*
- (c) l'Etat doit promouvoir l'application la plus large possible des précautions universelles de sécurité lorsque les pratiques et les procédures utilisées présentent un risque de transmission du VIH ;*
- (d) l'Etat doit effectivement s'attaquer aux facteurs favorisant la propagation du VIH en vue de les éradiquer, incluant, de façon non limitative, la pauvreté, les inégalités entre hommes et femmes, la promotion, la marginalisation, la consommation de drogues et l'ignorance.*

- 
- (e) *l'Etat doit reconnaître le rôle potentiel que peuvent jouer les personnes affectées dans la diffusion d'informations et de messages éducatifs fondamentaux sur le VIH/SIDA, et il devrait exploiter leur expérience personnelle pour alerter la population des dangers de la maladie.*

Au Guatemala, la loi de prévention du VIH/SIDA et de promotion et de défense des droits de l'homme face au VIH/SIDA (General Act to Fight VIH/SIDA and Promote, Protect and Defend Human Rights in the Face of VIH/SIDA)<sup>38</sup> offre un exemple de déclaration plus courte :

*Objet et champ d'application de la loi*

*Article 1 : L'infection par le VIH (virus de l'immunodéficience humaine) / SIDA (syndrome de l'immunodéficience acquise) constitue un problème social engendrant une situation d'urgence nationale.*

<sup>38</sup> Décret No. 27-2000-06-26 de 2000.

---

## Chapitre V - Le principe fondamental de non-discrimination

L'un des piliers du Recueil de directives pratiques du BIT est le droit de chacun à ne subir aucune discrimination fondée sur la séropositivité, que celle-ci soit réelle ou supposée<sup>39</sup>. Quels qu'en soient les critères, la discrimination est contraire aux principes de la dignité dans le travail. Cependant, quand elle vise des personnes séropositives ou supposées telles, elle est encore plus dangereuse car elle contraint les victimes de l'épidémie à la clandestinité, réduisant à néant les efforts de prévention : les gens n'osent plus s'informer pour savoir s'ils sont contaminés, hésitent à se faire soigner ou craignent de cesser leurs pratiques à risque de peur que ces démarches n'éveillent la suspicion sur leur éventuelle séropositivité.

Dans la plupart des pays qui ont adopté une législation sur le SIDA, ce principe fondamental est énoncé dans les premières lignes du texte de loi. De nombreux textes comportent également une déclaration précisant que la loi concernée relève d'une approche fondée sur les droits et, plus particulièrement, sur les Droits de l'homme. D'autres mentionnent explicitement la dimension de genre de l'épidémie et incluent des dispositions qui visent plus particulièrement à protéger les femmes de la discrimination.

La convention n°111 de l'OIT semble avoir servi de modèle à bon nombre de textes. La formulation de l'article 1 est souvent reprise, mais avec l'adjonction de l'expression « séropositivité réelle ou supposée ».

La loi Employment Act<sup>40</sup> des Bahamas en est un bon exemple :

*Article 6 : Non discrimination et égalité de salaire à travail égal.*

*Il est interdit à tout employeur et à quiconque agissant en son nom d'exercer à l'encontre d'un travailleur une discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, le statut marital, les opinions politiques ou le statut VIH :*

*(a) en lui refusant un emploi, des opportunités d'avancement ou de formation, ou d'autres avantages, en le licenciant ou en lui faisant subir d'autres désagréments sur le seul critère de sa race, de sa couleur, de son sexe, de son statut marital, de ses opinions politiques ou de sa séropositivité ;*

*(b) en lui versant un salaire inférieur à celui perçu par ses collègues effectuant sensiblement le même travail ou un travail de même valeur accompli dans le même établissement, ou un travail exigeant sensiblement les mêmes compétences, les mêmes efforts et la même prise de responsabilité, et pour lequel les conditions de travail sont identiques, sauf dans le cas où la rémunération est fondée sur l'ancienneté, le mérite, le chiffre d'affaires, la quantité ou la qualité produite, ou tout autre critère autre que la race, la couleur, le sexe, le statut marital, les opinions politiques ou le statut VIH ;*

*(c) en procédant à des dépistages avant embauche du VIH/SIDA : pour autant que le présent article ne contredise pas le texte d'une autre loi ou les termes d'un contrat stipulant un âge de retraite.*

<sup>39</sup> Paragraphe 4.2 du Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le lieu de travail : « Dans l'esprit du travail décent et dans le respect des droits de l'homme et de la dignité des personnes infectées par le VIH ou malades du SIDA, les travailleurs ne devraient pas faire l'objet de discrimination au motif de leur statut VIH, qu'il soit réel ou supposé. La discrimination et la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH/SIDA entravent les efforts de prévention du VIH/SIDA. »

<sup>40</sup> N° 27, 2001, publiée dans le journal officiel *Official Gazette* du 31 décembre 2001.



---

## Non-discrimination dans le contexte des voyages

L'objet du présent document n'est pas de donner des orientations politiques concernant la législation sur l'immigration. Cependant, un certain nombre de lois du travail qui traitent de la question du VIH/SIDA incluent également des dispositions et des mesures de protection en faveur des personnes qui voyagent à l'étranger dans le cadre de leur travail ou de leurs études. L'ignorance et la peur de la contamination aidant, les déplacements et migrations pour raisons professionnelles, scolaires ou universitaires ont été soumis à toutes sortes de restrictions. En 2002, le département d'état américain a publié une liste des 60 pays dont les ressortissants sont tenus, en diverses circonstances, de se soumettre à un test de dépistage du VIH avant de pénétrer sur le territoire des États-unis.<sup>41</sup>

Dans certains pays, les lois sur le VIH/SIDA exigent des étrangers qu'ils déclarent leur statut VIH dès leur entrée sur le sol national. Que cette approche soit le meilleur moyen de prévenir la stigmatisation dont sont souvent victime les porteurs du virus reste à démontrer. Au Vietnam, l'ordonnance sur la prévention et la lutte contre l'infection par le VIH/SIDA<sup>42</sup> comporte la disposition suivante :

*Article 19 : Toute personne étrangère infectée par le VIH/SIDA doit en faire la déclaration dès qu'elle pénètre sur le sol vietnamien. La procédure de déclaration fera l'objet d'une directive officielle.*

Fidèles à l'esprit de leur législation sur le VIH/SIDA, d'autres pays énoncent clairement que la non-discrimination doit aussi être appliquée à la libre circulation des personnes dans et hors du territoire national. La loi cambodgienne<sup>43</sup>, par exemple, comporte un texte spécifique interdisant la discrimination dans le monde du travail mais elle complète ce dernier par la liste de tous les autres domaines dans lesquels cette discrimination est proscrite (accès aux établissements scolaires et universitaires, aux postes de l'administration et des services publics, aux services financiers et de santé, etc.). Cette loi contient également une disposition interdisant les pratiques qui visent à isoler les porteurs du VIH et à restreindre leurs déplacements :

*Article 38 : Toute personne vivant avec le VIH/SIDA doit disposer de ses pleins droits en termes de libre choix de résidence. Aucune personne ne pourra être tenue à l'écart ou isolée, ou se voir refuser le droit d'entrer ou de voyager dans le pays, ou être exclue, en raison de sa séropositivité réelle ou supposée, ou celle de membres de sa famille.*

<sup>41</sup> [www.travel.state.gov/HIVtestingreqs](http://www.travel.state.gov/HIVtestingreqs).

<sup>42</sup> Du 31 mai 1995, publiée dans le journal officiel *Official Gazette* n° 17 du 15 septembre 1995.

<sup>43</sup> Du 8 décembre 2002, adoptée par l'Assemblée nationale le 14 juin 2002 et par le Sénat le 10 juillet 2002.

---

## Chapitre VI - Critères de discrimination prohibés

Comme nous l'avons vu plus haut, la convention n° 111 énumère sept critères de discrimination mais le VIH/SIDA n'en fait pas partie. Des suggestions pour élargir la protection assurée par cette convention ont été proposées dans bon nombre de forums OIT. Dans ces discussions, la discrimination au motif du VIH/SIDA est envisagée par rapport à l'« état de santé ».

Quand les premiers cas de SIDA sont apparus, au début des années 1980, la plupart des pays possédaient dans leur panoplie de textes diverses lois sur les maladies transmissibles. Dans le climat d'ignorance et de peur qui prévalait alors, ce fut bien souvent cet instrument de santé publique qui fut employé pour traiter le problème du VIH/SIDA de manière globale et sur le lieu de travail, à une époque où l'on croyait encore la contagion possible. L'approche législative la plus courante consistait à exiger des personnes infectées par le VIH qu'elles en fassent la déclaration auprès des autorités. La comptabilisation des cas a certes son utilité quand il s'agit de mesurer l'étendue de l'épidémie mais avec ces premières lois et mesures de surveillance de la santé publique, le respect de la confidentialité n'était pas toujours garanti. Sous la pression croissante de l'opinion publique, qui réclamait une plus grande confidentialité et une meilleure protection des droits et de la dignité des personnes vivant avec le VIH/SIDA, ces lois de déclaration obligatoire furent finalement amendées. Cependant, jusqu'en 1997, l'OMS signalait encore des centaines de lois imposant cette déclaration.

### Le VIH comme critère à part entière

Il existe de nombreux exemples, notamment en Afrique sub-saharienne, de lois du travail ou de lois dédiées au VIH qui interdisent la discrimination fondée sur la séropositivité supposée ou réelle. Certaines remontent à la fin des années 1980 mais d'autres ont été adoptées ces dernières années.

En 1998, la Réglementation sur les relations de travail (VIH et SIDA)<sup>44</sup> du Zimbabwe interdit la discrimination sur le lieu de travail. Dans le sillage de cette loi, le dépistage non volontaire est interdit, une large diffusion de la nouvelle réglementation est exigée et des sanctions sévères sont prévues à l'encontre des employeurs qui ne la respectent pas. La décision d'imposer des sanctions lourdes (telles que l'emprisonnement) a soulevé des controverses car d'un côté, elle montre que le gouvernement est déterminé à agir mais de l'autre, elle risque de susciter l'hostilité des employeurs au lieu d'encourager ces derniers à coopérer.

En Namibie, le Code national sur le VIH/SIDA et le lieu de travail<sup>45</sup> et les directives qui l'accompagnent offrent une protection contre la victimisation et la stigmatisation. A l'instar de la réglementation zimbabwéenne, ce code condamne le dépistage non volontaire mais il ne s'accompagne d'aucune disposition relative à son application.

<sup>44</sup> Supplément au journal officiel *Government Gazette*, 14 août 1998. La loi principale a été amendée en 2002.

<sup>45</sup> Notice administrative n° 78, publiée dans le journal officiel *Government Gazette* du 3 avril 1998.

---

L'Employment Equity Act<sup>46</sup> sud-africain de 1998 interdit la discrimination fondée sur la séropositivité et le dépistage non volontaire (sauf autorisation spéciale de la juridiction du travail). C'est à l'employeur qu'incombe la responsabilité de démontrer le bien-fondé du dépistage. Dans toutes les procédures légales où des allégations de discrimination sont portées à l'encontre d'un employeur, celui-ci doit prouver la légitimité de cette discrimination. La loi prévoit de lourdes pénalités financières en cas de violation de ces dispositions.

Aux Philippines, le SIDA Prevention and Control Act de 1988 stipule que « l'Etat doit garantir à toute personne réellement ou supposément infectée par le VIH/SIDA la protection pleine et entière des droits humains et des libertés civiles. » Cette loi interdit le dépistage obligatoire, la discrimination « sous toutes ses formes et subtilités » et le licenciement fondé sur la séropositivité réelle ou supposée. Son application a exigé l'action coordonnée de divers ministères et départements dans les domaines de l'éducation et de l'information, l'adoption de pratiques et de procédures sans danger, le développement du dépistage volontaire, la création de services de dépistage, de conseil et de suivi, ainsi que celle d'un conseil national de lutte contre le sida doté d'un budget conséquent. La loi prévoit également une formation sur les moyens d'existence ainsi que des programmes coopératifs d'entraide pour les personnes vivant avec le VIH/SIDA, afin de permettre, si possible, à ces personnes de continuer à assurer leur propre subsistance. Les sanctions pour violation de cette législation incluent l'emprisonnement (six mois à quatre ans), des amendes et la révocation des licences d'exploitation.

## L'état de santé

Pour traiter le problème du VIH/SIDA, divers pays ont fait appel aux dispositions existantes en matière d'interdiction de la discrimination fondée sur l'état de santé. Le conseil d'administration de l'OIT décrit cette approche comme suit :<sup>47</sup>

*L'état de santé ne devrait pas être un motif acceptable de refus d'un emploi ou de licenciement, en l'absence d'une relation très stricte entre l'état de santé actuel du travailleur et les exigences professionnelles normales requises pour l'exercice d'un emploi donné. Des mesures de différents types ont été adoptées à cet égard suivant les pays, certaines concernant l'état de santé en général, en tenant compte du fait que l'un des problèmes actuels liés à l'état de santé est la discrimination dont peuvent faire l'objet les travailleurs infectés par le VIH ou malades du SIDA. Les pays qui ont adopté des dispositions sur le sujet considèrent qu'une définition des discriminations illicites découlant du statut VIH d'une personne devrait être aussi large que possible et universelle. Une telle définition devrait inclure aussi bien les discriminations à l'encontre des séropositifs symptomatiques que celles envers les séropositifs asymptomatiques, comme les discriminations fondées sur le seul soupçon qu'une personne donnée pourrait être séropositive, de par son appartenance à une catégorie de personnes dites à risque, ou de par ses relations avec une personne séropositive. Plus de 15 pays ont inscrit dans leur législation des dispositions interdisant tout type de discrimination fondée sur l'état de santé, qui protègent aussi les personnes infectées par le VIH ou malades du SIDA, parmi lesquels les pays suivants : Afrique du Sud, Colombie, Costa Rica, Equateur, Finlande, France, Hong Kong, Italie, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, Thaïlande et Zimbabwe. Plusieurs Etats Membres classent les personnes infectées par le VIH/SIDA dans la catégorie des personnes handicapées, par exemple l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni. Une telle disposition serait conforme au Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail récemment adopté.*

<sup>46</sup> Loi n° 55 de 1998 et Code de bonne conduite édicté sous cette loi en tant que Notice n° R. 1298 dans le journal officiel *Government Gazette* du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

<sup>47</sup> Document du Conseil d'administration GB.285/2, op.cit., parag. 26.

