

**LA COMPATIBILITÉ AVEC LA CHARTE QUÉBÉCOISE
DES TESTS DE DÉPISTAGE DE DROGUE EN EMPLOI**

Juin 1998

**Document adopté à la 430^e séance de la Commission,
tenue le 8 juin 1998, par sa résolution COM-430-5.1.3**

Normand Dauphin
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :

M^e Claire Bernard, conseillère juridique
Direction de la recherche

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION | 4 |
| I- LES ATTEINTES AUX DROITS DE LA PERSONNE | 7 |
| 1. Des atteintes aux droits fondamentaux..... | 7 |
| 2. Des atteintes au droit à l'égalité..... | 12 |
| a) Le handicap | 13 |
| b) Les autres motifs de discrimination | 17 |
| II- LES MOYENS DE DÉFENSE DE L'EMPLOYEUR | 19 |
| 1. La portée de la renonciation à la protection de la Charte..... | 20 |
| 2. Les moyens de défense fondés sur l'emploi..... | 24 |
| a) La finalité des tests de dépistage de drogue | 27 |
| b) La rationalité des tests de dépistage de drogue | 29 |
| c) Le caractère proportionnel des tests de dépistage de drogue | 34 |
| CONCLUSION | 37 |
| 1. Atteintes aux droits de la personne | 38 |
| 2. Justification des tests de dépistage par l'employeur | 39 |

INTRODUCTION

Dans plusieurs entreprises québécoises, le processus d'embauche comprend, outre un examen médical, un test de dépistage de drogue. Des tests de dépistage de drogue sont parfois aussi imposés en cours d'emploi, à la demande de l'employeur, selon des modalités qui varient en fonction des objectifs de la politique de dépistage mise en place dans l'entreprise. Ces tests peuvent être imposés à une catégorie de salariés ou à tous les salariés et être effectués systématiquement ou au hasard. Ils peuvent aussi être imposés suite à un accident ou un incident, ou lorsqu'il existe des raisons de croire qu'un salarié ou un groupe de salariés consomment de la drogue, ou encore quand un salarié réintègre son travail suite à une absence motivée par son problème de dépendance. Certaines politiques de dépistage regroupent plusieurs de ces modalités.

Si aucune étude ne permet de préciser le pourcentage d'entreprises québécoises ou canadiennes qui soumettent leurs employés ou les candidats à l'emploi au dépistage de drogue, il semblerait que le nombre d'entreprises qui y recourent va en grandissant, bien que l'utilisation des tests ne soit pas encore généralisée¹. Les politiques visant la drogue (ou l'alcool) sont plus répandues dans les entreprises dont l'activité met en jeu la sécurité du public, des salariés ou de l'environnement. On en retrouve particulièrement dans l'industrie pétrolière et dans les domaines du transport aérien, du transport maritime, du transport ferroviaire et du transport routier.

¹ *Commission ontarienne des droits de la personne et Entrop c. Imperial Oil Ltd. (No. 8)*, (1996) 27 C.H.R.R. D/210, D/217 (Ont. Bd. Inq.) [ci-après *Entrop No. 8*]. La commission d'enquête a rendu huit décisions intérimaires dans ce dossier en raison de la complexité des questions soulevées. Nous reviendrons sur la sixième et la huitième de ces décisions. La Cour divisionnaire vient de rejeter les quatre demandes d'appel portées par Imperial Oil, confirmant ainsi les interprétations de la commission d'enquête: [1998] O.J. No. 422 (QL), 6 février 1998 (Ont. Gen. Div.) (*sub nom. Imperial Oil Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)*) [ci-après *Imperial Oil Ltd.*]. Imperial Oil a présenté une demande de permission d'appel auprès de la Cour d'appel de l'Ontario.

D'ailleurs, la proximité des États-Unis explique que les tests de dépistage de drogue soient plus couramment utilisés au Canada que dans d'autres pays². En effet, des règlements américains obligent les salariés de compagnies de transport qui empruntent les voies ou les routes américaines à subir des tests de dépistage³. De plus, la majorité des grandes entreprises américaines ont adopté un programme de dépistage de drogue et les maisons mères américaines exigent que leurs filiales étrangères suivent cette pratique⁴.

Lorsque un individu consomme de la drogue, celle-ci se transforme en métabolites qui restent dans l'organisme pour une durée variant de quelques jours à quelques mois selon le type de drogue consommée. Les tests de dépistage détectent donc la présence dans l'organisme de la drogue et des métabolites qui ont été produits. Le délai de détection varie selon l'échantillon de substance corporelle utilisé. Par exemple, alors que le cheveu garde des traces de drogue pendant plusieurs mois, l'urine conserve des traces d'amphétamines pendant deux, trois jours alors que des traces de benzodiazépines (tranquillisants) peuvent y être décelées dans les deux semaines suivant leur utilisation⁵. Toutefois, si les tests dépistent une consommation de drogue récente, ils ne permettent de mesurer ni le niveau d'altération des facultés de l'individu qui l'a absorbée, ni de déterminer le moment de l'ingestion.

Le dépistage de drogue nécessite l'analyse d'un échantillon de substance corporelle, le plus souvent, un échantillon d'urine; mais l'analyse pourrait aussi porter sur un échantillon de sang, de cheveu ou

² *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/217.

³ Ces règlements ont été adoptés entre autres en vertu de l'*Omnibus Transportation Employee Testing Act of 1991*, Pub. L. No. 1023-143. Pour des exemples de l'application des règlements américains sur les salariés canadiens, voir *Canadian National Railway Co. and U.T.U.*, (1990) 11 L.A.C. (4th) 364 (Can.); *Provincial-American Truck-Transporters and Teamsters Union, Loc. 880*, (1991) 18 L.A.C. (4th) 412 (Ont.).

⁴ *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/218; Barbara BUTLER, «Developing A Company Alcohol and Drug Policy», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 484, 499.

⁵ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Workers' Privacy, Part III: Testing in the Workplace*, Conditions of Work Digest, vol. 12, n° 2, Genève, ILO, 1993, pp. 18-19.

de salive⁶. La procédure qui entoure la collecte de l'échantillon d'urine peut inclure l'observation directe de l'individu lors du prélèvement de l'échantillon afin de prévenir la falsification de l'échantillon⁷. Par ailleurs, le test peut révéler des renseignements personnels sur l'état de santé du salarié ou sur les activités qu'il mène en dehors des heures de travail, et dont l'employeur pourrait se servir à des fins professionnelles.

Devant les questions que suscite cette pratique intrusive, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a jugé opportun de vérifier la compatibilité avec les droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ du dépistage de drogue pratiqué lors de l'embauche et en cours d'emploi. La Commission doit en effet assurer, aux termes de l'article 71 de la Charte, la promotion et le respect des principes reconnus dans la Charte. Elle a entre autres le mandat d'étudier les demandes relatives à l'ensemble des droits et libertés de la personne et de faire enquête, sur demande ou de sa propre initiative, sur des situations de discrimination.

Conformément à ce mandat, cette étude présente une analyse des atteintes aux droits de la personne que risquent d'entraîner les tests de dépistage de drogue en emploi, laquelle tiendra compte des moyens de défense que peuvent soulever les employeurs, suivant le modèle d'interprétation applicable en droit de la personne.

⁶ COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Le dépistage antidrogue et la vie privée*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990, p. 12. Pour une discussion des avantages et des inconvénients de l'éventail des techniques permettant de détecter la drogue ou l'alcool, voir ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Drug and Alcohol Testing in the Workplace*, Toronto, The Commission, 1992, pp. 10-33.

⁷ *Le dépistage antidrogue et la vie privée*, *op. cit.*, note 6, pp. 2 et 20-21; «Why the Canadian Human Rights Commission Is Against Mandatory Random Drug Testing», (1990) 5 *Employment L.R.* 36, 37.

⁸ L.R.Q., c. C-12.

I– LES ATTEINTES AUX DROITS DE LA PERSONNE

Il s'agit tout d'abord de déterminer si les atteintes de nature physique et morale que comporte le dépistage de drogue constituent des violations de droits fondamentaux protégés par la Charte. Il convient ensuite de se demander si les tests de dépistage contreviennent aux dispositions de la Charte qui garantissent aux postulants à un emploi et aux salariés le respect du droit à l'égalité.

1. Des atteintes aux droits fondamentaux

En raison de leur nature tant intrusive qu'informationnelle, les tests de dépistage de drogue sont des actes susceptibles de compromettre à la fois le droit à l'intégrité, le droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation, ainsi que le droit au respect de la vie privée⁹, des droits fondamentaux protégés respectivement par les articles 1, 4 et 5 de la Charte québécoise :

- «1. Tout être humain a droit [...] à l'intégrité [...] de sa personne.
4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.
5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.»

Hormis quelques décisions arbitrales, il n'existe pas encore de décision québécoise sur les tests imposés en milieu du travail et les atteintes à des droits fondamentaux¹⁰. L'examen des décisions rendues dans d'autres contextes ou dans d'autres juridictions s'avérera donc nécessaire et utile.

⁹ Pour une définition de ces droits, voir entre autres *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.Q.), en appel, C.A.Q., n° 200-09-000113-925; *Commission des droits de la personne du Québec c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511 (T.D.P.Q.).

¹⁰ Une demande fondée sur la Charte québécoise a été déclarée irrecevable car l'employeur étant une entreprise de compétence fédérale, les dispositions de la Charte ont été jugées inapplicables: *Kealty c. Société*

Le caractère intrusif du prélèvement d'urine est décrit en termes éloquents dans l'affaire *Dion*, une décision traitant du dépistage de drogues effectué en milieu carcéral:

«[Q]ui ne s'est pas déjà senti humilié d'avoir à prélever, à l'occasion, un échantillon de son urine pour le remettre à l'infirmier ou à son médecin pour fins d'analyse? S'il est vrai que la santé du malade lui impose cette humiliation, il n'en demeure pas moins que l'obligation dans laquelle il se trouve, de ce fait, constitue une restriction à son libre choix de disposer de ce déchet de son organisme dans le secret et la discrétion. Il ne fait pas de doute que cette restriction agresse son autonomie. Le droit à l'intimité, à la discrétion et au secret des actes de la vie privée est une composante du droit à la sécurité de la personne. Imposer au détenu un prélèvement d'urine lui occasionne de l'humiliation et constitue une intrusion à la sécurité, à la tranquillité et à l'intimité de sa personne.»¹¹

Jugeant que cette atteinte au droit à la sécurité inscrit à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹² ne respectait pas les principes de justice fondamentale et n'était pas justifiée, la Cour invalida le règlement¹³ qui autorisait l'analyse d'urine auprès des détenus afin de détecter la présence de substances hallucinogènes. La disposition en cause a été jugée arbitraire car elle ne contient pas de normes de raisonnable et de probabilité permettant d'encadrer le pouvoir de soumettre le détenu à ce test. Ce règlement fut invalidé pour des motifs semblables dans *Jackson c. Pénitencier de*

internationale de télécommunications aéronautiques (Sita) Inc., [1991] R.J.Q. 397 (C.S.), porté en appel et réglé hors cour, C.A.M., n° 500-09-001732-908. Le fondement de la décision présuppose que les tests de dépistage sont inclus dans les relations de travail, ce que conteste toutefois la professeure Andrée Lajoie, dans *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail: illégalité ou pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, pp. 50-51.

¹¹ *Dion c. P.G. du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196, 2202 (C.S.), (1987) 30 C.C.C. (3d) 108, infirmé sur un autre point par C.A.M., n° 500-09-001207-869, 1990-05-31.

¹² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), App. II, n° 44, Ann. B, art. 7 : «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.»

¹³ *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, c. 1251, tel que modifié par DORS/85-412, (1985) 119 *Gaz. Can.* II 2156.

*Joyceville*¹⁴. Cette fois, le tribunal s'appuyait à la fois sur les articles 7 et 8 de la Charte canadienne, lequel interdit les fouilles abusives¹⁵.

Plus récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu dans l'affaire *Cruikshanks*¹⁶ que les tests d'urine imposés à un détenu libéré sous condition enfreignaient l'article 8 de la Charte canadienne parce qu'ils étaient arbitraires. Par contre, cette même Cour d'appel vient de confirmer dans *Fieldhouse*¹⁷, la constitutionnalité d'une disposition législative permettant d'obliger un détenu à fournir un échantillon d'urine dans le cadre d'un «*programme réglementaire de contrôle au hasard, effectué sans soupçons précis*»¹⁸.

Les objectifs pouvant justifier ces atteintes dans le contexte des services correctionnels ne sont évidemment pas les mêmes que ceux visés par un employeur. Cela dit, les décisions auxquelles nous venons de nous référer reconnaissent toutes le caractère attentatoire des tests d'urine utilisés pour dépister la consommation de drogue. Plusieurs décisions arbitrales concluent elles aussi que les tests de dépistage utilisés dans le cadre de l'emploi constituent une atteinte à la dignité¹⁹. On peut également craindre que le test n'entraîne une atteinte à l'honneur et à la réputation, particulièrement

¹⁴ [1990] 3 C.F. 55 (1^{ère} inst.).

¹⁵ Il est à noter que l'article 24.1 de la Charte québécoise interdit également les fouilles, saisies et perquisitions abusives, au chapitre des droits judiciaires. La portée de la protection que confère cette disposition se limite toutefois aux fouilles administratives et aux fouilles judiciaires.

¹⁶ *Cruikshanks c. Canada (National Parole Board)*, (1992) 10 C.R.R. (2d) 317.

¹⁷ *Fieldhouse c. Canada*, (1995) 29 C.R.R. (2d) D-7, confirmant (1994) 33 C.R. (4th) 346 (C.S. C.B.). Voir le commentaire du jugement rendu en première instance: Allan MANSON, «*Fieldhouse and the Diminution of Charter Scrutiny*», (1995) 33 C.R. (4th) 358.

¹⁸ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 54b). Le programme de dépistage est prévu dans le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, (1992) 126 *Gaz. Can.* II 4181.

¹⁹ *Canadian Pacific Ltd. and U.T.U.*, (1987) 31 L.A.C. (3d) 179, 187 (Can.).

quand le résultat positif du test emporte des conséquences négatives pour le candidat à l'emploi ou le salarié.

Outre le droit à l'intégrité, à l'honneur, à la réputation et à la dignité, les tests de dépistage de drogue menacent aussi le droit au respect de la vie privée, et ce en raison des renseignements que peut révéler l'analyse de la substance corporelle²⁰. La Cour suprême a déjà sanctionné, dans le contexte criminel, les atteintes qu'entraînent les prélèvements de nature corporelle. Dans l'arrêt *Dyment*, le juge La Forest souligne que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine.»²¹ Dans l'arrêt *Dersch*, la juge L'Heureux-Dubé conclut que le prélèvement d'un échantillon de sang constituait «une atteinte au droit de l'appelant de contrôler les fonctions de son propre corps»²².

Comme un résultat positif démontre une ingestion qui a pu se produire plusieurs jours auparavant, le test révélerait à l'employeur des informations relatives aux activités exercées par le salarié en dehors de ses heures de travail, dans le cadre de sa vie privée²³.

L'analyse des substances prélevées peut au surplus dévoiler des informations personnelles qui ont trait soit à la santé du salarié, soit si c'est une femme, à son état de grossesse. Le salarié peut être obligé

²⁰ *Canadian Pacific Ltd. and U.T.U., ibid.; Provincial-American Truck-Transporters and Teamsters Union, Loc. 880*, précité, note 3, 422.

²¹ *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 431-432.

²² *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, 784.

²³ *Re Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880*, précité, note 3, 422; *Re Winnipeg (City) and C.U.P.E., Loc. 500*, (1992) 23 L.A.C. (4th) 441, 444 (Man.).

de divulguer préalablement au test qu'il consomme des médicaments qui en affecteraient les résultats, ce qui constitue aussi des informations personnelles concernant son état de santé²⁴.

Pour toutes ces raisons, la Commission considère que les tests de dépistage de drogue portent effectivement atteinte à des droits fondamentaux du salarié ou du candidat à l'emploi. L'imposition du test enfreint à la fois le droit à l'intégrité et le droit à la sauvegarde de sa dignité. D'autre part, l'utilisation des informations révélées par le test est susceptible de porter atteinte au droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation, ainsi qu'au droit au respect de sa vie privée.

Nous verrons plus loin que l'exercice des droits et libertés peut être restreint à certaines conditions, dans la mesure où l'employeur démontre leur justification. Si la restriction à ces droits fondamentaux n'apparaît pas justifiée, le salarié ou le candidat à l'emploi peut exercer un recours devant les tribunaux en vertu de l'article 49 de la Charte afin de demander la cessation de l'atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. De plus, l'auteur de l'atteinte peut être condamné à des dommages exemplaires si celle-ci se révèle être intentionnelle. Précisons en outre que certains des droits fondamentaux protégés par la Charte sont également reconnus dans le *Code civil*²⁵ et dans des lois sectorielles telles que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²⁶, et que par conséquent, d'autres recours pourraient être intentés.

Par ailleurs, une atteinte à des droits fondamentaux qui serait fondée sur un motif de discrimination prohibée par l'article 10 de la Charte pourrait également faire l'objet d'une plainte à la Commission

²⁴ Eugene OSCAPPELLA, «Drug Testing and Privacy, «Are You Now, Or Have You Ever Been, A Member Of The Communist Party?» McCarthyism, Early 1950s, «Are You Now, Or Have You Ever Been, A User Of Illicit Drugs?» Chemical McCarthyism 1990s», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 325, 332.

²⁵ Art. 3, 10 et 35 C.c.Q.

²⁶ L.R.Q., c. P-39.1.

et éventuellement d'un recours devant le Tribunal des droits de la personne²⁷. Nous aborderons donc les test de dépistage sous l'angle du droit à l'égalité.