---

En 1995, Hong Kong (région administrative spéciale de Chine) a publié la Disability Discrimination Ordinance, un décret interdisant la discrimination à l'encontre des personnes handicapées. Cette ordonnance relève de l'approche plus ancienne fondée sur l'état de santé et du besoin de contenir les épidémies mais elle inclut une disposition intéressante qui reflète la réalité médicale quant aux risques de propagation du virus :

*Article 61(1) : Sous réserve du paragraphe (2), aucune partie du contenu de la présente ordonnance ne saurait s'appliquer à une personne qui exerce une discrimination à l'encontre d'une autre personne atteinte d'un handicap si :*

*le handicap en question est une maladie infectieuse ; et si*

*l'acte discriminatoire est raisonnablement nécessaire pour protéger la santé publique.*

*(2) Pour éliminer toute possibilité de doute, il est déclaré par le présent article que le paragraphe (1) ne saurait en aucun cas s'appliquer à une personne infectée par le VIH ou affectée par le syndrome d'immunodéficience humaine (connu sous le nom de SIDA) au simple motif que cette personne se trouve dans cet état.*

## Handicap

Tandis que la reconnaissance de l'épidémie en tant que question relevant des droits de l'homme gagnait peu à peu du terrain, la législation sur le handicap (et en particulier l'interdiction de la discrimination fondée sur la séropositivité) constituait la principale protection des personnes vivant avec le VIH.<sup>48</sup> Les lois récentes sur le handicap visent à protéger ces dernières contre la discrimination et à assurer, autant que possible, leur insertion dans le monde du travail et dans la société en général. Pour garantir l'égalité de traitement, ces lois contiennent souvent des dispositions détaillées obligeant les employeurs à prendre des mesures d'« aménagement raisonnable » au niveau de l'environnement de travail, de l'organisation, des horaires ou de la planification des tâches. De telles mesures permettent aux personnes souffrant d'un handicap de se maintenir au travail aussi longtemps que possible, ce qui présente un double avantage : la pression sur les organismes de protection sociale s'en trouve réduite et les individus concernés peuvent ainsi vivre dans la dignité. Ces lois sont notamment utiles quand une personne a développé certains symptômes du VIH mais demeure apte à effectuer un travail. Le législateur devra toutefois apporter le plus grand soin à la définition du terme « handicap » et à celle des droits et obligations qui lui sont associés aux termes de ces lois. Si cette définition est trop vague, son interprétation restrictive par un tribunal ou une cour pourrait rendre la décision finale incertaine (voir, plus haut, les exemples de cas impliquant l'armée). Par exemple, alors que la plupart des tribunaux des États-Unis ont reconnu que le VIH était un handicap en soi, un récent arrêt de la Cour suprême<sup>49</sup> a donné une interprétation restrictive de la loi en question. Pour bénéficier de la protection de la loi fédérale, le plaignant devra désormais prouver que l'infection par le VIH limite de manière importante une activité essentielle de sa vie, seule condition à laquelle celle infection pourra être reconnue comme un handicap. Cet arrêt affaiblit considérablement la protection dont bénéficient les personnes séropositives asymptomatiques sous la loi fédérale.

En dépit de cette décision de la Cour suprême, l'Americans with Disabilities Act (loi sur les Américains souffrant d'un handicap), édicté en 1990 mais effectif depuis 1994,

<sup>48</sup> Il s'agit de la conclusion d'une étude américaine intitulée *Legal protections against VIH-related discrimination in the USA : A 50-state analysis*, par B. Schatz ; ce résumé a été présenté à la Conférence internationale sur le SIDA, les 4 et 9 juin 1989.

<sup>49</sup> *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, c. contre Williams* (N° 00-189, 8 janvier 2002) [2002] SCT-QL5.

---

représente une véritable avancée en matière de prévention du VIH sur le lieu de travail et de protection. Pour bénéficier des avantages de cette loi, les salariés doivent déclarer leur handicap (et donc leur séropositivité) à leur employeur. La loi comporte des dispositions qui limitent le risque de stigmatisation dont ils sont souvent l'objet. Les travailleurs et travailleuses vivant avec le VIH/SIDA doivent être reconnus comme « par ailleurs qualifiés », c'est-à-dire aptes à accomplir les tâches liées à leur fonction, avec ou sans aménagement de leur lieu de travail. La loi oblige en effet les employeurs à prendre, selon leurs moyens, des mesures d'« aménagement raisonnable » en faveur des personnes handicapées. Citons parmi ces mesures la réorganisation du travail, le changement d'affectation, l'adaptation de l'équipement et des outils, la modification des modules d'examen et de formation, l'assouplissement des horaires et l'octroi de congés de maladie supplémentaires. Les malades gravement atteints qui ne peuvent plus remplir leurs fonctions sont couverts par le système de sécurité sociale ou l'assurance invalidité privée de l'employeur.

L'approche adoptée dans le Rehabilitation Act américain de 1973 (amendé en 1974 et en 1978) est intéressante à cet égard :

*Appliqué à une personne, le terme « handicap » signifie :*

*(1)(i) une déficience corporelle ou mentale qui limite de manière substantielle l'accomplissement d'une ou de plusieurs activités majeures de la vie de cette personne ; le fait d'être considéré comme atteint d'une telle déficience...*

*(ii) l'expression « déficience corporelle ou mentale » recouvre notamment mais non exclusivement les maladies et états contagieux ou non contagieux tels qu'affections orthopédiques, troubles de la vue, de l'ouïe et de la parole, paralysie cérébrale, épilepsie, dystrophie musculaire, sclérose en plaques, cancer, maladies cardiaques, diabète, retard mental, maladies émotionnelles, troubles de l'apprentissage spécifiques, VIH (qu'il soit à caractère symptomatique ou asymptomatique), tuberculose, toxicomanie et alcoolisme...*

*(2) l'expression « activités majeures de la vie » recouvre des activités telles que prendre soin de soi, accomplir des tâches manuelles, marcher, voir, entendre, parler, respirer apprendre et travailler. [non souligné dans l'original]*

L'approche adoptée par Hong Kong offre un autre exemple. La DDO ou Disability Discrimination Ordinance (DDO) de 1995, interdit la discrimination, le harcèlement ou le dénigrement fondé sur le handicap dans divers domaines et, notamment, pour tout ce qui concerne l'emploi et la formation. La définition du handicap inclut « la présence dans l'organisme d'un corps étranger ayant engendré ou capable d'engendrer une maladie ». Le VIH/SIDA (même à caractère asymptomatique) est compris dans cette définition. La protection contre la discrimination s'étend aux proches de la personne infectée tels que le conjoint ou le concubin, les membres de la famille, le personnel d'assistance ou ses partenaires dans des activités comme le sport, les loisirs ou la vie professionnelle. L'ordonnance DDO interdit à un employeur de licencier un salarié en raison de sa séropositivité. Il doit d'abord déterminer si cette personne est capable d'accomplir les tâches afférentes à sa fonction. Si cela est dans ses possibilités, il doit en outre aider cet employé à accomplir son travail en prenant des mesures d'aménagement adaptées et protéger celui-ci de tout harcèlement ou dénigrement. Les réclamations peuvent être adressées à l'Equal Opportunities Commission (commission pour l'égalité des chances) qui effectue alors une enquête et tente de parvenir à une conciliation. Si cette démarche ne donne pas de résultat, le cas peut être porté devant un tribunal. La commission pour l'égalité des chances aide en outre les plaignants à faire valoir leurs droits, notamment en leur fournissant une assistance juridique. L'adoption de la DDO a été suivie de la publication d'un code des bonnes pratiques en matière d'emploi. Ce code se propose d'aider les employeurs et les salariés à mieux cerner leurs responsabilités respectives et délivre des conseils quant aux pratiques et procédures les plus efficaces pour lutter contre la discrimination et autres actes répréhensibles sur le lieu travail. Le handicap y est défini comme suit :

---

*Déficience physique, intellectuelle, mentale, sensorielle, neurologique ou troubles de l'apprentissage. Sont également compris dans cette définition la défiguration physique, les maladies chroniques et la présence dans l'organisme d'un agent infectieux (tel que le VIH).*

En Grande-Bretagne, le Disability Discrimination Act (DDA), adopté en 1995, interdit la discrimination fondée sur le handicap à l'encontre d'un employé ou d'un demandeur d'emploi et ce, dans tous les aspects de la vie professionnelle. La définition du handicap inclut explicitement le VIH/SIDA. Toutefois, elle ne couvre cette maladie qu'à son stade symptomatique. Un amendement de la DDA couvrant le VIH à partir de l'instant où il est diagnostiqué a été annoncé par la reine lors de son discours au Parlement, le 26 novembre 2003. Cette loi, qui n'est applicable que dans les sociétés employant au moins 15 personnes, interdit de licencier un employé en raison de sa séropositivité. Elle demande également aux employeurs de prendre des mesures d'« aménagement raisonnable » pour aider les personnes souffrant du VIH/SIDA ou d'un autre handicap à se maintenir au travail. Ces aménagements peuvent consister à changer l'emploi du temps de l'employé, à lui permettre de s'absenter durant les heures de travail pour se rendre à des séances de soin ou de réadaptation, à le délester d'une partie de ses tâches ou de le réaffecter à un autre poste. Les employeurs sont responsables des actes discriminatoires dont se rendent coupables leurs salariés, même si ces actes sont commis sans leur approbation ou sans qu'ils en soient informés, sauf s'ils peuvent prouver que toutes les « mesures raisonnables » pour empêcher de tels actes ont été prises (par exemple, règlements intérieurs prohibant la discrimination ou l'organisation dans l'entreprise de séances d'information consacrées à ce problème). Les plaintes peuvent être adressées à un tribunal du travail habilité à accorder des indemnités pour préjudice moral, manque à gagner ou autres préjudices. Celui-ci peut également ordonner des mesures raisonnables visant à prévenir ou à réduire les facteurs qui favorisent de tels préjudices. Abstraction faite des problèmes qu'a pu engendrer la définition du terme « handicap », la DDA s'est révélée un outil efficace pour aider les personnes vivant avec le VIH/SIDA à défendre leurs droits en matière d'emploi<sup>50</sup>.

En Nouvelle-Zélande, le Human Rights Act, loi sur les droits de l'homme promulguée en 1993, constitue un autre exemple original de texte couvrant l'invalidité liée à un virus, bien que le VIH n'y soit pas explicitement mentionné :<sup>51</sup>

*Article 21 : Critères de discrimination prohibés.*

*(1) La présente loi interdit les critères de discrimination suivants : ... (h) le handicap, dont la définition inclut... (viii) la présence dans l'organisme d'un agent infectieux.*

## **Groupes marginalisés ou désavantagés**

En Roumanie, l'article 2 de l'Emergency Ordinance No. 137/2000 on Preventing and Punishing All Forms of Discrimination<sup>52</sup>, ordonnance destinée à prévenir toutes les formes de discrimination, interdit la discrimination au motif de « l'appartenance à une catégorie défavorisée ». L'expression « catégorie défavorisée » est à son tour définie en tant que « catégorie placée dans une position d'inégalité par rapport à la majorité de la population, en raison de l'origine sociale ou du handicap de ses membres, ou personnes confrontées au rejet ou à la marginalisation pour des motifs spécifiques tels que l'infection par le

<sup>50</sup> S. Deutz, S. Pitt, L. Joseet dans la revue *Canadian VIH/SIDA Policy and Law Review*, vol. 5, Numéro 2/3, Ottawa, printemps/été 2000.

<sup>51</sup> N° 82 du 10 août 1993.

<sup>52</sup> Janvier 2002

---

VIH/SIDA ». En matière d'égalité des chances, l'ordonnance interdit la discrimination dans des domaines tels que la conclusion, la suspension ou la modification des contrats de travail, la rémunération et les avantages sociaux, la formation et la promotion.

---

## Chapitre VII - Conditions d'emploi

### Conditions générales

L'expression « conditions d'emploi » est clairement définie dans le texte de la recommandation n° 111 concernant la discrimination au travail :

*La promotion de l'individu selon ses qualités personnelles, son expérience, ses aptitudes et son application au travail ; la sécurité de l'emploi ; la rémunération pour un travail de valeur égale ; les conditions de travail, y compris la durée du travail, les périodes de repos, les congés annuels payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail, ainsi que les mesures de sécurité sociale et les services sociaux et prestations sociales en rapport avec l'emploi.*

Au Botswana, pays où il n'existe aucune loi spécifique sur le VIH/SIDA dans le monde du travail, cette question est abordée dans une « loi moue » (soft law) instaurée sous l'égide du Trade Disputes Act (loi sur les conflits du travail). Le National Industrial Relations Code of Good Practice (code des bonnes pratiques dans les relations professionnelles), approuvé par le Botswana Labour Advisory Board (Conseil consultatif du travail) le 23 août 2002, contient les dispositions suivantes :

12. *Le VIH/SIDA sur le lieu de travail*

12.1 *Face au danger que représente la propagation du VIH/SIDA et celle des autres virus de maladie infectieuse ou contagieuse, il est conseillé à tous les employeurs de suivre les recommandations de la politique nationale sur le VIH/SIDA et le monde du travail.*

12.2 *Les employeurs, les employés et tous les cadres de l'entreprise sont invités à se conformer aux instructions du Code of Good Practice : VIH/SIDA and Employment (Code des bonnes pratiques concernant le VIH/SIDA et l'emploi).*

En annexe de ce Code, un texte consacré à la question du VIH/SIDA sur le lieu de travail passe en revue un grand nombre de termes et de conditions d'emploi.

### Milieu de travail sain

Un milieu de travail sain sert aussi bien les intérêts des employeurs que ceux des salariés. La prévention et le traitement des maladies professionnelles dues à une exposition au VIH devraient faire partie des critères qui définissent un tel environnement. Créer un milieu de travail sain, c'est concevoir un environnement qui garantisse le meilleur état de santé physique et mentale possible et qui permette d'adapter le travail aux possibilités de chacun, selon son état de santé physique et mentale. Le cas échéant, cela consiste aussi à prendre des mesures « d'aménagement raisonnable » pour aider les personnes vivant avec le VIH/SIDA. Ce principe essentiel est énoncé dans le Recueil de directives pratiques du BIT, au paragraphe 5.2 (h).

Le Code botswanais des bonnes pratiques concernant le VIH/SIDA et l'emploi, publié en 2002, donne une liste complète des obligations des employeurs, des salariés et de leurs représentants, en matière de sécurité et de santé sur le lieu de travail :

7. *Promouvoir un environnement de travail sain dans une société saine*

7.1 *Tout employeur est tenu de fournir, dans la mesure du raisonnable, un environnement sécurisé et sans risque pour la santé des employés.*

7.2 *Dans le cadre de leur engagement à combattre le VIH/SIDA dans la société en général, les employeurs, les salariés et les syndicats doivent soutenir les programmes d'éducation et de formation qui visent à réduire les risques liés au VIH/SIDA en-dehors du lieu de*



---

*travail, et favoriser la diffusion d'informations sur les modes de transmission du virus. Sont compris dans ces risques ceux qui résultent de rapports sexuels non protégés ou de rapports sexuels avec des partenaires multiples.*

7.3 *Le risque de transmission du VIH sur le lieu de travail est minime. Toutefois, il peut advenir que du sang soit répandu lors d'un accident de travail, ou dans l'exercice d'une profession de santé. Il convient d'instaurer sur chaque lieu de travail des règles qui prennent en compte les éléments suivants :*

- (1) le risque éventuel de transmission sur le lieu de travail pour les personnes exerçant certaines professions ;*
- (2) la nécessité de dispenser une formation appropriée sur les mesures de prévention propres à réduire le risque de transmission du VIH sur le lieu de travail ou en dehors de celui-ci ;*
- (3) la nécessité de fournir au personnel un équipement et un matériel qui le protège du risque d'exposition au VIH sur le lieu de travail ;*
- (4) les mesures à prendre en cas d'accident de travail ;*
- (5) la procédure à appliquer par l'employé pour obtenir une indemnisation en cas de contamination par le virus dans l'exercice de sa profession ;*
- (6) la nécessité de signaler tous les accidents de travail ; et*
- (7) la nécessité de mettre en place un dispositif de surveillance de l'exposition au VIH afin que les conditions requises pour l'obtention d'une éventuelle indemnisation puissent être réunies.*

## **Licenciements et sécurité de l'emploi**

De nombreux commentateurs considèrent le licenciement comme le principal effet secondaire de la séropositivité dans le monde du travail. La jurisprudence des deux dernières décades est majoritairement constituée d'affaires concernant des plaintes pour licenciement abusif lié à la séropositivité. Le Recueil de directives pratiques du BIT, qui fixe la norme internationale pour les décisions de ce type, est parfaitement clair à cet égard : le licenciement fondé sur la séropositivité supposée ou réelle est rigoureusement interdit (principe fondamental 4.5).