2. Des atteintes au droit à l'égalité

Les articles 10, 16 et 18.1 de la Charte consacrent le droit d'être embauché et d'occuper un emploi sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif de discrimination illicite :

«10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

18.1 Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.»

²⁷ Charte québécoise, art. 71, 74 et 111. Rappelons que la compétence du Tribunal des droits de la personne est limitée aux domaines dans lesquels la Commission peut faire enquête. Voir Madeleine CARON, «Le recours au Tribunal des droits de la personne», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Montréal, S.F.P.B.Q., 1995, p. 1, aux pages 5 à 8.

La Charte québécoise interdit à la fois la discrimination directe et la discrimination indirecte²⁸. La discrimination directe provient d'une règle ou d'une mesure qui établit à première vue une distinction, une exclusion ou une préférence fondée sur un motif de discrimination prohibé par l'article 10. La discrimination indirecte découle d'une règle ou d'une mesure en apparence neutre applicable à toutes les personnes qu'elle vise, mais qui produit une exclusion ou un désavantage à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes sur la base de l'un des critères interdits par l'article 10²⁹.

Il nous faut donc déterminer si l'exclusion fondée sur la consommation de drogue est interdite en vertu d'un motif de discrimination illicite au sens de la Charte québécoise. La consommation de drogue ou la dépendance à la drogue n'étant pas un motif de discrimination expressément prohibé par la Charte, nous devons nous demander si le motif de handicap englobe ces situations et si d'autres motifs de discrimination pourraient être invoqués à l'encontre des tests de dépistage de drogue.

a) *Le handicap*

Les tribunaux québécois n'ont pas encore eu à décider si la restriction des droits d'une personne en raison de consommation de drogue ou d'alcool produit ou non de la discrimination fondée sur le handicap au sens de la Charte.

²⁸ *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, 3042-3044 (T.D.P.Q.), confirmé par [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.).

²⁹ Sur le concept de discrimination indirecte ou par effet préjudiciable, voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 551 (j. McIntyre); *Action Travail des Femmes c. C.N.*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1136 (j. Dickson). Voir aussi Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi – Aspects juridiques*, coll. Études et documents de recherche sur les droits et libertés, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989; Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

À la différence de la Charte québécoise, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁰ comprend dans sa définition du handicap, la dépendance à la drogue et l'alcool :

«Art. 25 «déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.»

En revanche, la plupart des lois provinciales sur les droits de la personne n'incluent pas expressément la dépendance à l'alcool ou la drogue, dans la définition de handicap. La majorité des commissions provinciales chargées de la protection des droits de la personne n'en considèrent pas moins qu'une telle dépendance peut être une forme de déficience³¹. La jurisprudence a entériné cette interprétation en concluant que constituent des formes de handicap, l'alcoolisme³² et la dépendance à la drogue³³.

Plus récemment en 1996, la commission d'enquête (*Board of Inquiry*) constituée en vertu du Code ontarien des droits de la personne a examiné, dans une décision qui vient d'être confirmée en appel³⁴, la politique de dépistage de drogue et d'alcool qu'applique, depuis 1992, la raffinerie pétrolière Imperial Oil. La commission d'enquête a jugé que l'abus de drogue et la dépendance à la drogue entrent

³⁰ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6.

³¹ «Do Your Application Forms and Employment Interviews Meet Human Rights Standards?», (1995) 15 *Employment L.R.* 81, 99. Voir aussi COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, Tableau sur les motifs de distinction illicite en matière d'emploi et de prestation de biens, de services, d'installations et de moyens d'hébergement destinés au public, août 1993. Voir également la Politique de la Commission ontarienne des droits de la personne sur les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool, 27 novembre 1996.

³² *Entrop c. Imperial Oil Ltd. (No. 6)*, (1995) 23 C.H.R.R. D/196 (Ont. Bd. Inq.) [ci-après *Entrop No. 6*], confirmé en appel par *Imperial Oil Ltd.*, précité, note 1; *Bentley c. Royal Canadian Legion, Branch 60*, (1995) 24 C.H.R.R. D/416 (B.C.C.H.R.); *Handfield c. North Thompson School District No. 26*, (1995) 25 C.H.R.R. D/452 (B.C.C.H.R.).

³³ *Quintette Operating Corp. and U.S.W.A., Loc. 9113*, (1996) 57 L.A.C. (4th) 356 (B.C.).

³⁴ *Imperial Oil Ltd.*, précité, note 1, para. 33 du jugement.

dans la définition du handicap, au sens du Code ontarien³⁵ : «*[D]rug abuse and drug dependence both constitute a "handicap" within the meaning of the Code, in that they encompass "an illness or disease creating physical disability or mental impairment, and interfering with physical, psychological and social functioning".*»³⁶ La commission d'enquête a ajouté que la discrimination envers la personne qui consomme occasionnellement de la drogue ou de l'alcool est également prohibée, dans la mesure où cette personne est perçue par l'employeur comme ayant une incapacité:

*«The language of the Code also ensures that complainants who allege discrimination because of past or present drug abuse problems are not required to establish that their condition actually creates mental or physical disability. To the extent that an employer perceives that the drug use causes disability and then acts on the basis of this perception to discriminate against employees, this also falls within the ambit of the legislative protection.»*³⁷

Au Québec, l'interprétation que les tribunaux ont donnée du motif de handicap est suffisamment large pour englober la dépendance à la drogue. En effet, d'une part, selon le Tribunal des droits de la personne, l'anomalie à la source d'une distinction ou exclusion discriminatoire fondée sur le handicap peut résulter tant d'une infirmité ou d'une malformation, que d'une maladie ou d'une déficience³⁸. D'autre part, la Cour d'appel vient de décider qu'une anomalie peut constituer un handicap même quand il n'en résulte pas une limitation ou une incapacité fonctionnelle³⁹.

³⁵ Code des droits de la personne, S.R.O. 1990, c. H.19, art. 5.

³⁶ *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/213.

³⁷ *Ibid.*, D/213-214.

³⁸ *Commission des droits de la personne du Québec c. G... G...*, [1995] R.J.Q. 1601, 1620 (T.D.P.Q.).

³⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Montréal*, C.A.M., n° 500-09-000601-955 et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Boisbriand*, C.A.M., n° 500-09-000602-953, 13 février 1998, j. Philippon, pp. 61-62 du jugement. L'arrêt de la Cour d'appel fait l'objet d'une explication plus élaborée dans l'étude de la Commission portant sur les examens médicaux en emploi: COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les examens médicaux en emploi* (par Daniel Carpentier, 8 juin 1998, p. 13 et suiv.).

Qui plus est, la Cour d'appel confirmait dans la même décision qu'il n'est pas nécessaire que la personne victime d'exclusion soit objectivement affectée d'une anomalie physique ou mentale pour pouvoir invoquer la protection que lui reconnaît la Charte. Comme pour les autres motifs de discrimination énoncés à la Charte, l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap s'applique à l'encontre d'une perception erronée ou purement subjective de l'existence de celui-ci⁴⁰. Cette interprétation repose sur la finalité de l'article 10 de la Charte; la Cour d'appel considère que la Charte vise «*la protection contre les préjugés et stéréotypes privant les personnes qui en sont atteintes d'être considérées, dans l'emploi notamment, selon leurs mérites et capacités réels*»⁴¹.

En appliquant le raisonnement de la Cour d'appel aux tests de dépistage de drogue, on peut conclure que les préjudices qu'entraînent ces tests sont également susceptibles d'être qualifiés de discriminatoires, même à l'égard de personnes qui consomment occasionnellement de la drogue. Si celles-ci ne sont pas objectivement dépendantes, l'exclusion ou le traitement distinct que l'employeur applique à leur égard se fonde sur une perception subjective de leur capacité de remplir leurs fonctions. Comme nous le verrons plus loin, cela ne veut pas dire que l'employeur n'a pas le droit d'exclure une personne dépendante à la drogue ou consommatrice occasionnelle s'il réussit à démontrer que la consommation de drogue a pour effet de la rendre incapable de satisfaire aux exigences de l'emploi. Mais il est important de retenir à cette étape-ci que le motif "handicap" permet de protéger un candidat à l'emploi ou un salarié dont les droits seraient atteints à cause du test de dépistage de drogue.

Par ailleurs, les tests de dépistage de drogue risquent de produire des effets discriminatoires à l'égard de candidats ou de salariés qui prennent des médicaments contenant de l'opium, tels que la codéine ou la morphine. En conséquence, ces personnes pourraient également être victimes de discrimination

⁴⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Montréal, ibid.*, p. 50 du jugement.

⁴¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Montréal, ibid.*, p. 43 du jugement.

fondée sur le handicap⁴². Pour éviter cette répercussion, des laboratoires demandent aux personnes qui subissent le test d'identifier les médicaments qu'elles consomment. La Commission recommande que cette pratique soit généralisée dans les situations où l'utilisation des tests serait justifiée. Il va sans dire que quand elles sont divulguées dans ce contexte, les données relatives aux médicaments ne devraient pas être transmises à l'employeur.

De plus, pour éviter que les tests ne produisent des effets discriminatoires à l'égard de personnes atteintes de certaines maladies, telles que le diabète ou l'épilepsie, l'employeur devrait également s'assurer que les échantillons qui servent au test de dépistage de drogue ne soient pas utilisés pour révéler autre chose que l'ingestion de drogue.

b) Les autres motifs de discrimination

Les tests de dépistage peuvent potentiellement produire des effets discriminatoires reliés à d'autres motifs illicites que le handicap.

À cet égard, la Commission canadienne des droits de la personne retient trois autres motifs, soit le sexe, la race et l'âge. En premier lieu, advenant que l'analyse de l'échantillon de substances corporelles révèle l'état de grossesse d'une postulante ou d'une salariée et que l'employeur l'exclut de son emploi ou la prive d'une condition de travail, celle-ci pourrait porter plainte pour discrimination fondée sur le sexe⁴³. Par ailleurs, la Commission canadienne retient le motif de race car d'après certaines recherches, la mélanine produirait la même réaction au test que le tetrahydrocannabinol (THC), la substance active que contient le cannabis. Or, comme le taux de mélanine présente dans la peau et

⁴² Voir dans ce sens *Entrop No. 6*, précité, note 32; *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/227-228.

⁴³ Voir la politique de la Commission canadienne des droits de la personne exposée dans «Where Does the Canadian Human Rights Commission Stand on Drug Testing?», (1989) 10 *Employment L.R.* 69.

les cheveux est forcément plus abondant chez les personnes ayant la peau noire, le test de dépistage pourrait donner un résultat de faux positif à leur égard⁴⁴.

Finalement, selon la Commission canadienne, le programme de dépistage pourrait également donner lieu à de la discrimination indirecte en regard de candidats ou de salariés âgés de moins de 30 ans puisque selon les données dont elle disposait en 1989, la majorité des consommateurs de drogues illicites seraient âgés de 18 à 29 ans⁴⁵. Les postulants et les salariés dans cette catégorie d'âge seraient donc susceptibles de subir de manière disproportionnée un préjudice, si le résultat positif du test entraîne une exclusion telle qu'un refus d'embauche. Des études plus récentes confirment ces chiffres. Une étude de 1997 portant sur l'usage de drogues licites et illicites au Canada demandait aux sujets s'ils avaient consommé, au cours de l'année précédente, une des cinq drogues illicites retenues pour les fins de l'étude. Ont répondu par l'affirmative 25.7 % des 15-17 ans, 24.1 % des 18-19 ans, 19.8 % des 20-24 ans, 9.9 % des 25-34 ans, 5.9 % des 35-44 ans, 1.5 % des 45-54 ans, 0.8 % des 55-64 ans et 0.8 % des 65-75 ans⁴⁶. Dans une autre étude menée auprès de salariés américains âgés de 18 à 49 ans, les salariés ayant répondu qu'ils consommaient une drogue illicite se dénombrent ainsi: environ 12 % des salariés âgés de 18 à 25 ans; presque 9 % des 26 à 34 ans; un peu plus de 5 % des 35 à 49 ans⁴⁷.

Ces trois motifs pourraient éventuellement fonder une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en vertu de la Charte québécoise. En ce qui concerne le risque de discrimination fondée sur la grossesse, la Commission considère que la réalisation de ce risque doit

⁴⁴ COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *ibid.*, 69-70.

⁴⁵ *Ibid.*, 69, citant *Statistics on Alcohol and Drug Use in Canada and Other Countries*, Toronto, Addiction Research Foundation, 1985.

⁴⁶ CENTRE CANADIEN DE LUTTE CONTRE L'ALCOOLISME ET LES TOXICOMANIES ET FONDATION DE LA RECHERCHE SUR LA TOXICOMANIE DE L'ONTARIO, *Profil canadien. L'alcool, le tabac et les autres drogues*, 1997.

⁴⁷ SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION, *An Analysis of Worker Drug Use and Workplace Policies and Programs*, July 1997 (<http://www.samhsa.gov/oas/wkplace/>).

être écartée par l'employeur en s'assurant que le formulaire de demande de tests transmis au laboratoire circonscrit la portée du test en indiquant les substances à rechercher. Quant au motif «race», auquel il faut ajouter le motif "couleur" que protège également l'article 10 de la Charte, la Commission recommande que des tests de confirmation soient utilisés pour éviter que le test ne produise de faux positifs à l'égard des personnes ayant la peau noire. Enfin, en ce qui a trait au motif «âge», avant de pouvoir retenir un tel motif, ou éventuellement un autre motif de discrimination indirecte, il serait nécessaire que des données québécoises récentes démontrent que la consommation de la substance identifiée par un test est significativement plus importante chez un groupe défini par son âge ou par une autre caractéristique protégée par la Charte.

Si la Commission conclut que les tests de dépistage peuvent produire des atteintes au droit à l'égalité à l'égard de personnes pouvant invoquer le motif de handicap et possiblement, d'autres motifs tels que la grossesse, la race et la couleur, et l'âge, il n'est toutefois pas exclu qu'un employeur puisse requérir que les candidats à un poste ou les salariés se soumettent à un test de dépistage, car si la politique de dépistage répond à certains critères, l'atteinte peut être réputée non discriminatoire.

II– LES MOYENS DE DÉFENSE DE L'EMPLOYEUR

Avant d'examiner les moyens de défense fondés sur l'emploi dont dispose l'employeur, il convient de clarifier la question de la portée du consentement que donne le candidat à l'emploi ou le salarié au test de dépistage.

1. La portée de la renonciation à la protection de la Charte

Il faut en effet se demander si une personne peut renoncer valablement à la protection que lui confère la Charte. Pour ce qui est du droit à l'égalité, la Cour suprême a fermement signifié que ce droit ne peut faire l'objet de renonciation contractuelle, ni dans le contrat de travail, ni dans la convention collective⁴⁸. En revanche, l'effet de la renonciation à un droit fondamental n'est pas encore clairement circonscrit, tout au moins par la jurisprudence québécoise. Ce deuxième aspect retiendra notre attention.

La Cour d'appel s'est récemment penchée sur la légalité des clauses de résidence comme condition d'emploi. Dans l'arrêt *Brasserie Labatt*, deux juges concluent à la nullité de la clause d'embauche prévoyant la relocalisation du salarié et de sa famille à proximité de son lieu de travail, au motif qu'elle violait le droit au respect de sa vie privée⁴⁹. Dans l'arrêt *Godbout*, la Cour d'appel déclare invalide l'obligation de résidence que la ville de Longueuil imposait à ses employés. Cependant, seul un des trois juges voit dans la clause imposant le maintien de la résidence dans les limites de la municipalité une atteinte à la vie privée⁵⁰. Selon un des deux autres juges, même si le concept de vie privée était suffisamment large pour englober ce type de situation, ce qu'il met en doute, la salariée avait

⁴⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 213-214 (j. McIntyre); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 154 (j. McIntyre); *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 985-987 (j. Sopinka); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, 16 (j. Major). Au Québec, voir *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*, J.E. 84-65 (C.A.).

⁴⁹ *Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73, 79 (j. Gendreau) (C.A.). Le juge Fish souscrivait à ce motif. Le juge Baudouin concluait quant à lui qu'il y avait eu une atteinte discriminatoire fondée sur l'état civil et que la condition d'emploi était contraire à l'ordre public (pp. 77-78).

⁵⁰ *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561, 2565 (j. Gendreau) (C.A.), confirmé sur ce motif entre autres par la Cour suprême, [1997] 3 R.C.S. 844, 913 (j. La Forest).

valablement renoncé à la protection de ce droit⁵¹, conformément à l'arrêt *Frenette*⁵² rendu par la Cour suprême en matière d'accès aux dossiers médicaux.

Dans l'affaire *Frenette*, les bénéficiaires d'une assurance-vie s'opposaient à ce que la compagnie d'assurance ait accès à l'ensemble du dossier médical de l'assuré, invoquant son droit à la confidentialité et son droit au respect de sa vie privée. Comme l'assuré avait autorisé par écrit l'accès, que la Cour suprême qualifie d'«illimité»⁵³, à ses dossiers médicaux, la Cour conclut qu'il avait renoncé au droit à la confidentialité et du même coup, au droit au respect de sa vie privée⁵⁴. Mais l'analyse de la Cour portait principalement sur le premier de ces droits⁵⁵. Or, le droit à la confidentialité des dossiers médicaux est un droit auquel, selon les termes mêmes de l'article 9 de la Charte⁵⁶, le bénéficiaire peut toujours renoncer.

Il est permis de dégager des règles du *Code civil* du Québec la portée des droits garantis par la Charte étant donné que celui-ci, suivant sa disposition préliminaire, «régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne [...] les rapports entre les personnes.» Or les articles 10 et 35 C.c.Q. prévoient respectivement qu'une personne peut consentir à ce qu'on attente à son intégrité et à sa vie privée. Bien entendu, un consentement contraire à l'ordre public ne pourrait rendre licites certains

⁵¹ *Godbout, ibid.*, 2569 (j. Baudouin), infirmé sur ce motif par la Cour suprême (voir *infra*, note 62 et texte correspondant). Selon le juge Fish, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur l'applicabilité de la Charte: *Godbout, ibid.*, 2565.