La loi philippine proscrit le licenciement dans sa disposition générale sur la discrimination sur le lieu de travail :

*Article 35 : La discrimination sous toutes ses formes, préalable à l'emploi et en cours d'emploi (recrutement, promotion ou affectation), basée sur la séropositivité réelle ou supposée, d'une personne est interdite. Le licenciement fondé sur la séropositivité, réelle ou supposée, est considéré comme une violation de la législation.*

En 1995, la communauté caribéenne (CARICOM) a adopté pour ses Etats Membres un modèle de législation du travail comportant un article sur le licenciement. Ce texte mentionne explicitement le VIH parmi les critères interdits mais comporte une disposition traitant du cas particulier de certaines professions de santé :

*Article 16 : Licenciement abusif*

*Les motifs ci-après ne constituent pas des raisons valables de licenciement ou d'application de sanctions disciplinaires :...*

*(f) la séropositivité d'un employé, sauf si cet employé exerce une profession de santé...*

Au Botswana, le code des bonnes pratiques concernant le VIH/SIDA et l'emploi (2002) montre comment le jeu des références croisées entre textes spécifiques et textes généraux permet de définir une norme générale claire en matière de licenciement :

---

### *Licenciement*

7.1 *Les employés contaminés par le VIH/SIDA ne peuvent pas être licenciés au seul motif de leur séropositivité.*

7.2 *Si un employé est trop malade pour continuer son travail, avant de licencier cette personne, l'employeur doit se conformer aux directives consenties en matière de licenciement pour incapacité, comme il est stipulé à la section Licenciement du Code des bonnes pratiques.*

*L'employeur doit, dans la mesure du possible, s'assurer que le droit de l'employé à la confidentialité de son statut VIH est respecté et maintenu pendant la procédure d'incapacité.*

S'appuyant sur la convention n° 158 de l'OIT, le Conseil des Prud'hommes du Botswana a jugé que le licenciement d'un employé en période d'essai, après qu'un test de dépistage obligatoire ait révélé sa séropositivité, était abusif au regard des règles et procédures.<sup>53</sup> Cette personne avait été priée de passer un examen médical chez un médecin choisi et rémunéré par l'entreprise. Cependant, comme les résultats de cet examen d'aptitude professionnelle ne donnaient aucune indication quant à son statut VIH, l'employé reçut, quelques jours après, une lettre lui demandant de se soumettre à un test de dépistage. La Cour a estimé que cette demande constituait une modification unilatérale de contrat. Conscients qu'il n'existait au Botswana aucun texte ayant force de loi interdisant la discrimination liée à la séropositivité, les juges ont compris qu'ils ne pouvaient pas fonder leur décision sur la politique nationale en matière de VIH/SIDA car les cours de justice sont supposées appliquer la loi et non une politique. En revanche, la Cour a suivi les recommandations de cette politique pour ce qui concerne les conseils à prodiguer avant et après le dépistage, en déclarant abusif et « cruel » le licenciement sous 48 heures par lequel l'employeur a sanctionné le résultat positif du test. La Cour a statué comme suit :

*Les problèmes éthiques soulevés dans le document [relatif à la politique nationale en matière de VIH/SIDA] sont un appel à la conscience nationale. L'incapacité à prendre ces problèmes en compte ne peut que constituer une aggravation du caractère abusif de la procédure appliquée dans la présente affaire. C'est pourquoi la loi [sur l'emploi] demande à la Cour de prendre en considération les circonstances du licenciement lors de l'évaluation de l'indemnisation. Le traitement moralement répréhensible d'un employé est un facteur aggravant. Une approche humaine constitue toujours une circonstance atténuante.*

Publié en application de l'ordonnance Labour Code Order (code du travail) de 1992, le Code de bonnes pratiques en matière de licenciement du Lesotho offre un autre exemple de « soft law ». L'article 3.5 (Incapacité - maladie ou accident) contient ce paragraphe spécial destiné à décourager les licenciements :

*Un employé ne peut en aucun cas être licencié au seul motif de sa séropositivité. Les personnes contaminées par le VIH doivent continuer à travailler dans des conditions normales aussi longtemps que leur état de santé le leur permet. Si un employé ne peut plus accomplir son travail normalement en raison d'une maladie liée à sa contamination par le VIH, l'employeur doit s'efforcer de lui trouver une autre tâche sans préjudice des avantages dont bénéficie cet employé. Si l'état de santé de l'employé ne lui permet plus de travailler, les dispositions du présent Code, ou les éventuelles conventions collectives relatives à l'incapacité pour raison de maladie, doivent être appliquées.*

## **Dépistage et confidentialité**

L'un des principaux sujets de préoccupation et de confusion concernant le VIH/SIDA dans le monde du travail est celui du dépistage à l'embauche et pendant l'emploi. C'est

<sup>53</sup> R. Jimson c. Botswana Building Society, affaire N° IC 35/03, audience du 30 mai 2003.

---

dans ce domaine de la législation du travail que le compromis entre les exigences de la santé publique et le devoir de non-discrimination prend vraiment tout son sens.

Le Recueil de directives pratiques du BIT énonce clairement que « le dépistage du VIH/SIDA ne doit pas être exigé des demandeurs d'emploi ou des personnes occupant un emploi » (principe fondamental 4.6) et consacre un chapitre entier au dépistage. La directive précise : « Aucun dépistage du VIH ne doit être effectué sur le lieu de travail sauf dans les trois situations mentionnées dans le recueil. Cela est inutile et risque de porter atteinte aux droits fondamentaux et à la dignité des travailleurs : en effet, les résultats du dépistage peuvent être révélés et utilisés abusivement, et le consentement des travailleurs ne pas être toujours pleinement libre ou fondé sur la connaissance de toutes les conséquences liées au dépistage. » Les trois situations dans lesquelles le dépistage sur le lieu de travail est autorisé sont les suivantes :

- dans le cadre d'une surveillance épidémiologique, à condition qu'il soit anonyme et effectué conformément aux principes éthiques de la recherche scientifique, de la déontologie professionnelle et dans le respect des droits individuels et de la confidentialité ;
- suite à un risque d'exposition à du matériel potentiellement infecté (sang, liquides organiques, tissus humains) sur le lieu de travail ;
- à la demande et avec le consentement éclairé et écrit du travailleur, à condition qu'il soit effectué par un personnel qualifié dans des conditions de stricte confidentialité, et que des conseils soient prodigués à la personne concernée avant et après le test.

Forcer quelqu'un à subir un examen médical est une violation de la vie privée et une atteinte aux droits de l'homme. En 1988, dans l'article 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Commission des droits de l'homme a clarifié la notion de droit à la vie privée. Dans cet article, il est précisé que la collecte d'informations personnelles sur des ordinateurs, dans des banques de données ou sur d'autres supports, qu'elle soit effectuée par une autorité administrative, par une personne privée ou une société, doit être encadrée par une loi, et que de telles informations ne doivent jamais être utilisées à des fins contraires aux principes du Pacte (notamment, à des fins de discrimination en matière d'emploi)<sup>54</sup> En 1992, l'Organisation mondiale de la santé a publié la Déclaration de la consultation sur le dépistage de l'infection par le VIH.<sup>55</sup> La directive 6 révisée, publiée sans le cadre de la mise à jour des Directives internationales sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme, traite du dépistage dans l'article intitulé Mise en oeuvre.<sup>56</sup> En 2000, l'ONUSIDA, qui a publié des recommandations sur ce sujet, a diffusé des informations pratiques et techniques sur les services de conseil et de dépistage

<sup>54</sup> Commentaire général n° 16, reproduit dans la *Compilation de Commentaires généraux et d'Observations générales adoptés par les organes de suivi des traités des Nations Unies*, document ONU, Genève, HRI/GEN/1/Rév.2 du 29 mars 1996.

<sup>55</sup> OMS/GPA/INF/93.2, Genève, 1992.

<sup>56</sup> Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme/ONUSIDA : Directives internationales, Troisième Consultation sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme, Genève, 25-26 juillet 2002, p. 17.

---

volontaire (CTV)<sup>57</sup>. Celles-ci soulignent la nécessité de mettre en place une législation anti-discriminatoire afin de protéger les personnes qui, en l'absence d'une telle loi, hésitent à se soumettre au test de dépistage. Au début des années 1990, une étude de l'OIT sur le respect de la vie privée dans les pratiques professionnelles a fait ressortir une tendance mondiale à condamner le dépistage non volontaire sur le lieu de travail.<sup>58</sup>

Sur la question des procédures de dépistage réservées aux membres des professions de santé que leur métier expose à des risques d'infection, l'OIT et l'OMS ont adoptée en 1989<sup>59</sup> une position qui englobe également tout les aspects médicaux des mesures requises après une exposition. La nécessité d'aménager les conditions de travail lorsque l'état de santé du travailleur ou le choc émotionnel subi l'exige fait partie de ces aspects. Cette approche va dans le sens du maintien de la relation d'emploi, dans la mesure où l'exposition au VIH d'une personne exerçant une profession de santé ne constitue pas un motif de licenciement. Le Recueil de directives du BIT dispense des conseils adaptés à toutes les situations d'exposition sur le lieu de travail, et passe en revue les précautions qui peuvent être prises (dites « précautions universelles » ou « précautions standard »). La plupart des lois sur le VIH/SIDA prévoient ce risque mais cette protection est soumise à la condition que l'employeur ou l'employé ait demandé le test de dépistage. Le code de bonnes pratiques sud-africain contient les dispositions suivantes :

#### *7.1.5 Dépistage autorisé*

*(a) Un employeur peut soumettre à un test de dépistage un employé qui en fait la demande dans les cas suivants :...*

*(ii) accident du travail ayant entraîné un risque d'exposition au sang ou à d'autres fluides du corps humain.*

La plupart des lois générales sur le VIH/SIDA et certaines législations du travail qui traitent de la question du VIH/SIDA sur le lieu de travail comportent des articles consacrés au problème du dépistage obligatoire ou volontaire. Bon nombre de ces lois se contentent de condamner le dépistage obligatoire, d'autres énoncent une condamnation générale assortie d'une liste d'exceptions. Le nombre d'exceptions est une bonne indication de la position du législateur vis-à-vis de la discrimination fondée sur la séropositivité.

La loi italienne de 1990 sur les mesures urgentes de prévention et de lutte contre le SIDA<sup>60</sup> interdit le dépistage obligatoire des demandeurs d'emploi ou des personnes occupant un emploi, dans le secteur public comme dans le secteur privé, et prévoit de lourdes sanctions pénales en cas d'infraction.

<sup>57</sup> ONUSIDA : Consultation sur le dépistage de l'infection à VIH et le conseil, Genève, 1997 ; Collection de bonnes pratiques : Mise à jour technique sur le conseil et le dépistage volontaire, Genève, mai 2000.

<sup>58</sup> *Conditions of Work Digest : Workers' privacy*, Part III Testing in the workplace, Vol.12, Genève, 2/1993.

<sup>59</sup> *OMS/OIT : Report of the Consultation on action to be taken after occupational exposure of health care workers to VIH*, Genève, 2-4 octobre 1989.

<sup>60</sup> Loi n° 135 publiée dans le journal officiel *Official Gazette* 8 juin 1990.

---

Au Kenya, la loi sur la prévention et le contrôle du VIH/SIDA (HIV and AIDS Prevention and Control Act<sup>61</sup>) interdit le dépistage obligatoire, autorise le dépistage volontaire et prévoit le dépistage dans les cas de crime sexuel :

*Article 13(3) : Nonobstant les dispositions du paragraphe (1), une personne condamnée pour un délit de nature sexuelle aux termes du Chapitre XV du Code pénal, pourra être soumise à un dépistage obligatoire du VIH.*

La loi couvre également les cas de don de tissus humains :

*“Article 14(2) : Nonobstant les dispositions du paragraphe (1) -*

*(a) toute personne désireuse de faire don de tissus humains est considérée comme ayant accepté de se soumettre au test de dépistage du VIH requis [Partie III – Pratiques et procédures de sécurité]*

En Afrique du Sud, la loi sur l'égalité des chances dans le travail (Employment Equity Act) permet à un employeur de soumettre un employé au dépistage obligatoire s'il parvient à convaincre le tribunal du travail que cela est justifié :

*Article 7(2) : Le dépistage obligatoire du VIH est interdit, sauf dans les cas où le tribunal du travail décide que ce test est justifié, aux termes de l'article 50(4) de la présente Loi...*

*Article 50(4) : Dans les cas où la Cour du travail décide que le dépistage obligatoire est justifié, conformément aux dispositions de l'article 7, elle peut ordonner toute mesure qu'elle considère comme appropriée en les circonstances et, notamment, imposer des conditions en ce qui concerne :*

*(a) les conseils à dispenser à l'employé testé ;*

*(b) le maintien de la confidentialité ;*

*(c) la période durant laquelle le dépistage est autorisé ; et*

*(d) la ou les catégories(s) de postes ou d'employés auxquelles s'applique l'autorisation de dépistage.*

Le code de bonnes pratiques publié dans le cadre de cette loi donne une explication de cette large exception :

*7.1.1 : Aucun employeur ne peut soumettre un demandeur d'emploi ou un employé à un dépistage obligatoire du VIH. Comme indiqué dans les dispositions de la Loi sur l'égalité des chances dans le travail, les employeurs peuvent s'adresser à la Cour du travail pour obtenir une autorisation de dépistage...*

*7.1.6 : Tout test, y compris les tests autorisés et admis, doit être réalisé conformément à la politique nationale de dépistage du VIH du Département de santé, telle qu'elle est définie par la Loi de politique nationale pour la santé, n° 116 de 1990.*

En 2001, le tribunal du travail a donné satisfaction à plusieurs employeurs qui souhaitaient pratiquer le dépistage du VIH sans le consentement de leurs employés. En 2002, durant l'audition de la première affaire d'envergure portée devant cette cour, un employé invoqua l'article 7(2). L'affaire, qui opposait Joy Mining Machinery, une division de Harnischfeger (SA) (Pty) (Ltd), et le syndicat National Union of Metalworkers of SA & Others<sup>62</sup>, concernait une demande d'autorisation de dépistage « volontaire » du VIH déposée par l'entreprise. Celle-ci désirait tester ses 800 employés afin de déterminer le

<sup>61</sup> Publiée dans le journal officiel *Official Gazette Supplement No. 76* (Loi No. 22), Nairobi, 23 septembre 2003.

<sup>62</sup> (2002) 23 ILJ 391 (LC), 31 janvier 2002.

---

taux de contamination prévalant parmi le personnel et lutter plus efficacement contre la pandémie. La Cour fit remarquer que la formulation de l'article 7(2) n'était pas « heureuse » dans la mesure où elle faisait référence à l'article 50(4), qui lui-même donnait autorité à la Cour dans les cas où il pouvait être établi que le dépistage était justifié. Les dispositions détaillées du Code de bonnes pratiques publié en 2000 ne furent pas plus utiles. La Cour accéda à la demande de l'employeur après avoir vérifié les faits rapportés par Joy Mining à la lumière des données suivantes : le besoin réel de dépistage, l'objet du dépistage, la préparation des employés avant les tests, une participation véritablement volontaire au dépistage s'appuyant sur un consentement donné en connaissance de cause, et les efforts déployés par l'entreprise en matière de conseil et de confidentialité. En vue de faciliter l'interprétation de l'article 7(2), une liste a été élaborée pour couvrir les neuf points à prendre en considération :

- l'interdiction de la discrimination abusive ;
- la nécessité des tests VIH ;
- l'objet du test ;
- les faits médicaux ;
- les conditions d'embauche ;
- la politique sociale ;
- la répartition équitable des avantages du personnel ;
- les compétences requises pour le poste ; et
- la ou les catégorie(s) de postes ou d'employés concernées.