⁵² *Frenette c. La Métropolitaine, cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.

⁵³ *Frenette, ibid.*, 695 (j. L'Heureux-Dubé).

⁵⁴ *Frenette, ibid.*, 677-678 (j. L'Heureux-Dubé).

⁵⁵ *Frenette, ibid.*, 673-677 (j. L'Heureux-Dubé).

⁵⁶ Charte québécoise, art. 9 : «*Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi. [...]*». [C'est nous qui soulignons.]

types d'atteintes⁵⁷. De plus, le consentement est inopérant s'il n'est pas libre ou éclairé. D'aucuns contestent la validité des consentements à une atteinte à un droit fondamental lorsqu'ils sont donnés dans le cadre d'une demande d'emploi⁵⁸. La crainte de ne pas obtenir l'emploi pour lequel on postule en cas de refus de subir le test de dépistage constitue une contrainte psychologique qui anéantit le caractère libre du consentement⁵⁹.

Cette crainte ne réussirait probablement pas à vicier le consentement au sens du droit civil⁶⁰. Mais l'appréciation du consentement doit être plus exigeante quand il s'agit d'une atteinte à un droit fondamental, particulièrement dans un contexte où les parties sont placées dans un rapport de forces inégal. La Cour suprême s'est montrée vigilante à l'égard du déséquilibre des parties en milieu de travail quand la renonciation vise le droit à l'égalité:

⁵⁷ Art. 8 C.c.Q. Voir *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933, 935-938 où le juge Deschênes conclut que la stérilisation volontaire n'est plus contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Sur l'application de la notion d'ordre public en droit du travail, voir notamment *Brasserie Labatt Ltée*, précité, note 49, 79 (j. Gendreau); *Godbout*, précité, note 50, 2570 (j. Baudouin).

⁵⁸ Voir Hélène GUAY, Bartha Maria KNOPPERS et Isabelle PANISSET, «La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi», (1992) 52 *R. du B.* 185, 272. Voir aussi, dans le contexte de l'utilisation du polygraphe : Pierre PATENAUDE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1990, p. 26. Un autre auteur fait une distinction entre le dépistage en cours d'emploi, où il y a plus de risque que le consentement soit nul, et le dépistage pré-emploi où il n'existe pas, selon lui, d'éléments de coercition: Karim BENYEKHLIF, «Réflexions sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi», (1988) 48 *R. du B.* 315, 338-341 et 353. Une autre auteure distingue la jouissance et l'exercice du droit pour conclure qu'une personne peut renoncer à ce dernier: Véronique L. MARLEAU, «Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 107, aux pages 158-167.

⁵⁹ «La validité du consentement à de telles restrictions à ces droits, qu'il survienne à l'embauche ou pendant la durée de l'emploi, n'est pas établie et paraît fort douteuse.» A. LAJOIE, *op. cit.*, note 10, p. 46. Voir l'analyse qui sous-tend cette conclusion aux pages 35-40 et 45-46. Voir aussi dans ce sens Bruce FELDTHEUSEN, «Urinalysis Drug Testing : Just Say No», (1988) 5 *A.C.D.P.* 81, 98; COMITÉ PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA CONDITION DES PERSONNES HANDICAPÉES, *La vie privée : où se situe la frontière?* (présidente: Sheila Finestone), Ottawa, Chambre des communes, avril 1997, pp. 13-14.

⁶⁰ Voir C.c.Q., art. 1399, 1402 et suiv.

«La règle de l'arrêt Craton était inspirée par la crainte qu'il n'existe une grande disparité en matière de pouvoir de négociation entre la personne qui renonce par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne et la partie qui tire profit de cette clause. L'inégalité du pouvoir de négociation peut servir à forcer une partie à adhérer à un contrat qui mine l'objet même de la loi sur les droits de la personne. Ce type de déséquilibre risque habituellement de se produire dans les relations de travail.»⁶¹

La Cour vient de renforcer cette approche dans une décision qui confirme les conclusions de la Cour d'appel dans l'arrêt *Godbout*, mais qui infirme certains de ses motifs. Contrairement à deux des trois juges de la Cour d'appel, les juges de la Cour suprême concluent à l'unanimité qu'une municipalité qui oblige ses employés à résider dans ses limites territoriales porte atteinte au droit au respect de la vie privée de ceux-ci. Le juge La Forest précise qu'il ne pouvait pas y avoir renonciation au droit de la salariée de choisir son lieu de résidence du fait que la clause était obligatoire :

«[L]'intimée n'avait pas d'autre choix que de se plier à l'obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d'employée permanente de la municipalité. Il est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable. En l'espèce, toutefois, l'appelante a soumis l'alternative suivante à l'intimée : elle pouvait quitter son poste (ou continuer à occuper un emploi temporaire) ou elle pouvait accéder à la permanence en s'engageant à maintenir sa résidence à Longueuil pendant la durée de son emploi. [...] l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l'acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion, comme le juge Baudouin l'a conclu dans son analyse de la question de l'ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation.»⁶²

⁶¹ *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1130 (j. Cory).

⁶² *Godbout c. Ville de Longueuil*, précité, note 50, 896-897 [les soulignés sont dans le texte]. Ces raisons que le juge La Forest expose dans cette citation à l'égard de la renonciation au droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte canadienne s'appliquent également à l'égard de la renonciation au droit à la vie privée reconnu à l'article 5 de la Charte québécoise (p. 910).

Par conséquent, pour être valide, la renonciation à un droit de la personne doit être signifiée librement. Or, comme l'affirme la Cour suprême, le candidat à l'emploi ou le salarié qui n'est pas en mesure de négocier une condition d'embauche ou une condition de maintien d'emploi, n'est pas libre de renoncer ou non à l'atteinte à un droit fondamental que comporterait cette condition d'emploi.

Quoiqu'il en soit, même si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il y a eu renonciation à un droit fondamental, il dispose d'un autre moyen de défense: il peut tenter d'établir que cette atteinte est justifiée au sens de l'article 9.1⁶³. De même, si l'employeur ne peut pas s'opposer à un recours fondé sur l'article 10 en invoquant le consentement du postulant au test de dépistage, il peut tenter d'établir une défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée ou sur l'obligation d'accommodement.

2. Les moyens de défense fondés sur l'emploi

Une fois établi qu'un droit de la personne a été enfreint, le fondement du modèle d'analyse diffère selon qu'il s'agit d'un droit fondamental protégé au Chapitre I de la Charte ou du droit à l'égalité garanti par l'article 10. L'atteinte à un droit fondamental garanti aux articles 1 à 9 de la Charte doit être justifiée en vertu de l'article 9.1, en fonction de critères définis par les tribunaux. En revanche, quand l'acte commis contrevient au droit à l'égalité au sens de l'article 10, son auteur peut invoquer soit l'article 20 de la Charte qui définit, en matière d'emploi, une défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée, soit une défense fondée sur l'accommodement raisonnable. Prenons ces trois situations une par une.

⁶³ *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Désaulniers*, [1992] R.J.Q. 267 (C.Q.), désistement d'appel. Dans cette affaire opposant la Corporation professionnelle des médecins du Québec à un acupuncteur, le tribunal avait conclu que le règlement obligeant une personne à subir un examen médical avant de pouvoir consulter un acupuncteur non-médecin portait atteinte à ses droits à l'intégrité et au respect de la vie privée, mais dans les limites fixées par l'article 9.1.

Aux termes de l'article 9.1 de la Charte québécoise, l'exercice des droits et libertés fondamentaux peut être restreint dans les rapports de droit privé⁶⁴, y compris en matière d'emploi, au même titre que dans les rapports entre l'État et les citoyens. La disposition se lit comme suit :

«9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.»

La Cour suprême a décidé, dans l'arrêt *Ford*⁶⁵, que cette disposition justificative de la Charte québécoise commandait une analyse fondée sur les critères élaborés dans l'arrêt *Oakes*⁶⁶ pour l'application de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon ce test, une violation à un droit garanti peut se justifier en démontrant la poursuite d'un objectif légitime et important se rapportant à des valeurs démocratiques, à l'ordre public ou au bien-être général des citoyens du Québec, objectif que les moyens retenus permettent de réaliser par des mesures raisonnables et proportionnelles⁶⁷. Si ces principes ont d'abord été développés pour évaluer la validité de dispositions législatives, les limitations d'origine privée doivent aussi être justifiées par des critères de finalité, de rationalité et de proportionnalité.

Suivant l'article 20 qui s'applique en matière de discrimination directe, l'employeur doit démontrer que l'exclusion se justifie en raison d'une aptitude ou qualité requise par l'emploi :

⁶⁴ *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 770 (*per curiam*); *Dufour*, précité, note 9, 841-842. Voir aussi François CHEVRETTE, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, p. 71, aux pages 74 à 77.

⁶⁵ *Ford*, précité, note 64, 768-771 (*per curiam*).

⁶⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139 (j. Dickson).

⁶⁷ *Ford*, précité, note 64, 771 (*per curiam*).

«20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire.»

Malgré une formulation différente de l'article 20 de la Charte, c'est sensiblement le modèle d'analyse applicable à l'article 9.1 que préconisent les tribunaux pour analyser les restrictions au droit à l'égalité prévues à cet article⁶⁸, quoique certaines différences distinguent ces deux modèles (notamment le critère de finalité qui n'est pas défini de façon aussi stricte dans la défense d'exigence professionnelle justifiée). Une fois établi que la politique de l'employeur porte atteinte au droit à l'égalité, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il poursuit un objectif légitime, par exemple l'exécution efficace et économique du travail. Il devra alors faire la preuve de la rationalité des moyens utilisés pour poursuivre cet objectif. Enfin, il devra démontrer que les effets des moyens utilisés sont proportionnés aux objectifs recherchés. Il devra notamment établir qu'il n'existe pas de moyens raisonnables moins intrusifs de réaliser ses objectifs⁶⁹. Il devra aussi faire la preuve de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif de la mesure prise, ainsi que la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure⁷⁰. L'ensemble de ces éléments doit se fonder sur une preuve concrète et scientifique et non sur la base d'impressions et de stéréotypes⁷¹. Par exemple, l'objectif poursuivi doit être réel; autrement dit, il doit être relié à un besoin véritable⁷².

⁶⁸ *Ville de Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 303-338 (j. Beetz). Voir à cet égard les commentaires du Tribunal des droits de la personne: *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Lachine*, n° 500-53-000052-967 et 500-53-000053-965, 5 janvier 1998, pp. 12 et 14 du jugement, résumé dans J.E. 98-368, requêtes pour permission d'appeler accueillies, C.A.M., n° 500-09-006137-988 et 500-09-006159-982.

⁶⁹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, 1313-1314 (j. Sopinka); *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, 750 et suiv. (j. Sopinka).

⁷⁰ *Ford*, précité, note 64, 771 (*per curiam*); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 887-889 (j. Lamer).

⁷¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité, note 48, 212-213 (j. McIntyre).

⁷² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Lachine*, précité, note 68, p. 14 du jugement.

Quand il s'agit de discrimination indirecte, les critères sont similaires, mais le critère de rationalité est moins exigeant: l'employeur doit établir que la règle a un lien rationnel avec l'emploi et qu'il s'est déchargé de son obligation d'accommodement raisonnable⁷³.

C'est donc un modèle articulé sur la finalité de l'objectif poursuivi par la règle ou de la mesure imposée par l'employeur, sur la rationalité du moyen choisi par l'employeur et sur le caractère proportionné entre l'objectif et le moyen retenu, qu'il convient d'appliquer à l'utilisation par les employeurs des tests de dépistage de drogue. L'évaluation de la rationalité et de la proportionnalité variera selon les modalités des politiques de dépistage de drogue.

a) *La finalité des tests de dépistage de drogue*

Comme nous venons de l'indiquer, les atteintes aux droits à l'intégrité, à la sauvegarde de l'honneur, de la réputation et de la dignité, au respect de la vie privée, ainsi qu'au droit à l'égalité que comportent les tests de dépistage doivent être justifiées par un objectif à la fois réel et important.

Parfois, l'employeur qui impose des tests de dépistage de drogue invoque en défense des objectifs tels que la nécessité d'assurer la sécurité des salariés ou du public. Il convient de souligner que l'employeur doit s'acquitter de certaines obligations relatives à la protection de la santé et la sécurité des travailleurs qu'il emploie, obligation qui résulte de plusieurs sources législatives. Selon l'article 46 de la Charte, «[t]oute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.» Aux termes de l'article 2087 C.c.Q., «[l]'employeur [...] doit prendre les mesures appropriées à la nature du

⁷³ Pour une application de la distinction entre les deux approches dans la situation de dépendance à l'alcool, voir *Niles c. Canadian National Railway Co.*, (1992) 94 D.L.R. (4th) 33 (C.F.A.) qui applique à la politique de CN une analyse fondée sur la discrimination indirecte et infirme sur ce point, entre autres, la décision du Tribunal canadien des droits de la personne: (1991) 14 C.H.R.R. D/327 (T.C.D.P.).

travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié.» La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* édicte des dispositions particulières et prévoit des règlements à cet égard⁷⁴.

D'autres employeurs tentent d'assurer la confiance du public ou de se prémunir contre l'infiltration du milieu interlope, comme dans une affaire impliquant la Banque Toronto-Dominion⁷⁵.

Plus généralement, certains employeurs invoquent les effets de la consommation de drogue sur la productivité et l'absentéisme des salariés, effets qui peuvent survenir plusieurs jours après l'ingestion de drogue, notamment dans les cas de consommation chronique. Il faut cependant souligner que les effets diffèrent selon le type de drogue⁷⁶.

En ce qui concerne la légitimité de l'objectif, certains formulaires de consentement précisent que seront dépistées des drogues illicites. À cet égard, il faut rappeler que sont prohibés la possession, le trafic, la culture, l'exportation et l'importation de stupéfiants⁷⁷, mais non la consommation⁷⁸. D'ailleurs, comme le souligne à juste titre le Tribunal canadien des droits de la personne dans une décision portant sur le dépistage de drogue, «il n'appartient pas à l'employeur de se charger d'appli-

⁷⁴ L.R.Q., c. S-2.1, art. 51 et 223 (13). Voir Bernard TREMBLAY, «*Les examens médicaux reliés à l'emploi: limites imposées par la Charte des droits et libertés de la personne au droit de gérance des commissions scolaires*», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit scolaire (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 129, aux pages 136-139.

⁷⁵ *Association canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion*, (1994) 22 C.H.R.R. D/301, D/304 (T.C.D.P.) (*sub. nom. Commission canadienne des droits de la personne c. Banque Toronto-Dominion*), [ci-après *Banque Toronto-Dominion*].

⁷⁶ Voir Barbara BUTLER, *Alcohol and Drugs in the Workplace*, Toronto, Butterworths, 1993, «Chapter 2 The Impact of Drugs on the Performance in the Workplace».

⁷⁷ *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), c. N-1, art. 2, 3, 4, 5 et 6. Aux termes de l'article 462.1 du *Code criminel*, sont aussi des drogues illicites, les drogues contrôlées ou restreintes en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), c. F-27, parties III et IV.

⁷⁸ Sur le pouvoir de l'employeur de sanctionner une conduite sociale, voir A. LAJOIE, *op. cit.*, note 10, pp. 22-25.

quer le droit criminel»⁷⁹. Du reste, le caractère licite ou non de la substance ingérée ne devrait avoir aucune pertinence quand l'employeur vise à assurer la sécurité du milieu de travail ou la productivité des salariés⁸⁰. Plusieurs médicaments délivrés sur ordonnance ou en vente libre sont susceptibles de produire des effets tout aussi néfastes sur les facultés d'un individu.

Une fois que la légitimité et l'importance des objectifs que vise l'employeur sont démontrées, il faut que celui-ci établisse que les tests de dépistage constituent un moyen rationnel de les atteindre.

b) La rationalité des tests de dépistage de drogue

L'employeur devra démontrer l'existence d'un lien rationnel entre la consommation de drogue ou la dépendance à la drogue et l'objectif visé, par exemple le manque de probité d'une personne, les risques qu'elle fasse l'objet d'un chantage ou son appartenance au milieu interlope.

Quel que soit l'objectif poursuivi, l'employeur devra entre autres démontrer que le test utilisé aux fins de dépistage produit des résultats fiables et exacts. La technique généralement utilisée pour le dépistage est l'immuno-essai : cette méthode englobe le EMIT (*enzyme-multiplied immunoassay technique*), le ELISA (*enzyme-linked immunosorbent assay*) et le RIA (*radioimmunoassay*). Toutefois, le dépistage par immuno-essai peut produire de faux positifs. Afin d'éviter des erreurs qui pourraient être préjudiciables pour la personne qui subit le test, l'échantillon devrait être prélevé par un personnel qualifié et devrait être analysé par un laboratoire qui se conforme à des normes de qualité⁸¹. De plus,

⁷⁹ *Banque Toronto-Dominion*, précité, note 75, D/312.

⁸⁰ Martin SHAIN, «The Extent and Nature of Drug-Related Problems in the Canadian Workplace», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 291, 308.

⁸¹ *Canadian Pacific Ltd. and U.T.U.*, précité, note 19; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *op. cit.*, note 5, pp. 19-20. Sur les normes scientifiques et techniques régissant les tests de dépistage, voir Robert E. WILLETTE, «Drug Testing Procedures», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 310.

tout résultat positif devrait être confirmé par un deuxième test plus précis, utilisant la technique de chromatographie, même s'il s'avère être plus coûteux⁸².