Plus tard, en 2002, le tribunal du travail devait adopter une approche différente, fondée sur la preuve que les tests prévus seraient volontaires et anonymes. La demande de l'employeur, qui se référait à l'article 7(2), fut repoussée au motif que le dépistage anonyme et volontaire qu'il souhaitait organiser pour son personnel n'entrait pas dans le cadre des dispositions de cet article et que, par conséquent, il n'avait pas besoin de l'aval d'une cour du travail.<sup>63</sup> La Cour s'était alors appuyée sur le code de bonnes pratiques de 2002 pour étayer son interprétation de la loi selon laquelle le dépistage volontaire et anonyme (envisagé par la société de remorquage) devait être possible sans son autorisation préalable. Dans un arrêt de 2003<sup>64</sup> concernant une affaire semblable, la Cour du travail décida une nouvelle fois qu'elle n'avait pas besoin d'accorder d'autorisation puisqu'il existait dans l'entreprise des procédures garantissant que les employés participaient au test de leur plein gré et donnaient leur consentement en pleine connaissance de cause. Se référant à la Convention n° 111 et au Recueil de directives du BIT, la Cour fit une lecture restrictive de l'article 7(2) quant aux raisons qui peuvent amener un tribunal du travail à autoriser le dépistage sur le lieu de travail.

En 2001, au Salvador, un groupe de militants pour les droits des personnes vivant avec le VIH a déposé plainte devant la Cour suprême du pays (chambre constitutionnelle) pour contester l'article 16(d) de la Loi n° 588 de 2001 sur la prévention et le contrôle du VIH/SIDA.<sup>65</sup> Cette disposition contenait une interdiction générale des tests obligatoires mais autorisait, en cas de nécessité, les employeurs ou les autorités administratives à

<sup>63</sup> *Irvin & Johnson Ltd. c. Trawler and Line Fishing Union and Others* (2003) 24 ILJ 565 (LC).

<sup>64</sup> *PFG Building Glass (Pty) Ltd. c. Chemical Engineering, Pulp Paper Wood & Allied Workers Union and Others* (2003) 24 ILJ 974 (LC).

<sup>65</sup> La loi No. 588, dans sa version amendée, a été publiée dans le journal officiel *Official Bulletin* N° 222 du 23 novembre 2001.

---

imposer des tests aux employés pour établir leur état de santé. L'article 16(d) fut abrogé par l'Assemblée législative du Salvador en octobre 2002.

En 1988<sup>66</sup>, le Conseil européen des ministres de la santé a adopté une résolution sur le VIH/SIDA dans le monde du travail qui fait explicitement référence à l'impraticabilité du dépistage sur le lieu de travail :

*Les personnes contaminées par le VIH ou malades du SIDA ne représentent aucun danger pour leurs collègues de travail. Il n'y a donc aucun motif valable pour faire subir des tests de dépistage du virus aux demandeurs d'emploi. Le dépistage du VIH/SIDA, même effectué dans le cadre des examens de santé normaux de la médecine du travail constitue un moyen inapproprié de combattre la maladie.*

Il est intéressant de constater qu'en dépit des efforts récents de la Communauté européenne visant à étendre la protection contre la discrimination à des domaines non encore couverts par la législation (tels que le handicap et l'orientation sexuelle)<sup>67</sup>, cette résolution de 1988 est, à ce jour, la seule « soft law » qui fasse une place à cette question au niveau européen.

L'ordonnance vietnamienne adopte une approche différente en laissant au seul personnel médical la responsabilité de tester ou de ne pas tester. Cependant, une loi rédigée dans une formulation aussi large, même quand elle vise à protéger la confidentialité, risque de dissuader les travailleurs de se soumettre à des examens de santé réguliers :

*Article 17 : Durant les examens médicaux de routine [sur le lieu de travail], le responsable du service médical peut décider de soumettre les personnes susceptibles d'être contaminées par le VIH/SIDA à un test de dépistage.*

*Article 18(1) : Les médecins des laboratoires et le personnel du service médical sont tenus de ne pas divulguer le nom, l'âge et l'adresse des personnes qui se soumettent à un test de dépistage du VIH/SIDA.*

*(2) Seul le responsable du service médical a le droit de notifier le résultat positif d'un test de dépistage du SIDA à l'épouse, à l'époux ou au parent le plus proche de la personne contaminée, ainsi qu'à l'organisme, à l'association ou au responsable qui veille directement sur sa santé.*

*(3) Il est strictement interdit de publier le nom, l'âge, l'adresse ou la photographie des personnes contaminées par le VIH/SIDA sans leur consentement.*

## Mesures d'action positive

L'article 5(2) de la convention n° 111 et l'article 4 de la convention n° 159 proposent des mesures spéciales visant à promouvoir l'égalité des chances et de traitement des catégories de personnes les plus défavorisées dans le monde du travail. Depuis une trentaine ou une quarantaine d'années, de nombreux pays ont inscrit dans leur législation des dispositions qui imposent ou, au minimum, autorisent des mesures spéciales en faveur des catégories défavorisées dans le monde du travail, en particulier des mesures contre la discrimination fondée sur la race ou le sexe. Dans l'Union européenne, la directive de

<sup>66</sup> *Journal officiel des communautés européennes*, Vol. 32, N°. C.28, 3 février 1989, p.1.

<sup>67</sup> S'ajoutant aux directives de Conseil sur l'égalité des sexes, la directive 2000/43/EC du 29 juin 2000 vise à promouvoir le principe d'égalité de traitement des personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique ; la directive 2000/78/EC du 27 novembre 2000 fixe un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, et ajoute la religion ou la conviction, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle à la liste des critères de discrimination interdits.

---

Conseil 2000/78/EC fixe un cadre général visant à promouvoir l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, et encourage les Etats Membres à adopter des mesures d'action positive en faveur des personnes qui souffrent d'un handicap. Plusieurs juridictions nationales ont adopté une approche semblable face au problème du handicap. Quand la législation mentionne explicitement le VIH/SIDA parmi les handicaps, ou que celui-ci est considéré comme tel par les tribunaux, ce type de pression sur le marché du travail (connu sous le nom d'action positive) peut s'avérer très efficace.

Le gouvernement roumain a adopté l'ordonnance d'urgence n° 137/2000 qui prévient et punit toutes les formes de discrimination. Elle prévoit aussi bien des mesures d'action positive que des sanctions, avec pour objectif, l'élimination de la discrimination fondée sur divers critères tels que celui de l'appartenance à une « catégorie défavorisée », ce qui inclut expressément les personnes contaminées par le VIH/SIDA. Les plaintes découlant de l'application de cette ordonnance sont déposées auprès d'une juridiction spéciale : le Conseil national pour la prévention de la discrimination. Les victimes peuvent aussi s'adresser à des tribunaux et, en cas de discrimination, solliciter des associations de droits de l'homme pour qu'elles se portent partie civile.

Aux Etats-Unis, la loi sur la réinsertion interdit la discrimination fondée sur le handicap dans les programmes informatique développés par les organismes fédéraux, dans les programmes recevant une aide financière d'organismes fédéraux, dans l'emploi au niveau fédéral et dans les pratiques d'emploi des entrepreneurs fédéraux. Les critères permettant de déterminer s'il y a eu discrimination sont les mêmes que ceux employés sous le Titre I de la Loi sur les Américains souffrant d'un handicap (Americans with Disabilities Act). Selon l'article 501 de la Loi sur la réinsertion, les organismes fédéraux de la branche exécutive doivent prendre des mesures d'action positive en faveur de l'emploi, sous la supervision du « bureau d'opportunité égale d'emploi » de chaque organisme. Ils sont en outre tenus d'appliquer à la lettre la loi contre la discrimination en matière d'emploi ; l'article 503 ordonne, en effet, aux entrepreneurs fédéraux, ainsi qu'à leurs sous-traitants qui travaillent sur des contrats supérieurs à 10 000 dollars, de prendre des mesures d'action positive et d'éliminer toute forme de discrimination.

## **Mesures d'aménagement raisonnable**

De par la nature particulière du VIH, les personnes restent souvent en bonne santé et aptes à poursuivre leur activité pendant de nombreuses années. En aménageant leur environnement de travail et leurs horaires en fonction du stade d'avancement de leur maladie - une approche qui, dans le domaine du handicap, a prouvé son efficacité depuis des dizaines d'années - l'entreprise peut continuer à compter sur ces ressources humaines, évitant ainsi les perturbations et les conséquences financières qu'entraînent souvent un changement brutal de personnel. Ces mesures d'aménagement peuvent prendre diverses formes, selon le type de handicap et les besoins particuliers de l'individu concerné. Dans le Recueil des directives pratiques du BIT, le concept d'aménagement raisonnable recouvre « tout aménagement ou adaptation de l'emploi ou du milieu de travail qui est raisonnablement réalisable et qui permet à une personne vivant avec le VIH ou le SIDA d'avoir accès à l'emploi, de travailler ou d'obtenir de l'avancement ».

Au Nicaragua, la loi du 14 octobre 1996, qui vise à promouvoir, à protéger et à défendre les droits de l'homme face au problème du SIDA, offre un exemple de texte contenant une simple déclaration d'obligation :

*Article 22 : Les personnes vivant avec le VIH ont le droit de travailler et peuvent accomplir des tâches adaptées à leurs capacités. La contamination par le VIH ne saurait être considérée comme un obstacle à l'embauche ou comme un motif de licenciement.*



---

Le texte de la Loi sur la réinsertion américaine (promulguée en 1973, puis amendée en 1974 et en 1978) décrit plus en détail ce que la législation attend d'un employeur. Il fournit aussi un exemple des critères qu'une loi peut prendre en considération pour exempter un employeur de l'obligation de tenir compte des besoins des personnes vivant avec le VIH/SIDA. Le texte ci-après, qui contient une longue liste de mesures d'aménagement possibles mais non obligatoires, est extrait de l'annexe de la Loi sur la réinsertion :

*Annexe A*

*(a) Restructurer un poste. L'expression « Restructurer un poste » désigne la procédure qui inclut : (1) l'identification des tâches distinctes que comprend un travail ou un groupe de travaux ; (2) l'élaboration de nouvelles descriptions de poste dans lesquelles certaines tâches du poste original sont conservées ; et (3) le développement d'une échelle de carrière allant des nouveaux postes (avec des tâches de moindre qualification) aux postes standard. Un poste restructuré peut être entièrement différent du poste original eu égard aux compétences, aux connaissances, aux aptitudes et à l'expérience professionnelle nécessaires pour accomplir le travail correspondant. La restructuration de poste a pour objet d'optimiser les capacités de la personne handicapée et non de permettre de la sous-employer ou de l'enfermer dans un poste donné. Un poste restructuré, peut, par exemple, être un poste qui continue à exiger les plus grandes compétences mais qui est moins exigeant physiquement (par exemple la tâche de faire fonctionner les commandes et interrupteurs d'une aciérie peut être confiée à une personne handicapée, tandis que les tâches plus simples mais plus physiques - soulever, tirer, etc. - sont confiées à des personnes bien portantes).*

*(b) Modifier une tâche ou un emploi du temps, par exemple, en aménageant un horaire plus souple certains jours de la semaine pour permettre à un employé de se rendre à des séances de soins ou de thérapie. Les emplois du temps ou la planification peuvent aussi être modifiés de manière à ce que les allers et venues des personnes handicapées entre leur domicile et leur lieu de travail s'effectuent en dehors des heures de pointe. Les employés ou participants qui ne sont plus capables de remplir leurs fonctions en raison de leur condition physique ou psychique doivent pouvoir bénéficier de mesures telles que allongements de congés ou congés de maladie sans solde si la personne a déjà utilisé tous les jours auxquels elle avait droit ou si son état exige une hospitalisation.*

*(c) Changer la planification, les procédures de travail et les heures de formation.*

*(d) Déplacer un bureau ou changer le lieu d'exécution de certaines tâches ou activités de manière à ce que des personnes handicapées qualifiées puissent y accéder. Par exemple, un employé souffrant d'un problème respiratoire peut être installé dans un bureau « non fumeur » bien ventilé.*

*(e) Acquérir de nouveaux équipements et dispositifs ou modifier les installations existantes. Si l'entreprise emploie des personnes malentendantes, cela peut consister à installer un amplificateur sur certains téléphones, à rendre l'installation téléphonique compatible avec les appareils auditifs, à doter les récepteurs téléphoniques de diodes clignotantes se déclenchant en même temps que la sonnerie ou à installer des périphériques de télécommunication. Dans le cas de personnes mal voyantes, cela peut consister à fournir des magnétophones ou des dictaphones à celles qui ne savent pas taper. Pour les personnes en fauteuil roulant, cela peut consister à surélever un bureau à l'aide de cales plutôt que d'acheter un bureau sur mesure.*

Cette législation offre aussi une illustration du concept de « contrainte excessive ». Bien souvent, les décideurs politiques et les législateurs doivent trouver le juste équilibre entre d'une part, ce qu'il convient d'aménager pour les travailleurs qui ont des besoins spéciaux et d'autre part, les inquiétudes de l'entreprise quant à l'étendue et la sophistication des mesures à prendre en faveur de ces personnes. L'une des options consiste à énoncer clairement dans la loi que les aménagements nécessaires ne doivent pas devenir un fardeau pour l'entreprise.

*Article 32.13*

*(a) l'employeur [entreprise, agence ou organisme] devra prendre des mesures d'aménagement raisonnable qui tiennent compte du handicap physique ou psychique connu*

---

*d'un demandeur d'emploi, employé ou participant par ailleurs qualifié, à moins qu'il puisse démontrer que les mesures en question représentent une contrainte excessive dans son organisation du travail.*

*(b) Pour déterminer, au titre du paragraphe (a) du présent article, si des aménagements représentent une contrainte excessive dans l'organisation du travail de l'employeur, les critères à prendre en considération sont notamment : (1) la taille globale de l'entreprise concernée en termes de nombre d'employés, de nombre de participants à l'activité, de nombre et de type d'établissements, et de budget ; (2) le type d'activité de l'employeur, ce qui inclut la composition et l'organisation de son personnel, la durée et le type de programme de formation ; (3) la nature et le coût des mesures d'aménagement nécessaires. [non souligné dans l'original]*

## **Problèmes liés à la rémunération**

L'un des impacts économiques les mieux documentés de l'épidémie est celui qui concerne d'une part, la perte de rémunération directe et d'autre part, la perte ou la réduction des moyens de subsistance due au fait que les revenus et les heures de travail sont détournés au profit des soins et des traitements médicaux. Tout décès a un impact financier car, outre les dépenses funéraires qu'il occasionne, il est synonyme de perte définitive de revenu (produit de travaux agricoles, salaire ou rétribution). A ces conséquences immédiates s'ajoutent des effets à plus long terme tels que l'obligation de retirer ses enfants d'une école ou d'un centre de formation (pour réduire la charge financière et alléger le fardeau familial), qui compromettent l'avenir de la famille en terme de revenus financiers. Il existe peu d'exemples de lois spécifiquement consacrées au SIDA ou de lois générales sur l'emploi prenant en compte ce risque.

La loi bahamienne est à cet égard une exception qui mérite d'être notée :

*Article 6 : Non discrimination et égalité de salaire à travail égal.*

*Il est interdit à tout employeur et à quiconque agissant en son nom d'exercer à l'encontre d'un travailleur une quelconque discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, le statut marital, les opinions politiques ou le statut VIH :*

*(b) en lui versant un salaire inférieur à celui perçu par ses collègues effectuant sensiblement le même travail ou un travail de même valeur accompli dans le même établissement, ou un travail exigeant sensiblement les mêmes compétences, les mêmes efforts et la même prise de responsabilité, et pour lequel les conditions de travail sont identiques, sauf dans le cas où la rémunération est fondée sur l'ancienneté, le mérite, le chiffre d'affaires, la quantité ou la qualité produite, ou tout autre critère autre que la race, la couleur, le sexe, le statut marital, les opinions politiques ou le statut VIH.*

## **Temps de travail, congés de maladie/visites médicales, travail à temps partiel**

Les congés de maladie qui tiennent compte de la nature progressive de l'infection par le VIH et du développement du SIDA constituent une forme d'aménagement raisonnable du lieu de travail. La nécessité de mettre sur pied un programme de repos et de récupération approprié mérite une attention particulière de la part des législateurs dans la mesure où, traditionnellement, le temps de travail fait l'objet d'un article de loi distinct, souvent modifié au fil des arrêtés et des conventions collectives. Comme pour toute disposition liée au travail, il convient de trouver le juste équilibre en tenant compte des besoins de l'entreprise, afin que les absences répétées, parfois perçues comme un obstacle à son bon fonctionnement, cessent d'être vécues comme un problème.

---

La convention n° 158 sur le licenciement de l'OIT (1982) fixe les normes internationales qui protègent les travailleurs d'éventuelles sanctions en cas d'absence temporaire pour raison de maladie :

*Article 6*

*1. L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement.*

*2. La définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 du présent article seront déterminées conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.*

Dans son enquête générale sur l'application de la convention<sup>68</sup>, fondée sur l'étude comparative de quelques lois du travail et d'exemples détaillés de leur application, l'OIT a montré quelle pouvait être l'incidence de l'article 6 sur la question des absences pour raison de maladie liées au VIH/SIDA. Dans la plupart des pays, la réglementation couvre ce cas de figure en autorisant des absences d'une durée de 30 jours à deux ans. Dans bon nombre de législations, le contrat de travail est suspendu durant ces absences. Un certificat médical est normalement exigé pour celles qui dépassent le nombre de jours défini. La recommandation aux employeurs et aux entreprises concernant la politique à adopter vis-à-vis du personnel (paragraphe 5.2(m) du Recueil de directives du BIT) fait explicitement référence aux congés de maladie longue durée et conseille cette pratique pour les employés contaminés par le VIH/SIDA. Elle suggère aux employeurs de proposer aux personnes atteintes du SIDA qui sont trop souffrantes pour travailler des mesures d'aménagement pouvant aller jusqu'à l'octroi d'un congé de maladie longue durée ; quand ces possibilités ont toutes été épuisées, l'une et l'autre partie peuvent mettre fin au contrat de travail.

Dans certaines législations du travail, les dispositions concernant les congés maladie sont suffisamment généreuses pour tenir compte de la nature progressive de l'infection par le VIH. D'autres autorisent les parties impliquées dans la relation de travail à négocier des aménagements, en tenant compte des dispositions en vigueur en matière de durée des congés maladie. La question de savoir si l'employé bénéficiera d'une rémunération complète ou partielle durant son congé de maladie est généralement laissée à l'appréciation de chaque entreprise. Dans le meilleur des cas, elle se règle par la négociation.

La législation peut protéger le travailleur contaminé par le VIH en précisant dans les textes que le contrat est suspendu. Le code du travail de la République démocratique du Congo<sup>69</sup> prévoit la disposition suivante :

*Article 47 : Il ne peut être mis fin à un contrat pendant qu'il est suspendu, sous les réserves suivantes : a. en cas de maladie ou d'accident, hors le cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, l'employeur peut notifier au travailleur la résiliation du contrat après six mois d'incapacité à exécuter celui-ci. Le contrat prend fin le lendemain de la notification de la résiliation.*

Dans bon nombre de juridictions, la législation sur le service public fait montre d'une grande souplesse en ce qui concerne les aménagements du temps de travail et les congés de

<sup>68</sup> *Protection contre le licenciement abusif*, Enquête générale du Comité d'experts sur l'application des conventions et recommandations, ILC, 82<sup>ème</sup> (1995) session, Rapport III (partie 4B), Genève, paragr. 137 et 142.

<sup>69</sup> Ordonnance législative 67/310 du 9 août 1967 établissant le Code du travail, telle qu'amendée le 31 décembre 1996.

---

maladie longue durée. Elle peut constituer un modèle utile pour traiter la question du VIH/SIDA sur le lieu de travail. Au Burkina Faso, la loi de 1998 fixe la réglementation applicable au personnel et cadres du service public :<sup>70</sup>

*Article 120 : La mise en disponibilité à la demande du fonctionnaire ne peut être accordée que (1) pour accident ou maladie grave du conjoint ou d'un enfant...*

*Article 121 : La disponibilité pour accident ou maladie grave dûment constatée du conjoint ou d'un enfant ne peut excéder deux (2) ans, mais elle est renouvelable jusqu'à concurrence d'une durée totale de six (6) ans au maximum.*

*Article 128 : Hormis le cas de disponibilité prévu à l'article 124 (pour élever des enfants en bas âge), le fonctionnaire placé en position de disponibilité n'a droit à aucune rémunération.*

Aux Etats-Unis, la loi sur le congé familial et médical<sup>71</sup> (Family and Medical Leave Act) exige de l'employeur qu'il accorde 12 semaines de congé sans solde à tout salarié atteint d'une maladie grave ou contraint de s'occuper d'un parent atteint d'une telle maladie. Durant ce congé, l'emploi de la personne vivant avec le VIH/SIDA est protégé mais son salaire fait généralement l'objet d'une dégressivité. La loi américaine ne s'applique qu'aux entreprises de 50 employés ou plus, et ces derniers doivent avoir plus d'un an d'ancienneté pour pouvoir en bénéficier. Un certificat médical attestant de sa maladie peut être demandé, et c'est là qu'entre en jeu le devoir médical et éthique de confidentialité :

*Article 10 : Réglementation relative aux absences*

*(a)(1) Autorisation d'absence :*

*Compte tenu de l'article 103 [droit de l'employeur à exiger un certificat de santé], l'employé concerné aura droit un total of 12 semaines de congé par période de 12 mois dans les cas suivants :...*

*(C) pour s'occuper d'un conjoint, d'un fils ou d'une fille, ou d'un parent souffrant d'un problème de santé grave ;*

*(D) en raison d'un problème de santé grave qui empêche l'employé de remplir les fonctions correspondant à son poste...*

*Autorisation de congé sans solde.*

*Disposition relative aux congés payés : (1) Si le nombre de semaines de congés payés accordées par l'employeur est inférieur à 12, les semaines complémentaires nécessaires pour atteindre le total de 12 semaines (dans le cas où des congés sont réclamés à ce titre) pourront être octroyées sans rémunération.*

*Congés prévus : ... (2) Devoirs de l'employé. Dans tous les cas où la nécessité d'un congé mentionnée dans les alinéas (C) et (D) de l'article (a)(1) est prévue dans le cadre d'un traitement médical programmé, l'employé : (A) doit, avec l'accord de son médecin, faire des efforts raisonnables pour planifier le traitement de façon à perturber le moins possible la marche de l'entreprise... (B) doit avertir son employeur de son intention de prendre un congé conformément aux dispositions de cet alinéa, au moins 30 jours avant la date de début de ce congé...*

La législation sur le travail peut aussi tenir compte de la nature progressive de l'infection par le VIH et des maladies associées, et des besoins des services de santé qui traitent les malades, en aménageant la réglementation du travail à temps partiel. La convention n° 175 de l'OIT sur le travail à temps partiel (1994) donne des orientations

<sup>70</sup> Loi n° 5 013/98/AN du 28 avril 1998, publiée dans le *Journal officiel* du 25 juin 1998.

<sup>71</sup> Loi publique 103-3, approuvée le 5 février 1993.

---

générales sur cette option plus flexible, en soulignant la nécessité de maintenir les droits des salariés soumis à ce régime et le respect du principe de rémunération proportionnelle.

*Article 4. Des mesures doivent être prises afin que les travailleurs à temps partiel reçoivent la même protection que celle dont bénéficient les travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable en ce qui concerne :*

*(a) le droit d'organisation, le droit de négociation collective et celui d'agir en qualité de représentants des travailleurs ;*

*(b) la sécurité et la santé au travail ;*

*(c) la discrimination dans l'emploi et la profession.*

*Article 5. Des mesures appropriées à la législation et à la pratique nationales doivent être prises pour que les travailleurs à temps partiel ne perçoivent pas, au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, un salaire de base qui, calculé proportionnellement sur une base horaire, au rendement ou à la pièce, soit inférieur au salaire de base, calculé selon la même méthode, des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable.*

Après la publication de la directive de Conseil 97/81/EC, datée du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, de nombreux pays membres de l'Union européenne ont adopté des lois traitant de cette question. La loi irlandaise sur la protection des travailleurs à temps partiel<sup>72</sup> (Worker Protection - Regular Part-time Employees) de 1991 en est un exemple. Ce texte ne fait pas directement référence aux personnes vivant avec le VIH/SIDA mais certaines de ses dispositions pourraient servir de modèle pour répondre à leurs besoins :

*Article 1(1). Interprétation.*

*L'expression « Temps partiel régulier », s'appliquant à un employé, conformément au texte législatif applicable, désigne une personne qui travaille pour un employeur et - (a) a été continuellement au service de cet employeur pendant au moins 13 semaines, et (b) est susceptible de travailler pour cet employeur au moins 8 heures par semaine, à qui, excepté dans le cadre de la présente loi, une disposition du texte législatif applicable [lois sur la participation du travailleur, le licenciement, le préavis et le chômage technique, les congés, l'insolvabilité et la maternité] ne s'appliquerait pas en raison d'une disposition d'exclusion.*

La retraite anticipée mutuellement consentie représente un autre aspect de l'impact que peut avoir la question du VIH/SIDA et du droit aux congés sur la législation. Plusieurs pays offrent cette option quand les possibilités de congé légal ont été épuisées et que la maladie due au VIH atteint un stade où la personne concernée n'est plus capable de remplir ses fonctions. La plupart des législations du travail permettent aux deux parties de mettre fin au contrat de manière anticipée moyennant le respect d'un préavis ou (en l'absence d'un tel préavis) le versement d'une indemnité ; certaines lois exigent que des raisons valables soient avancées. La loi burkinabé de 1998, qui établit le régime légal applicable aux employés et cadres du service public, contient les dispositions suivantes :

*Article 157 : Tout fonctionnaire qui compte au moins quinze (15) années de services effectifs peut demander son admission à la retraite avant d'avoir atteint la limite d'âge de la retraite. Dans ce cas, il bénéficiera d'une pension dans les conditions fixées par le régime général de retraite applicable aux fonctionnaires. Cette admission à la retraite est subordonnée aux intérêts du service que l'administration apprécie souverainement.*

<sup>72</sup> Loi n° 5 du 26 mars 1991.

---

## Chapitre VIII - Formation et conseils d'orientation

Le présent article traite des actions de sensibilisation qu'il convient de mener pour aider les acteurs du monde du travail à mieux comprendre le VIH/SIDA (sujet abordé dans la partie 7 du Recueil de directives du BIT). Il traite aussi des possibilités de formation (ou de nouvelle formation) qui peuvent être proposées aux personnes affectées par le virus pour les aider à conserver un travail (et le cas échéant, un travail adapté au stade d'avancement de leur maladie) et à réduire l'impact du VIH sur leur vie quotidienne et celle de leur famille.

Comme il a été dit au chapitre « Définitions du VIH/SIDA », la plupart des lois sur le travail et des lois consacrées au VIH englobent dans leur définition de l'emploi l'accès à des services de formation et d'orientation professionnelle. Cette approche est totalement en phase avec la définition de la discrimination que donne la convention n° 111 de 1958 sur la discrimination (emploi et profession). Toutefois, dans certains textes de loi, le législateur prend soin de mentionner la non discrimination en matière d'accès à la formation dans un article distinct, soulignant ainsi l'importance d'une formation continue pour les maladies à caractère progressif telles que le VIH/SIDA. Un exemple de cette approche est fourni par la réglementation philippine sur le SIDA (SIDA Regulations) mise en place dans le cadre de la loi n° 8504.

### *Article 35 : Programmes d'assistance et de formation*

*Les organes gouvernementaux tels que le Ministère des affaires sociales et du développement, le Ministère du Travail et de l'Emploi, le Ministère de l'éducation, le Ministère de la culture et des sports, l'Autorité en charge de l'enseignement technique et du développement des compétences et le Ministère du commerce et de l'industrie, ainsi que les institutions privées, doivent faciliter l'accès des personnes vivant avec le VIH/SIDA aux formations de développement des compétences et aux programmes d'assistance. Aucune personne vivant avec le VIH/SIDA ne pourra être exclue de ces formations et de ces programmes au seul motif de sa séropositivité. Des programmes de formation et de développement des compétences conformes aux aspirations et aux aptitudes des personnes vivant avec le VIH, ainsi que des programmes d'assistance pouvant inclure des aides financières, une assistance marketing et des opportunités d'emploi devront être mis en place. Le Ministère des affaires sociales et du développement, le Ministère du Travail et de l'Emploi, le Ministère de l'intérieur et du gouvernement local et les institutions privées devront unir leurs forces et mettre à profit les stratégies et dispositifs existants pour mettre en place un système de référence qui facilite l'accès des personnes vivant avec le VIH aux programmes d'assistance et aux opportunités de formation, tant au niveau régional qu'au niveau provincial.*

Aux Etats-Unis, la loi de 1970 sur l'éducation des personnes handicapées<sup>73</sup> (successivement appelée « Individuals with Disabilities Education Act » puis « Education of the Handicapped Act ») oblige les écoles publiques à dispenser gratuitement, dans l'environnement le moins restrictif possible, un enseignement adapté aux besoins de tout élève handicapé. L'infection par le VIH étant incluse dans la définition du handicap que donne cette législation, cet exemple peut servir de modèle pour concevoir des programmes de formation qui répondent aux besoins des enfants et des jeunes gens à tous les stades de la maladie. La Loi sur l'éducation des personnes handicapées demande aux écoles publiques de développer un programme d'éducation individualisé (IEP - Individual Education Program) adapté à chaque enfant. Les services d'éducation spéciaux et autres services associés décrits dans chaque IEP reflètent les besoins particuliers de chaque

<sup>73</sup> Loi publique N° 101-476, 1990.

---

écolier. La loi exige également que le développement des IEP s'effectue selon des procédures particulières. Chaque IEP doit être conçu par une équipe de personnes compétentes et révisé au moins une fois par an. L'équipe comprend le professeur de l'enfant, les parents (sauf dans certains cas assez rares), l'enfant si cela est jugé approprié, le représentant de l'institution qualifiée pour dispenser ou superviser l'enseignement spécial, ainsi que d'autres personnes choisies par les parents ou cette même institution. Si les parents désapprouvent l'IEP proposé, ils peuvent être entendus dans le cadre d'une procédure dite d'« audience légitime » et, le cas échéant, en obtenir la révision par l'agence d'éducation de l'Etat. Ils peuvent aussi faire appel de la décision de cette agence auprès de l'Etat ou devant la Cour fédérale.

Le rôle essentiel des campagnes d'information et d'éducation dans la lutte contre le SIDA est reconnu depuis longtemps. La plupart des lois consacrées au problème du SIDA comportent des dispositions qui y font référence. Au Costa Rica, par exemple, la Loi générale sur le SIDA de 1998<sup>74</sup> contient un chapitre entier consacré à « l'éducation et la formation » :

*Article 30 : Rôle de l'Etat en matière d'éducation*

*L'Etat, au travers de son Ministère de la santé, devra informer, par les voies les plus appropriées, l'ensemble de la population et ses fractions les plus vulnérables des risques que représente le VIH/SIDA, et mettre à leur disposition les informations médicales les plus récentes quant aux moyens de prévenir la prolifération de cette maladie.*

*Article 31 : L'éducation comme moyen de prévention*

*La Conseil supérieur de l'éducation, en association avec le Ministère de la santé, devra inclure dans les programmes d'éducation des informations sur les risques, les conséquences et les modes de transmission du VIH, ainsi que sur les moyens de prévenir l'infection et sur le respect des droits de l'homme.*

<sup>74</sup> Loi n° 7771 du 29 avril 1998, publiée dans le journal officiel *Official Gazette* N° 96 du 20 mai 1998 et accompagnée de la Réglementation N° 27894-S, datée du 3 juin 1999.