Par ailleurs, s'il cherche à s'assurer que la consommation de drogue ne nuit pas à la productivité des salariés ou à la sécurité des salariés ou du public, l'employeur devrait démontrer que le programme de dépistage permet d'identifier les salariés qui sont inaptes à exécuter leurs tâches professionnelles en raison de l'usage de drogue.

Or, les tests basés sur les échantillons corporels permettent de déceler la présence de drogue dans le corps, et donc de conclure à une consommation récente, puisque les métabolites de drogue restent présents dans l'urine pour une durée qui varie de 2 jours à 2 semaines selon le type de drogue⁸³. En revanche, ils ne réussissent à mesurer ni le taux de drogue ingérée, ni le moment exact de son ingestion, ni le niveau d'altération des facultés du salarié au moment du test ou antérieurement, ni l'inaptitude à exécuter des tâches⁸⁴. Ils se distinguent donc des alcootests qui mesurent le taux d'alcoolémie⁸⁵.

Certains employeurs, tels que des banques ou des casinos, recourent au dépistage de drogue afin de se protéger contre des salariés qui commettraient des vols au sein de l'entreprise pour financer leur consommation. La consommation de drogue ne permet cependant pas de conclure à l'absence de

⁸² INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *op. cit.*, note 5, pp. 19-20.

⁸³ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *op. cit.*, note 5, pp. 18-19.

⁸⁴ *Canadian National Railway Co. and U.T.U.*, précité, note 3, 368; *Le dépistage antidrogue et la vie privée*, *op. cit.*, note 6, pp. 5, 13 et 17; «Why the Canadian Human Rights Commission Is Against Mandatory Random Drug Testing», *loc. cit.*, note 7, 37; A. LAJOIE, *op. cit.*, note 10, pp. 54 et 56.

⁸⁵ Selon les dispositions du *Code criminel*, un taux de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang est présumé affaiblir la capacité de conduire. Voir *Code criminel*, art. 253b). Voir aussi art. 253a) et 254 à 258.

probité d'un salarié. D'ailleurs, faudrait-il aussi filtrer d'autres personnes qui risquent de s'endetter, comme des joueurs, des parieurs ou des collectionneurs?

La Banque Toronto-Dominion a instauré un programme de dépistage par lequel elle impose systématiquement à ses nouveaux salariés et à ceux réembauchés un test de dépistage de drogue. En vertu de ce programme, le salarié est congédié soit s'il refuse de participer à toute étape du programme de dépistage, soit si le troisième des trois tests consécutifs qu'il subit est positif. Saisi d'une contestation fondée sur le caractère discriminatoire du programme⁸⁶, le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu à l'absence de discrimination: «lorsqu'il est mis fin à un emploi à la suite du refus d'un salarié de se conformer à la politique de la Banque, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi»⁸⁷. En outre, «le congédiement final ne découle pas d'une présomption de déficience (dépendance de la drogue), mais plutôt de la consommation répétée d'une substance illégale même si, dans certains cas, la personne visée peut souffrir de toxicomanie.»⁸⁸ Le Tribunal ajoute toutefois en *obiter* que s'il y avait eu discrimination, ce serait de la discrimination indirecte, mais que l'employeur s'était déchargé de son obligation d'accommodement. Le Tribunal ajoute que s'il a tort de conclure à l'absence de discrimination directe, la preuve présentée par la Banque était insuffisante pour établir que le dépistage constituait une exigence professionnelle justifiée au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸⁹. La Banque n'avait réussi à démontrer ni l'existence d'un problème de toxicomanie au sein des salariés, ni l'impact négatif qu'aurait eu la consommation de drogue sur le rendement au travail, ni le bien-fondé des craintes relatives au

⁸⁶ Contrairement à la Charte québécoise, le champ d'application de la Loi canadienne, comme celui des lois relatives aux droits de la personne des provinces de tradition de common law, est limité à la protection du droit à l'égalité dans certains domaines. Il s'ensuit que le Tribunal canadien ne pouvait se prononcer sur les atteintes éventuelles aux droits à l'intégrité et au respect de la vie privée.

⁸⁷ *Banque Toronto-Dominion*, précité, note 75, D/313.

⁸⁸ *Banque Toronto-Dominion*, *ibid.*, D/314.

⁸⁹ Précitée, note 30, art. 15.

comportement criminel de salariés, ni la présence d'une menace grave pour les autres salariés et pour les clients.

La Cour fédérale renversa récemment la décision du Tribunal canadien des droits de la personne en concluant que la politique de la banque produit de la discrimination indirecte à l'égard des salariés consommant de la drogue en raison d'un problème de dépendance⁹⁰. La Cour renvoya le dossier devant le Tribunal canadien pour qu'il se prononce sur l'existence du lien rationnel entre la règle et l'emploi, ce qu'il n'avait pas fait dans sa première décision. La décision de la Cour fédérale a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale⁹¹.

Dans l'affaire impliquant la compagnie Imperial Oil que nous mentionnions plus haut, la commission d'enquête de l'Ontario a analysé la légalité de la politique sur l'alcool et la drogue que cette compagnie pétrolière a instaurée en 1991. La commission d'enquête conclut que plusieurs éléments de cette politique, et notamment les tests de dépistage de drogue, produisent de la discrimination directe fondée sur le handicap⁹². La compagnie soulève en défense que sa politique vise à minimiser le risque de diminution de la capacité de travail provoquée par la consommation de drogue et d'alcool. Toutes les parties admettent que la présence dans une raffinerie pétrolière, d'un salarié dont les facultés sont altérées par la drogue ou l'alcool augmente le risque d'un accident dont les conséquences peuvent être catastrophiques pour les salariés, le public et l'environnement. La commission d'enquête en conclut qu'Imperial Oil a le droit d'exiger qu'un salarié ne puisse être sur les lieux de travail lorsque ses facultés sont affaiblies par la drogue ou l'alcool.

⁹⁰ (1996) 25 C.H.R.R. D/373 (C.F. 1^{ère} inst.).

⁹¹ C.F.A., n° A-392-96.

⁹² Voir *supra*, notes 32-37 et texte correspondant.

Cependant, comme la preuve présentée par Imperial Oil n'a pas permis d'établir le lien entre les résultats des tests de drogue et l'incapacité d'accomplir son travail de manière sécuritaire, efficace et fiable, la commission d'enquête juge contraires au Code ontarien des droits de la personne les tests de dépistage de drogue pré-emploi et les tests exécutés au hasard⁹³. Toutefois, les tests imposés dans d'autres circonstances, soit entre autres après un incident ou pour un motif justifié, pourraient être permis, mais à la condition que la compagnie Imperial Oil démontre que ces tests constituent un élément nécessaire à un processus plus large d'évaluation de l'abus de drogue⁹⁴. Le tribunal qui a entendu l'appel de cette décision a confirmé l'interprétation adoptée par la commission d'enquête⁹⁵ dans une décision qui fait présentement l'objet d'une demande d'autorisation d'appel.

On peut donc constater que dans les rares décisions canadiennes portant sur les politiques de dépistage de drogue, les tribunaux n'ont pas reconnu le caractère rationnel des politiques qui s'appliquent systématiquement ou aléatoirement aux candidats à l'emploi et aux salariés. En revanche, le caractère rationnel des tests a été reconnu quand ceux-ci ont été imposés dans les circonstances suivantes: après un accident ou après un incident, lorsqu'il existe des raisons suffisantes de croire qu'un salarié consomme de la drogue, ou encore quand un salarié réintègre son travail suite à une absence motivée par son problème de dépendance⁹⁶.

Lorsque l'employeur réussit à établir que le test de dépistage constitue un moyen rationnel de remplir l'objectif qu'il vise, il lui reste à démontrer la proportionnalité entre l'atteinte et cet objectif.

⁹³ *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/224-226.

⁹⁴ *Entrop No. 8, ibid.*, D/226.

⁹⁵ *Imperial Oil Ltd.*, précité, note 1.

⁹⁶ *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/226; *Canadian Pacific Ltd. and U.T.U.*, précité, note 19, 184-187; *Provincial-American Truck-Transporters and Teamsters Union, Loc. 880*, précité, note 3, 425; *C.H. Heist Ltd. and E.C.W.U., Loc. 848*, (1991) 20 L.A.C. (4th) 112, 122 (Ont.); *Société canadienne des postes et Syndicat des postiers du Canada*, [1995] T.A. 92; *Auto Haulaway et Teamsters Québec, local 106*, [1995] T.A. 275.

c) *Le caractère proportionnel des tests de dépistage de drogue*

Pour réussir à démontrer le caractère proportionnel des tests de dépistage de drogue qu'il impose, l'employeur devra établir qu'il n'existe pas de moyens raisonnables moins attentatoires aux droits lui permettant de réaliser ses objectifs.