---

## Chapitre IX - Questions relatives à la prise en charge et au soutien

La solidarité, la prise en charge et le soutien sont des principes qui devraient inspirer tout texte législatif traitant du VIH/SIDA sur le lieu de travail. Le Recueil de directives pratiques du BIT reconnaît le droit de chacun à disposer de services de santé d'un coût abordable et celui de ne faire l'objet d'aucune discrimination dans l'accès aux prestations de sécurité sociale et à celles des régimes professionnels prévus par la loi (principe fondamental 4.10).

Fidèle à l'esprit de ces recommandations, le Code de bonnes pratiques sud-africain stipule que tout employé contaminé par le VIH dans l'exercice de sa profession doit être indemnisé. Il place également les employeurs dans l'obligation d'assister les employés dans leurs demandes de prestations.<sup>75</sup> Dans le cadre de cette assistance, l'employeur doit informer son personnel sur les procédures à suivre et l'aider à collecter les informations nécessaires pour établir le lien entre les accidents de travail et l'infection par le VIH.<sup>76</sup>

En Zambie, la loi sur l'emploi (amendée en 1982)<sup>77</sup> offre un bon exemple de texte législatif qui, bien qu'il ne fasse pas directement référence au VIH/SIDA, adresse un message fort sur la question de la prise en charge et du soutien :

*Article 43 (1) : Durant la maladie d'un employé, chaque employeur s'efforcera de faire bénéficier ce dernier de tous les soins médicaux et traitements que son état requiert : sous condition qu'aucune disposition du présent article, sauf en cas d'accord entre les parties, ne rende cet employeur redevable du coût des médicaments, des soins médicaux ou des frais d'hospitalisation ainsi occasionnés.*

*(2). L'employeur devra, sans que cela n'entraîne aucune dépense pour la personne concernée, prendre toutes les mesures raisonnables pour permettre le transport vers un hôpital de tout employé victime d'une maladie ou d'un accident non occasionné par un acte délibéré, ou de tout membre de la famille de cet employé, autorisé à l'accompagner sur son lieu de travail, qui est victime d'une maladie ou d'un accident non occasionné par un acte délibéré ; si un employeur s'abstient d'organiser ce transport, un médecin du travail ou autre médecin approprié pourra s'en charger et l'employeur sera redevable de toutes les dépenses raisonnables occasionnées par ce transport, dépenses qui seront considérées comme une dette de cet employeur vis-à-vis de l'administration.*

En Afrique du Sud, deux textes législatifs régissent la question de l'indemnisation. L'une est une loi d'application générale et l'autre, une loi propre à l'industrie minière. La première est la Loi sur l'indemnisation des maladies et accidents du travail<sup>78</sup> (« Compensation for Occupational Injuries and Diseases Act » ou « COIDA »). Elle couvre la déclaration de toute maladie ou accident du travail à l'exception des maladies pulmonaires propres aux travailleurs de l'industrie minière.<sup>79</sup> L'infection par le VIH

---

<sup>75</sup> Voir le Recueil de directives pratiques du BIT, Partie 8.5(b) et les clauses 9(1) et 9(2) du code SA.

<sup>76</sup> Clauses 9(i) et 9(ii).

<sup>77</sup> Loi N° 18, du 21 août 1982, amendement de la loi principale de 1965, Cap.512.

<sup>78</sup> N° 130 de 1993.

<sup>79</sup> Les travailleurs de l'industrie minière qui souffrent de maladies pulmonaires liées à leur activité professionnelle sont couverts par la Loi sur les maladies professionnelles de l'industrie minière (Occupational Diseases in Mines and Works Act), N° 78 de 1973.



---

occasionnée par un accident du travail est l'un des cas de figure pour lesquels une indemnisation peut être obtenue dans le cadre de la loi COIDA.<sup>80</sup> Le processus est assez complexe. Pour pouvoir être indemnisé, l'employé doit établir le lien entre l'accident professionnel et l'infection par le VIH, un lien qui, en pratique, peut être très difficile à démontrer. Nous avons vu plus haut que le Code du travail obligeait l'employeur à offrir son assistance mais selon les termes de la loi, la responsabilité de cette preuve incombe à l'employé. L'annexe 3 de la loi COIDA mentionne 28 maladies, ainsi qu'une liste de tâches pouvant impliquer la manipulation de certaines substances. Si un employé a contracté l'une de ces maladies alors qu'il était occupé à l'une des tâches de la liste, le lien entre la maladie et l'activité professionnelle est, sauf démonstration du contraire, *considéré* comme établi.

Cependant, comme l'infection par le VIH ne figure pas parmi les maladies répertoriées dans l'annexe 3, c'est à l'employé de démontrer qu'il a contracté l'infection pendant son travail et que celle-ci est directement liée à son activité professionnelle. Dans ce contexte, le statut VIH de la personne qui demande à être indemnisée *mais aussi* celui de l'employé source (c'est à dire, la personne supposée avoir transmis le virus) constituent des éléments de preuve essentiels. Toutefois, l'instance d'indemnisation qui évalue la légitimité de chaque requête peut être amenée à tenir compte des circonstances de l'accident. Autrement dit, la connaissance du statut VIH de l'employé source donne plus de poids à la requête mais elle n'est pas toujours indispensable pour en assurer le succès. Quand cette information n'est pas disponible, le demandeur peut démontrer que tous les efforts pour l'obtenir (non pas dans le cadre d'un dépistage obligatoire mais par d'autres observations cliniques) ont été déployés en vain. Enfin, l'employé qui demande à être indemnisé doit également démontrer qu'il était séronégatif avant l'accident. A cet égard, la Commission d'indemnisation sud-africaine considère l'apparition d'une séroconversion<sup>81</sup> dans les trois mois qui suivent l'accident comme une preuve raisonnable que l'infection est la conséquence de cet accident.

Dans la Loi générale sur le SIDA<sup>82</sup> (1998) du Costa Rica, la responsabilité du traitement incombe clairement au système de sécurité sociale national :

*Article 7 : Droit aux soins médicaux complets*

*Toute personne infectée par le VIH/SIDA a droit à une assistance médicale, psychologique et chirurgicale, ainsi qu'à des conseils. Ces personnes ont également droit à tous les traitements susceptibles d'alléger leurs souffrances et d'enrayer les complications qui découlent de la maladie.*

*A cette fin, le Fond de sécurité sociale du Costa Rica devra importer, acheter et garder à disposition des médicaments antirétroviraux spécialement conçus pour le traitement du VIH/SIDA, et les administrer directement aux personnes malades.*

*Les médecins en charge de l'administration de ces médicaments devront en rendre compte devant le Fond de sécurité sociale costaricien sous forme de rapports. La réglementation mise en place dans le cadre de la présente loi stipulera les conditions et la périodicité de ces rapports, ainsi que toute autre obligation les concernant...*

<sup>80</sup> Publication du Ministère de la santé sud-africain : *Management of Occupational Exposure to the Human Immunodeficiency Virus (VIH)* (1999), Annexe 2, p.7.

<sup>81</sup> On appelle séroconversion le moment où le statut VIH d'une personne change, ou passe de l'état négatif à l'état positif. Ceci intervient généralement quatre à huit semaines après l'infection par le VIH (<http://www.afroaidsinfo.org>).

<sup>82</sup> Loi N° 7771 du 29 avril 1998, publiée dans le journal officiel *Official Gazette* N° 96 du 20 mai 1998 et accompagnée de la Réglementation N° 27894-S, datée du 3 juin 1999.

---

*Article 24 : Les préservatifs comme moyen de prévention*

*Les préservatifs constituent un moyen de prévention de l'épidémie de VIH/SIDA ; en conséquence, le Ministère de la santé et le Fond de sécurité sociale du Costa Rica devront s'assurer que ceux-ci sont disponibles en quantité suffisante dans les endroits et établissements appropriés, et de sorte qu'ils soient le plus aisément accessibles au public.*

*Ces institutions devront en outre renforcer les campagnes de sensibilisation sur l'utilité et l'usage des préservatifs.*

---

## Chapitre X - Organismes et mesures d'application de la législation

La convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination (emploi et profession) laisse aux autorités nationales le choix du mode de mise en œuvre et d'application de la politique anti-discriminatoire choisie. Cependant, si la convention elle-même est muette sur la question de l'application, la recommandation (n° 111) qui l'accompagne souligne la nécessité de mettre sur pied des organismes habilités à recevoir et à examiner les plaintes fondées sur l'inobservation de la politique établie, et à enquêter sur ces dernières. L'orientation proposée ici demeure très souple : ces organismes doivent être en mesure de remédier, si besoin est, par une procédure de conciliation, à toute pratique considérée comme incompatible avec la politique et la législation nationales. Le Recueil de directives pratiques du BIT compare les points forts et les faiblesses de divers organismes d'application par rapport à des questions telles que le critère de genre, la migration de la main-d'œuvre et les bonnes pratiques en matière de gestion de l'emploi.<sup>83</sup> Les instances de supervision du BIT ont aussi passé en revue divers dispositifs de contrôle antidiscriminatoires et souligné à cette occasion le caractère quasi-juridictionnel que tendaient à revêtir ces organismes.<sup>84</sup> En général, les institutions habilitées à superviser les lois sur l'égalité sont rarement des tribunaux civils - bien qu'en dernier recours, il soit parfois possible de faire appel devant de tels tribunaux à l'échelon national. Cependant, tant au niveau structure qu'au niveau pouvoir de décision et d'investigation, ces deux types d'institution ont des statuts très semblables. Bien souvent, les organismes de promotion de l'égalité de traitement se distinguent également des tribunaux du travail, ces derniers jouissant d'une juridiction plus étendue pour régler les conflits liés aux relations employeur-employé.

Lors de la conception d'un tel dispositif, une importance particulière doit être accordée à la composition de l'organisme de supervision. En premier lieu, il convient de désigner des membres possédant des compétences techniques et juridiques qui, ainsi, seront plus sensibles aux caractéristiques médicales de la maladie et à l'applicabilité de la stratégie visée par loi. Il importe ensuite de donner à cet organisme une structure tripartite, ou « tripartite plus », pour que les divers acteurs du monde du travail et les représentants des personnes vivant avec le VIH/SIDA soient à même de superviser les décisions et de favoriser une application réaliste de la législation. En toutes circonstances, il faut enfin privilégier une répartition égale des hommes et des femmes parmi les membres, afin de refléter la dimension de genre du VIH/SIDA. L'épidémie affecte les hommes et les femmes différemment en terme de vulnérabilité et d'impact. Non seulement ces dernières sont biologiquement plus vulnérables à l'infection que les hommes mais les inégalités structurelles concernant leur statut, en particulier dans le monde du travail, les fragilisent encore davantage. Souvent cantonnées dans le rôle de mère de famille et de principale

<sup>83</sup> C. Thomas & R. Taylor : *Enforcement of equality provisions for women workers*, Projet interdépartemental de l'OIT sur l'égalité des femmes, Document de travail N° 20, Genève, 1994 ; I. McClure & M. Reischle : *Law and Practice in combating discrimination against immigrant workers*, Document de travail du Service des migrations internationales de l'OIT, Genève 2002 ; B. Lust.(ed. ) : *Labour administration : A powerful agent of a policy of gender equality in employment and occupation*, Document de travail du Service de l'administration du travail N° 55-1, Genève, 1999.

<sup>84</sup> *Equality in employment and occupation*, Enquête spéciale sur la convention N° 111 par la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, ILC, 83<sup>rd</sup> (1996) Session, Rapport III (Partie 4B), Genève, paragr. 225-234.

---

dispensatrice de soins, il leur est plus difficile de se protéger contre l'infection et de se faire soigner.

## Organismes spéciaux et organismes généraux

Dans certains pays, les plaintes pour pratiques discriminatoires face à l'emploi peuvent être reçues par diverses institutions. L'existence d'un trop grand nombre d'organismes peut engendrer des tensions même dans les pays dotés de systèmes performants. Au Royaume-Uni, un rapport récent concernant les lois sur l'égalité des races et des sexes a recommandé la fusion de deux organismes : la Commission pour l'égalité des races (Commission for Racial Equality) et la Commission pour l'égalité des chances (Equal Opportunities Commission).<sup>85</sup>

Aux Etats-Unis, la Commission sur l'égalité des chances (Equal Employment Opportunities Commission) traite les plaintes pour infraction à la Loi sur les Américains souffrant d'un handicap. Cette institution offre l'avantage de posséder une grande expérience des cas généraux de discrimination mais, comme souvent, les obstacles viennent du coût et de la durée de la procédure judiciaire. Il y a toujours moyen de créer un organisme dédié à la question du VIH/SIDA au travail mais celui-ci risque de faire double emploi avec les structures existantes qui sont habilitées à examiner les cas de discrimination en général. L'un des arguments en faveur de cette approche, en particulier dans les pays les plus frappés par l'épidémie, est qu'elle nécessite assez peu de ressources financières et humaines. Les choix politiques quant au type d'organisme de supervision à mettre en place doivent refléter d'une part le taux de prévalence de la maladie dans le pays concerné et d'autre part, la capacité locale à financer l'institution et à la doter du personnel adéquat. Une autre possibilité consiste à créer un organisme global (mais pourvu de chambres et de commissaires spécialisés) qui soit apte à traiter tous les cas de discrimination.

Dans le domaine du VIH/SIDA comme dans tous les domaines sensibles liés à la discrimination, la conception d'un dispositif d'application doit prendre en compte un certain nombre de considérations. L'infrastructure du dispositif doit autoriser un maximum de confidentialité et protéger les plaignants de toutes représailles. Les recommandations ci-après sont plus particulièrement destinées aux comités, conseils et commissions qui ont à statuer sur des cas de discrimination au travail :

- *Définition des normes.* Pour pouvoir jouer un rôle moteur et demeurer à la pointe de l'évolution en matière de législation liée au VIH/SIDA, le dispositif doit être apte à évaluer la législation en place et à proposer de nouvelles normes. Cette activité recouvre non seulement l'aspect législatif « pur et dur » mais aussi la publication de notes explicatives sur les lois, de brochures ou de formulaires expliquant les procédures, et de codes de bonnes pratiques. La publication de codes est un outil communément utilisé par les organismes de supervision. Elle contribue à une meilleure connaissance des lois essentielles et de la discrimination au travail sous toutes ses formes. Comme nous l'avons vu plus haut, divers gouvernements ont recours à ce type de code pour traiter les problèmes liés au VIH/SIDA (Botswana, Lesotho, Namibie et Afrique du sud) mais des codes semblables sont également publiés par bon nombre de commissions de prévention de la discrimination.

<sup>85</sup> Voir B. Hepple et al. : *Equality : a new framework-Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, University of Cambridge Centre for Public Law, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 51-53.

- 
- ♦ *Réception des plaintes.* La réception des plaintes est une autre composante essentielle de tout dispositif privilégiant une approche rigoureuse de la lutte contre la discrimination. Aux éventuels contrevenants, elle adresse ce message fort : « Attention, la législation peut mordre ! ». En revanche, son efficacité dépend entièrement des victimes qui ont le courage et les moyens physiques de déposer plainte, un pari qui peut s'avérer hasardeux dans le cas des personnes atteintes du SIDA.
  - ♦ *Pouvoir d'investigation étendu.* Cette composante est utile dans tout dispositif qui ambitionne de ne pas se limiter aux décisions qui résultent d'un dépôt de plainte. Il permet à un organisme spécialisé de s'intéresser, par exemple, à la discrimination systématique ou institutionnalisée, c'est-à-dire aux cas où aucune victime ne peut se présenter pour lancer une procédure judiciaire.
  - ♦ *Pouvoir de déposer plainte.* Cette composante du dispositif vise à pallier la lacune évoquée ci-dessus et va de pair avec le pouvoir d'investigation. Elle trouve son utilité quand les tentatives de conciliation, de médiation ou d'arbitrage n'ont pas permis de résoudre le conflit et que les victimes, pour des raisons qui leur sont propres, ne veulent pas se charger de porter l'affaire plus loin. Le pouvoir de déposer plainte est utile dans les situations où la Commission peut tenter une action en justice au nom d'une personne ou d'un groupe (l'intervention est alors appelée « class action » ou « action collective »).
  - ♦ *Conciliation/médiation.* La victime et le coupable présumé de l'acte discriminatoire peuvent l'un et l'autre tirer parti d'un mécanisme qui autorise le traitement des plaintes en dehors du tribunal, selon une démarche de type résolution de problèmes. Le Système de règlement des différends (Alternative dispute settlement), une approche courante en Amérique du Nord et dans certaines juridictions africaines, asiatiques et européennes, a fait ses preuves dans le domaine de la discrimination.
  - ♦ *Pouvoir de donner des ordres.* Ce pouvoir reflète la tendance des lois elles-mêmes qui, de la criminalisation systématique des pratiques de discrimination sur le lieu de travail (avec punition du coupable et, occasionnellement, dédommagement de la victime) évoluent vers des textes qui cherchent plutôt à convaincre toutes les parties que la discrimination peut être évitée et aide les employeurs en infraction à se mettre en règle avec la loi. Au-delà de l'injonction de mettre fin à la violation constatée, les ordres peuvent être de toutes natures : ordre de prendre des mesures correctives et préventives, ordre de rendre compte régulièrement des mesures prises pour mettre fin aux pratiques discriminatoires, ordre de dispenser sur le lieu de travail des formations relatives à la non-discrimination, etc.
  - ♦ *Aide juridique.* Cette pièce maîtresse de tout dispositif devient indispensable quand, pour des raisons pratiques, les plaignants ne parviennent pas à se faire entendre de la justice. Même dans les dispositifs conçus pour être gratuits et informels, tout un éventail de coûts indirects (interprètes, traduction, copie, etc.) dissuade bien souvent les victimes de déposer plainte ou les incite à abandonner leurs poursuites. L'organisme d'application des lois doit être en mesure de proposer une assistance juridique gratuite – durant l'étape de conciliation et pendant l'audition de l'affaire – dès qu'il y a risque qu'une victime, ou son représentant, ne puisse pas maintenir sa plainte sans cette assistance. La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et des recommandations s'est, elle aussi, prononcée en faveur d'une assistance juridique pour les affaires liées à la discrimination en général. La directive 7 des Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme appelle les états à créer et à financer des services d'assistance juridique en

---

vue d'informer les personnes vivant avec le VIH/SIDA de leurs droits et de les assister dans la défense de ces droits.<sup>86</sup>

- ♦ *Collecte et analyse des données.* Les organismes de supervision doivent disposer de données fiables et d'indicateurs pertinents qui leur permettent de surveiller l'évolution et l'impact de la législation qu'ils sont responsables de faire appliquer.
- ♦ *Prise de conscience et formation.* Bon nombre des exemples de textes législatifs présentés plus haut montrent l'importance de l'information et de la formation dans les programmes des conseils nationaux du VIH/SIDA et des autres organismes chargés de combattre les mythes qui entourent la maladie.

## Commissions et conseils nationaux

Depuis le milieu des années 1980, la création de commissions ou de conseils est un moyen employé dans le monde pour lutter contre l'épidémie de VIH/SIDA. De fait, bon nombre des premières lois non publiques sur la santé étaient des lois cadres visant à créer un organisme national et à en énumérer les fonctions. Selon la norme fixée par l'OIT, il s'agit d'un organisme consultatif ou décisionnel regroupant sur un pied d'égalité des représentants du gouvernement, des employeurs et des travailleurs. La participation de représentants directs du monde du travail et des autres parties concernées garantit la légitimité et la viabilité de l'institution, mais aussi l'appropriation nationale du processus et de ses résultats. Le paragraphe 5.1(a) du Recueil de directives du BIT recommande aux gouvernements de veiller à la cohérence des stratégies et programmes nationaux de lutte contre le VIH/SIDA et de reconnaître qu'il est important de tenir compte du monde du travail dans les programmes nationaux à cette fin, par exemple en veillant à ce que les conseils nationaux de lutte contre le SIDA comprennent des représentants des employeurs, des travailleurs, personnes vivant avec le VIH/SIDA et des ministères chargés des questions sociales et du travail.

Sur le continent américain, les législations du Costa Rica, de la République dominicaine, de l'Equateur, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et de Porto Rico ont toutes prévu la création de commissions nationales du SIDA. La loi costa-ricienne, notamment, souligne le rôle des organisations non-gouvernementales (ONG) dans le combat contre le VIH/SIDA en plaçant la disposition concernée sous le chapitre qui traite des « Autres méthodes de prévention » :

*“Article 25 : Rôle des organisations non gouvernementales*

*Les ONG s'inscriront auprès du Ministère de la santé, qui n'a pas pouvoir de refuser cette inscription, sauf si les activités menées par l'organisme du demandeur n'ont aucun rapport avec la prévention de l'épidémie et la protection des personnes vivant avec le VIH/SIDA.*

*Les activités des ONG qui se consacrent à la prévention du virus et à la protection des personnes vivant avec le VIH/SIDA peuvent, par décision du Ministère de la santé, être considérée comme faisant partie intégrante du programme national de lutte contre le SIDA. Toutefois, du point de vue du Ministère de la santé, l'absence d'une telle décision ou approbation ne revient nullement à nier l'existence des actions entreprises par l'organisation concernée, et ces actions seront dûment consignées dans les registres appropriés. En apportant leur soutien au Ministère de la santé, les ONG peuvent contribuer à améliorer les résultats obtenus dans des domaines telles que la prévention et le traitement du VIH/SIDA.*

<sup>86</sup> *Equality in employment and occupation*, 1996, op. cit., paragr. 234 ; voir aussi les réponses de certains gouvernements concernant l'application des Directives : Document de la Commission de l'ONU sur les droits humains E/CN.4/2001/80, Genève, 20 décembre 2000.

---

La réglementation mise en place en 1999 dans le cadre de la loi costa-ricienne crée un conseil national de coordination des programmes de lutte contre le VIH/SIDA composé de sept membres. Le Ministère du travail n'est pas directement mentionné mais avec la nomination parmi ces membres d'un haut représentant du Fond de sécurité sociale, le monde du travail est assuré d'occuper une place de choix sur l'agenda du conseil. De même, une représentation directe des employeurs et des travailleurs n'est pas envisagée mais la formulation de ce texte semble suffisamment large pour permettre aux syndicats - qui ont un intérêt direct à combattre le VIH/SIDA - de remporter un siège au conseil :

*Article 2 : Le Conseil national de coordination des programmes de lutte contre le VIH/SIDA sera composé (a) du Ministre ou Vice-ministre de la santé ou de son représentant ; (b) d'un représentant du Ministre de l'éducation ; (c) d'un représentant du Ministre de la justice et des grâces ; (d) d'un représentant du conseil d'administration du Fond de sécurité sociale du Costa Rica ; (e) d'un représentant du Doyen de l'Université du Costa Rica ; (f) de deux représentants d'ONG spécialisées dans le domaine du VIH/SIDA, dont l'une doit être une personne vivant avec le VIH et donc susceptible de représenter les populations contaminées.*

La loi philippine sur la prévention et le contrôle du SIDA (SIDA Prevention and Control Act) crée un Conseil national du SIDA de 26 membres. Ces membres comprennent d'une part des représentants de haut rang de ministères clés tels que ceux de du travail, de la santé, de l'éducation, des affaires sociales et du développement, de l'intérieur et du gouvernement local, de la justice, du tourisme, du budget, des affaires étrangères et ceux de divers autres organes gouvernementaux, et d'autre part, des représentants d'institutions non gouvernementales impliquées dans la prévention et le contrôle du VIH/SIDA ainsi que le représentant d'une association de personnes vivant avec le VIH/SIDA.

Dans les années 1980, le gouvernement indien a créé l'Organisation nationale de contrôle du SIDA (« National Aids Control Organisation » ou « NACO »), qui a été placée sous la présidence du Ministre de la santé et de la protection sociale de l'Union indienne, entouré de représentants des différents secteurs. L'objet de cette organisation était de réunir autour d'une même table divers ministres, organisations non gouvernementales et institutions privées en vue de coordonner efficacement la lutte contre le VIH/SIDA dans le pays. Forte des pouvoirs que lui ont conférés ses statuts, la NACO a élaboré une Politique nationale de prévention et de contrôle du SIDA en se fixant un double objectif : prévenir la propagation de l'épidémie et réduire progressivement le niveau de contamination de la population pour parvenir à un taux zéro de nouvelles infections 2007. Cette politique repose également sur le principe que lorsque les droits de l'homme sont protégés, les risques de contamination sont moins élevés et la maladie, moins difficile à vivre pour les personnes atteintes et leur famille. Dans cette optique, la NACO a défini toute une panoplie de mesures inspirées, notamment, par le respect des Droits de l'homme : l'évaluation et la révision de la législation, la prévention et le traitement du VIH, la diffusion d'informations, la création de services juridiques aptes à promouvoir ces droits et à développer une expertise dans toutes les questions juridiques liés au VIH, la mise en place de mesures spéciales pour les groupes vulnérables, une coopération accrue avec les organes des Nations Unies, etc. Il est en outre demandé à tous les organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, ainsi qu'aux organisations internationales et bilatérales qui sont engagées dans la prévention et la maîtrise du VIH/SIDA de mettre leurs mesures et leurs programmes en conformité avec cette politique.

## **Commissions des droits de l'homme**

La Commission des Nations Unies sur les droits de l'homme a mené une enquête pour déterminer comment ces organismes nationaux, particulièrement en vogue depuis une dizaine d'années, abordaient le problème du VIH/SIDA. Bon nombre de ces commissions disposent en effet de mécanismes d'investigation et de dépôt de plaintes qui peuvent

---

s'avérer fort utiles dans la lutte contre la discrimination sur le lieu de travail fondée sur le VIH. Dans son rapport intitulé Protection des droits de l'homme dans le contexte de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA)<sup>87</sup>, le Secrétaire général donne quelques exemples :

*28. La Commission nationale mexicaine des droits de l'homme a souligné qu'aucune situation ne pouvait justifier qu'il soit porté atteinte aux droits de l'homme. Elle a indiqué qu'elle accordait la priorité aux questions visées dans le Règlement officiel sur la prévention et la lutte contre le VIH/SIDA, notamment à l'information sur la prévention, la protection, les soins et les traitements. Ses travaux portent sur l'accès des personnes touchées par le VIH/SIDA aux traitements et aux soins, la formation du personnel médical, l'accès à l'assistance psychothérapeutique et la prévention de la transmission du VIH par voie de transfusion sanguine. Elle reçoit des plaintes pour refus de soins, non communication à un patient de sa sérologie VIH, refus d'accorder des prestations de sécurité sociale et divulgation abusive de la sérologie VIH ou SIDA. La Commission s'est déclarée préoccupée par les retards dans l'examen et la réparation des cas de discrimination liés au VIH/SIDA, dus à la complexité des procédures administratives, et plus particulièrement par la discrimination dont sont victimes les personnes touchées par le VIH/SIDA de la part des professionnels de la santé. La Commission a fait observer qu'au Mexique la réticence à parler des relations sexuelles de façon ouverte et franche continuait d'entraver les efforts visant à faire face à l'épidémie et à empêcher la discrimination contre les minorités sexuelles, ainsi que les personnes touchées par le VIH/SIDA.*

## **Inspection du travail**

Depuis quelques années, le rôle traditionnel des inspections du travail, qui consistait essentiellement à faire appliquer la législation, s'est élargi pour inclure des services de conseil et d'information. Le rôle que pourraient jouer ces institutions dans le domaine de la prévention et de la lutte contre la discrimination fondée sur le VIH paraît donc évident. Les principaux textes de l'OIT - la Convention sur l'administration du travail de 1978 (n° 150), la Convention sur l'inspection du travail de 1978 (n° 81) et la Convention sur l'inspection du travail (agriculture) de 1969 (n° 129) - donnent des orientations quand aux moyens de structurer les services d'inspection du travail pour les rendre aussi efficaces et utiles que possible. L'adjonction à derniers de services d'information, de formation et de conseil sur le VIH/SIDA fournirait un instrument de sensibilisation idéal dans le cadre d'une politique nationale dédiée à ce problème. Le Recueil de directives du BIT consacre une partie de son chapitre sur la formation à la mise à jour des compétences des inspecteurs du travail, notamment dans le domaine de la prévention du VIH/SIDA sur le lieu de travail. Plusieurs lois sur le SIDA définissent le rôle de l'inspection du travail, la définissant, notamment, comme le lieu approprié pour régler les conflits liés à la discrimination fondée sur VIH dans les pratiques d'embauche et de licenciement.

La réglementation du 14 octobre 1996, adoptée sous l'égide de la loi nicaraguayenne sur la promotion, la protection et la défense des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le VIH/SIDA, énonce clairement le droit des personnes vivant avec le virus de porter plainte auprès de l'inspection du travail :

*Article 22 : En application de l'article 21, toute personne qui n'a pas été embauchée ou qui a été licenciée en raison de sa séropositivité peut déposer plainte auprès de l'inspection du travail locale, qui est l'autorité compétente pour imposer le respect de ce droit, conformément au Code du travail.*

87 Document ONU E/CN.4/2003/81, Genève, 20 janvier 2003.



---

## Bureau de l'ombudsman

Cette institution est d'origine suédoise. Les « bureaux de l'Ombudsman » ou Ombuds ont été créés pour garantir l'application des lois suédoises sur les diverses formes de discrimination (sexe, origine ethnique, croyances, handicap et orientation sexuelle). Il s'agit à la fois de centres de réception des plaintes et de bureaux d'investigation oeuvrant au respect des lois. Les Ombuds peuvent cohabiter avec d'autres institutions plus officielles. Comme il est stipulé dans les textes qui les institutionnalisent, leur objet est de faciliter l'élimination de la discrimination sur le lieu de travail.

Bien que la discrimination fondée sur le VIH/SIDA n'y soit pas évoquée, les quelques exemples de texte ci-après montrent l'utilité de ce type d'institution, qui privilégie la conciliation dans le règlement des conflits et un plus large recours à la sensibilisation et à la formation. La loi suédoise<sup>88</sup> de 1991 sur l'égalité des chances face à l'emploi pour les hommes et pour les femmes (Equal Opportunity Act), contient les dispositions suivantes :

*Article 30 : Il sera créé un poste d'Ombudsman de l'égalité des chances et une Commission de l'égalité des chances afin de garantir l'application de la présente loi. L'Ombudsman de l'égalité des chances et les membres de la Commission pour l'égalité des chances seront nommés par le Gouvernement.*

*Article 31 : L'Ombudsman de l'égalité des chances aura pour tâche première d'amener les employeurs à appliquer volontairement la présente loi. Il devra également participer aux actions menées pour promouvoir l'égalité des chances par d'autres moyens.*

Toujours en Suède, la loi de 1994 sur la discrimination ethnique (Ethnic Discrimination Act)<sup>89</sup>, adopte une approche semblable mais décrit plus en détail les pouvoirs et le rôle de l'Ombudsman :

*Article 2 : Le gouvernement nommera un Ombudsman qui aura pour tâche de prévenir la discrimination dans le monde du travail et dans les autres domaines de la vie en société.*

*Article 3 : L'Ombudsman devra, par ses conseils et d'autres moyens semblables, aider les personnes victimes d'une discrimination ethnique fondée sur l'origine ethnique à défendre leur droits. Il devra en outre, par le dialogue avec les autorités, les entreprises et les organisations, la sensibilisation de l'opinion publique, la diffusion d'informations et d'autres méthodes semblables, susciter de nouvelles mesures de prévention de la discrimination ethnique.*

*Article 4 : L'Ombudsman devra notamment s'efforcer de prévenir la discrimination à l'embauche fondée sur l'origine ethnique. Par ses contacts avec les syndicats d'employeurs et d'employés concernés, l'Ombudsman devra œuvrer à l'amélioration des relations entre les différents groupes ethniques sur le lieu de travail. Les dispositions autorisant l'Ombudsman à lancer des procédures, en cas de conflit lié à des actes discriminatoires visant un demandeur d'emploi ou un travailleur, se trouvent à l'article 17.*

*Article 5 : Le Gouvernement nommera un Conseil de la discrimination ethnique constitué de trois membres. Ce Conseil assistera l'Ombudsman sur les questions de principe concernant l'application de la loi, et proposera au Gouvernement des amendements à la loi ou d'autres mesures susceptibles de combattre la discrimination ethnique. Le Conseil est également habilité à statuer sur les cas relevant de l'article 7.*

<sup>88</sup> Loi n° 443 du 30 mai 1991, publiée dans le journal officiel suédois *Official Bulletin* du 7 juin 1991.

<sup>89</sup> Loi n° 134 du 7 avril 1994, publiée dans le journal officiel suédois *Official Bulletin* du 19 avril 1994.

---

En Inde, un projet de loi nationale sur le SIDA prévoit la création, aux niveaux gouvernemental et syndical, d'un Ombud de la santé et de commissions sur le VIH qui veilleront au respect de la future loi.

## La charge de preuve

Prouver qu'il y a eu violation de la loi dans un cas de discrimination peut s'avérer une tâche complexe, qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte. Par exemple, dans une affaire de discrimination présumée impliquant un demandeur d'emploi qui a été éconduit pour des motifs prétendument discriminatoires, les informations concernant les critères de sélection, les qualifications exigées et l'évaluation des différents candidats ne sont généralement connues que de l'employeur. C'est notamment le cas dans les affaires de discrimination indirecte lorsque, bien souvent, les critères d'embauche ont été établis plusieurs années auparavant. Dans de nombreux pays, la charge de preuve incombe au demandeur et l'employeur n'est donc pas tenu de prouver que le rejet d'un candidat n'était pas fondé sur des motifs discriminatoires. Dans ces conditions, l'employeur peut avoir gain de cause pratiquement sans prononcer un mot : il lui suffit pour cela de récuser les arguments du demandeur. En pratique, le fait que la charge de preuve revienne au demandeur constitue un problème de procédure majeur et, bien souvent, un obstacle insurmontable pour le plaignant. Parfois, les pièces à conviction peuvent être obtenues sans trop de difficulté (par exemple, une petite annonce contenant une offre d'emploi manifestement discriminatoire) mais, le plus souvent, il s'agit d'actions ou d'attitudes dont le caractère répréhensible est uniquement suspecté mais non avéré. Dans ce cas, il est quasi-impossible de prouver qu'il a eu discrimination. Le même problème se pose dans les affaires de discrimination systématique quand, généralement, toutes les informations et dossiers qui pourraient constituer une preuve sont entre les mains de la personne accusée.

Ces obstacles ont amené les législateurs à « inverser la charge de preuve ». A partir du moment où le plaignant parvient à établir un cas *prima facie* de discrimination étayé par des faits, c'est à l'accusé qu'il incombe alors de prouver que son acte n'était pas discriminatoire. L'un des meilleurs exemples de cette approche est la directive du Conseil de l'Union européenne n° 97/80/EC du 15 décembre 1997 relative à la charge de preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.<sup>90</sup>

De par son exemplarité, le texte de l'Union européenne mérite d'être cité dans son intégralité, comme un modèle de bonne pratique qui s'est avéré efficace dans le traitement de la discrimination fondée sur le sexe, et qui devrait prouver son utilité dans celui de la discrimination à l'emploi fondée sur le VIH/SIDA :

*[...] considérant que les parties demandereses en justice pourraient être privées de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité de traitement devant la juridiction nationale si le fait d'apporter la preuve d'une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à la partie défenderesse la charge de prouver que sa pratique n'est, en réalité, pas discriminatoire ; considérant que la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé en conséquence que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une apparence de discrimination, et que, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en oeuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ; considérant que la preuve de la discrimination est d'autant plus difficile à apporter que la discrimination est indirecte ; qu'il importe donc de définir la discrimination indirecte ;*

*Article 4 – 1 : Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son*

<sup>90</sup> *Journal officiel des communautés européennes*, 1998-01-20, N° L.14, p. 6-8.

---

*égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.*

L'article 10 de la directive de Conseil n° 2000/78/EC, qui fixe un cadre général favorisant l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, adopte une formulation voisine en ce qui concerne les cas de discrimination fondée sur le handicap, l'orientation sexuelle, etc.

En Tanzanie, la loi sur les relations de travail et l'emploi (Employment and Labour Relations Bill) de 2003, contient cette déclaration sur l'inversement de la charge de preuve dans le domaine de la discrimination fondée sur le VIH/SIDA discrimination :

*Article 6(7): Dans toute procédure judiciaire civile -*

- (a) quand l'employé parvient à établir un cas prima facie de discrimination fondée sur un ou plusieurs des critères indiqués ci-après à l'article (3) [qui incluent le VIH/SIDA], l'employeur doit apporter les preuves suivantes : (i) la preuve que l'acte discriminatoire présumé n'a pas eu lieu ; (ii) la preuve que l'acte ou l'omission discriminatoire n'est pas fondé sur un ou plusieurs de ces critères ; ou,*
- (b) si l'acte discriminatoire n'est pas fondé sur l'un des critères indiqués à l'article (3), l'employeur doit apporter des preuves susceptibles d'étayer la défense visée au paragraphe (6)[mesures d'action positives ou qualifications exigées pour le poste] .*

## **Remèdes et sanctions**

En ce qui concerne l'efficacité des sanctions pour infraction à la loi, il importe d'une part que celles-ci aient un effet dissuasif sur les personnes susceptibles de poursuivre leurs pratiques discriminatoires et d'autre part, que les victimes de la discrimination reçoivent une juste réparation. Un versement de dommages et intérêts peut être ordonné en réparation des pertes financières passées et futures (dommages pécuniaires) ou des souffrances morales ou physiques subies (dommages non pécuniaires). Une législation qui, par exemple, contiendrait des dispositions pour protéger les employés, mais autoriserait, dans la pratique, l'employeur à rompre le contrat de travail d'un travailleur victime de discrimination, après lui avoir versé une indemnité, ne constituerait pas une protection suffisante.

Les législateurs et décideurs politiques doivent également s'interroger sur le bien-fondé de sanctions lourdes dans le domaine du VIH/SIDA. En résumé, il convient d'adopter des mesures préventives permettant de faire face aux situations sociales qui sont source de discrimination. Par ailleurs, il est bon de noter que la nature de la discrimination évolue et que l'on a de plus en plus souvent affaire à une discrimination indirecte, plus difficilement accessible aux sanctions pénales.

La plupart des pays semblent considérer qu'il est plus efficace d'avoir à sa disposition un large éventail de peines et de sanctions à appliquer aux différents cas de discrimination, en particulier lorsqu'il s'agit d'une discrimination fondée sur le statut VIH apparent ou réel.

Les quelques exemples ci-après, qui traitent de la discrimination en matière d'emploi et de profession, pourraient inspirer une législation sur le VIH/SIDA. En Finlande, la publicité discriminatoire (discrimination fondée sur le sexe lors du recrutement ou en cours d'emploi) est une infraction punie d'une amende. En Slovaquie, la violation des droits fondamentaux des travailleurs constitue une infraction pénale (Loi pénale n° 12/77-5/90, article 86). Aux termes de l'article 60 de cette même loi, la violation du principe de l'égalité des droits est une infraction pénale lorsque la discrimination en question est

---

expressément prohibée. En Israël, le non-respect de la Loi du 1er avril 1988<sup>91</sup> sur l'emploi (égalité des chances) met en jeu la responsabilité pénale et civile de l'auteur de l'infraction, autorisant la victime de la discrimination à demander réparation (éventuellement sous forme de dommages et intérêts). La loi espagnole, dans le Code pénal de 1991, prévoit des sanctions pénales pour les auteurs de formes graves de discrimination au travail fondée sur le sexe. La loi de 1988 sur les infractions sociales et les sanctions<sup>92</sup> considère que toute mesure d'un employeur qui est fondée sur une discrimination liée au sexe est une infraction grave.

Au Zimbabwe, la Réglementation de 1998 sur le VIH/SIDA adresse un message fort sur le respect de la loi. Cependant, la large couverture des possibilités de violation de *chaque* obligation inscrite dans la Réglementation, comme l'obligation pour l'employeur de fournir à chacun de ses employés une copie de cette même Réglementation, peut donner lieu à des sanctions disproportionnées, par exemple, dans les petites entreprises qui n'ont pas les ressources suffisantes pour s'offrir une photocopieuse ou l'achat d'exemplaires de la législation auprès des instances gouvernementales :

*Article 11 : Infractions et sanctions*

*Toute personne qui contrevient à une disposition de la présente Réglementation commet une infraction et encourt une amende maximale de 5 000 dollars, ou un emprisonnement maximal de six mois, ou ces deux sanctions à la fois.*

La Réglementation costa-ricienne de 1999 requiert que la partie coupable soit sanctionnée mais laisse les juridictions de chaque secteur décider de la nature de la sanction en fonction des pratiques procédurales locales :

*Article 26 : Le Ministère du travail et de la sécurité sociale appliquera des sanctions administratives, conformément aux procédures dûment établies, aux employeurs coupables d'actes discriminatoires. Dans le cas d'un établissement public, la décision ou sentence doit être communiquée au supérieur hiérarchique du fonctionnaire concerné, pour l'application de la sanction disciplinaire prévue. Le Ministère du travail et de la sécurité sociale devra veiller à l'application de la sanction en question...*

*Article 32 : Tout établissement, privé ou public, visé par la Loi Principale, n° 7771, ou par la présente Réglementation, doit inclure dans ses règles et accords disciplinaires internes des sanctions qui correspondent à la violation, par action ou omission, de la Loi ou de la présente Réglementation, afin de promouvoir leur application. Des exemplaires des règles ou accords internes devront être transmis au Conseil national de coordination pour le VIH/SIDA.*

Parfois perplexes quant à l'efficacité des amendes dans un contexte d'inflation ou, même, d'hyper-inflation, les législateurs s'efforcent de maintenir le caractère dissuasif de la sanction. L'une des méthodes pour y parvenir consiste à envisager le montant de l'amende non pas comme une valeur mais comme une « unité » ou un « niveau ». Ce paramètre peut ensuite être défini plus précisément, en termes monétaires, dans une réglementation (qui sera plus facile à amender qu'une loi). Par exemple, la Loi sur les relations de travail du Zimbabwe, telle qu'elle a été amendée en 2002, punit les personnes qui gênent les inspecteurs du travail dans l'accomplissement de leurs tâches :

<sup>91</sup> Loi No. 5748-1988, publiée dans le journal *Labour Laws: State of Israel*, Ministère du travail et des affaires sociales, Jerusalem, 200-01-80, p. 215-221.

<sup>92</sup> Loi No. 8 du 4 juillet 1988, publiée dans le journal officiel *Official State Bulletin*, 15-04-1988, N° 91, p. 11427 à 11434

---

*Article 126(5) : ... commettent une infraction et encourent une amende maximale de niveau 5 ou un emprisonnement maximal de 6 mois, ou ces deux sanctions à la fois.*

Un certain nombre de pays sont allés encore plus loin en légiférant en faveur de ce qui est communément appelé « le respect du contrat ». Cet instrument qui vise à promouvoir l'égalité, et que l'on trouve habituellement dans des lois qui instituent des mesures d'action positive, exige des employeurs qu'ils détiennent un certificat attestant de leur respect de la politique d'égalité, faute de quoi ils s'exposent à perdre tous les contrats ou prêts qu'ils ont pu obtenir de l'Etat. La loi sud-africaine sur l'égalité des chances à l'emploi (Employment Equity Act) en offre en bon exemple :

*Article 53 : Contrats d'Etat*

*(1) Tout employeur qui dépose une offre de contrat auprès d'un organisme gouvernemental pour la fourniture de marchandises ou de services, ou pour une quelconque location de matériel ou de services --*

*a. doit (i) s'il est un employeur désigné, se conformer aux Chapitres II et III de la présente Loi ; ou (ii) s'il n'est pas un employeur désigné, se conformer au Chapitre II de la présente Loi ; et*

*b. joindre à cette offre (i) soit, selon les termes du paragraphe (2), un certificat qui constitue la preuve que cet employeur s'est conformé aux Chapitres concernés de la présente Loi ; soit (ii) une déclaration de l'employeur lui-même indiquant que ce celui-ci s'est conformé aux Chapitres concernés de la présente Loi, ce qui, une fois vérifié par le Directeur général, constitue une preuve que ces exigences ont été remplies.*

*(2) L'employeur mentionné dans le paragraphe (1) peut obtenir du Ministère un certificat confirmant qu'il a rempli toutes les exigences...*

*(3) Un certificat délivré selon les termes du paragraphe (2) reste en vigueur pendant 12 mois à partir de la date de délivrance ou jusqu'à la prochaine date à laquelle l'employeur est tenu de soumettre un rapport... la plus longue de ces deux périodes étant celle qui est retenue.*

*(4) Le non respect des dispositions de la présente loi constitue un critère suffisant de rejet de toute offre de contrat visée dans le paragraphe (1) ou d'annulation de contrat.*

---

## Chapitre XI - Dernières remarques

Les commentaires ci-dessus et les exemples qui les illustrent constituent une réflexion sur les moyens d'élargir la couverture de la prévention et de la prise en charge du VIH/SIDA dans la législation du travail. Le Recueil des directives pratiques du BIT et les conventions de l'OIT qui traitent de ces sujets y sont abondamment cités. Une réforme de la législation du travail ne saurait être techniquement parfaite. Comme chaque fois que l'on touche à un domaine sensible, une telle réforme est nécessairement le fruit de compromis sociaux et politiques, et d'après négociations. Toute législation doit, en premier lieu, offrir un cadre stable et souple favorisant une bonne gouvernance du marché du travail et des relations saines entre les employeurs et les employés. En pratique, cela veut dire que les questions qui paraissent discutables sur un plan technique ne constituent pas nécessairement un problème du point de vue de l'utilisateur. L'OIT estime que ce sont les utilisateurs eux-mêmes et non les spécialistes de la législation qui devraient avoir le dernier mot quant à l'impartialité ou la viabilité d'une loi, quel que soit le domaine concerné. L'adoption et l'application de textes législatifs (c'est là un principe auquel l'OIT tient particulièrement) doivent être le résultat d'un dialogue social et d'une concertation approfondie entre toutes les parties concernées. L'expérience montre que les dispositions sur le VIH/SIDA ainsi adoptées sont les plus viables. Les textes de loi bien pensés, comme ceux qui sont cités en exemple dans le présent document, peuvent apporter une contribution non négligeable dans la lutte contre la pandémie et les problèmes de discrimination et de stigmatisation qu'elle engendre dans le monde du travail.

---

## Annexe 1 – Outils du BIT en matière de réforme de la législation du travail

- NATLEX & ILOLEX - bases de données
- *Orientations sur la législation du travail*, Genève, 2003, CD-ROM et sur le web :

<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/lfg/main.htm>

- *Etude comparative du contenu des lois récentes sur la fonction publique*, Document de travail n° 5, Programme focal sur le dialogue social, la législation du travail et l'administration du travail, Genève, 2001
- *Recueil sur le licenciement*, Genève, 2000 (seulement anglais), sur le web :

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/>

- Les études d'ensemble des mécanismes du contrôle de l'OIT
- Profils des systèmes juridiques en matière du droit du travail disponibles (seulement anglais) à « l'Observatoire international du droit du travail » sur le web :

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/national/index.htm>