À ce propos, la Commission canadienne des droits de la personne a adopté la position suivante à l'égard du dépistage de drogue: «[n]i la nature du problème de la drogue au Canada en général ni son incidence dans des professions particulières ne justifient la mise en oeuvre de telles mesures. Il existe, pour garantir la sécurité et l'efficacité d'un organisme, des moyens différents et bien moins importuns d'obtenir des renseignements pertinents sur l'aptitude d'une personne à occuper un emploi.»⁹⁷ La Commission canadienne ainsi que le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada se sont d'ailleurs opposés avec succès au programme de dépistage instauré en 1992 au sein des Forces armées canadiennes. Celui-ci prévoyait des tests aléatoires imposés dans quatre cas : de façon dissuasive, consécutivement aux accidents, lorsqu'il existait des soupçons et enfin, dans le cadre d'un programme de probation ou de traitement pour les personnes qui avaient consommé de la drogue⁹⁸.

Par exemple, quand l'objectif de l'employeur consiste à s'assurer que les facultés d'un salarié ne sont pas altérées en raison de consommation de drogues et que celui-ci n'est pas en mesure d'accomplir ses tâches, des tests symptomatiques pourraient constituer un moyen à la fois plus efficace et moins

⁹⁷ COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1994*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1995, p. 48. Voir aussi la recommandation à cet effet de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, note 6, pp. 118-121.

⁹⁸ COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Rapport annuel 1994-1995*, Ottawa, Communication Canada, 1995, pp. 18-19; COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1995*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996, p. 36.

intrusif d'arriver à ce résultat⁹⁹. Il faut cependant préciser que l'efficacité de ces tests n'est pas acceptée par tous¹⁰⁰.

Par ailleurs, la nature de l'emploi, et notamment la gravité des conséquences d'une défaillance du salarié due à la consommation de drogue, sur la sécurité du salarié, de ses collègues de travail ou du public, doit constituer un élément déterminant dans l'analyse de la proportionnalité entre les objectifs recherchés par l'employeur et l'atteinte aux droits subis par le salarié.

De plus, il faudra tenir compte des conséquences d'un résultat positif du test pour le salarié, notamment l'accès à un programme d'aide aux salariés ou à un traitement de désintoxication, par opposition à l'imposition de mesures disciplinaires. Ainsi, le fait que le test s'inscrit ou non dans une politique plus large de l'employeur face à la drogue et que cette politique comprenne ou non l'établissement d'un programme d'aide aux salariés ou l'accès à une cure de désintoxication constituera un des facteurs déterminants à prendre en considération.

Par ailleurs, des arbitres autorisent l'employeur à faire subir des tests de dépistage auprès de salariés qui ont commis des manquements à cause de toxicomanie lorsque la nature de l'emploi justifie cette condition d'emploi et que les critères de rationalité et de proportionnalité sont respectés¹⁰¹. Par exemple, dans une décision impliquant un postier ayant commis des manquements à cause d'un problème de toxicomanie, l'arbitre autorise l'imposition d'un test de dépistage de drogue car ce salarié dispose d'une grande autonomie et que l'employeur ne peut exercer aucune autre forme de contrôle¹⁰².

⁹⁹ ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 6, pp. 98 et 118-120 .

¹⁰⁰ B. HOVIUS, S.J. USPRICH and R. M. SOLOMON, «Employee Drug Testing and the Charter», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 345, 374-375; Howard MOYER, «Ontario Law Reform Commission's Report on Drug and Alcohol Testing in the Workplace: A Critique», (1994) 2 *Can. Lab. L.J.* 534, 542-543.

¹⁰¹ Voir par exemple *Auto Haulaway et Teamsters Québec, local 106*, précité, note 96.

¹⁰² *Société canadienne des postes et Syndicat des postiers du Canada*, précité, note 96.

Comme nous l'indiquions plus haut, dans la décision portant sur la politique de dépistage de la compagnie pétrolière Imperial Oil, les tribunaux ont jugé que les tests imposés après un incident ou pour un motif justifié, pourraient être permis, si ceux-ci constituent un élément nécessaire à un processus plus large d'évaluation de l'abus de drogue¹⁰³.

En conclusion, selon les principes que nous venons d'exposer, le caractère justifié des tests de dépistage dépend des circonstances dans lesquelles ceux-ci sont utilisés.

Ainsi, il est vraisemblable que les tribunaux québécois invalideraient une politique de l'employeur prévoyant le dépistage à l'embauche ou en cours d'emploi, le dépistage systématique ou le dépistage aléatoire¹⁰⁴, et ce même si la convention collective les autorise¹⁰⁵. En revanche, il pourrait être possible de justifier le dépistage auprès de salariés dont les erreurs de jugement ou le comportement inhabituel permettent de croire qu'ils sont attribuables à l'usage de drogue. Mais encore faut-il que la nature de l'emploi justifie cette condition d'emploi. En ce qui concerne les tests imposés après un accident ou un incident, il doit également exister des motifs valables et suffisants de croire que ceux-ci sont attribuables à l'usage de drogue.

De plus, afin de minimiser la portée des atteintes, la procédure de dépistage doit comporter plusieurs garanties, outre celles relatives à la compétence du personnel et du laboratoire. Premièrement, bien que le consentement du postulant ou du salarié ne puisse être considéré libre, il devra néanmoins être éclairé. Il sera donc nécessaire que l'employeur informe le salarié des circonstances dans lesquelles un test de dépistage pourrait avoir lieu et lui explique les conséquences du test. En outre, la personne

¹⁰³ *Entrop No. 8*, précité, note 1, D/226.

¹⁰⁴ *Imperial Oil Ltd.*, précité, note 1, confirmant *Entrop No. 8*, précité, note 1. Une décision arbitrale va également dans ce sens: *Canadian Pacific Ltd. and U.T.U.*, précité, note 19.

¹⁰⁵ Voir *supra*, Section II B. La portée de la renonciation à la protection de la Charte.

qui subit le test doit pouvoir avoir accès aux résultats du test, compte tenu des dispositions législatives régissant l'accès aux renseignements personnels¹⁰⁶. Finalement, les données servant à l'analyse, par exemple, les médicaments consommés par le salarié, ne peuvent être transmises par le laboratoire à l'employeur, afin d'en préserver le caractère confidentiel.

CONCLUSION

Préoccupée par les atteintes aux droits de la personne que risque d'entraîner l'imposition des tests de dépistage de drogue par les employeurs, la Commission a examiné la conformité de ces tests au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

¹⁰⁶

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels; L.R.Q., c. A-2.1; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 26.

1. Atteintes aux droits de la personne

La Commission constate que ces tests peuvent entraîner des atteintes aux droits suivants du salarié ou du candidat à l'emploi :

- a) L'imposition des tests de dépistage comme l'utilisation des informations qu'ils révèlent sont susceptibles de porter atteinte au droit à la dignité de la personne et à la sauvegarde de sa réputation ainsi qu'au droit au respect de sa vie privée.
- b) Les tests de dépistage peuvent porter atteinte au droit à l'égalité car le motif de handicap englobe tant la dépendance à la drogue que la consommation de drogue.
- c) Les tests peuvent produire des effets discriminatoires à l'égard de personnes atteintes de certaines maladies et à l'égard des femmes enceintes. Dans les situations où l'utilisation des tests de dépistage de drogue serait justifiée, ceux-ci ne devraient jamais servir à d'autres fins qu'au dépistage des drogues, afin d'éviter toute atteinte aux droits fondée sur le handicap ou la grossesse.
- d) Les tests peuvent produire des effets discriminatoires à l'égard de personnes consommant certains médicaments, ainsi qu'à l'égard des personnes ayant la peau noire étant donné le taux élevé de mélanine présente dans leur peau et leurs cheveux. Dans les situations où l'utilisation des tests serait justifiée, l'employeur a la responsabilité de s'assurer que le laboratoire avec lequel il traite, administre des tests de confirmation afin de prévenir toute atteinte fondée sur le handicap ou sur la race ou couleur.
- e) Les programmes qui se limitent au dépistage de drogues illicites peuvent produire des effets disproportionnés à l'égard des postulants et salariés faisant partie du groupe d'âge qui en

consomment de façon plus importante. Toutefois, avant de pouvoir retenir un tel motif, ou éventuellement un autre motif de discrimination indirecte, il serait nécessaire que des données québécoises récentes démontrent que la consommation de la substance identifiée par un test est significativement plus importante chez un groupe défini par son âge ou par une autre caractéristique protégée par la Charte.

2. Justification des tests de dépistage par l'employeur

L'employeur doit démontrer que les objectifs qu'il poursuit sont légitimes et que le recours aux tests constitue un moyen rationnel et proportionnel pour atteindre ces objectifs.

- a) À l'heure actuelle, les tests de dépistage de drogue ne permettent ni de mesurer le niveau d'altération des facultés du postulant ou du salarié au moment du test ou antérieurement, ni de déterminer l'aptitude de celui-ci à accomplir son travail. Par conséquent, le dépistage en cours d'embauche et le dépistage systématique ou aléatoire en cours d'emploi ne peuvent pas être justifiés.
- b) Dans certaines circonstances, l'utilisation des tests de dépistage peut être justifiée. Pour déterminer ces circonstances particulières, les éléments suivants devront être pris en considération :
 - les objectifs recherchés par l'employeur (sécurité, probité, productivité, réputation de l'entreprise, confiance du public);
 - la nature des faits permettant de croire que le salarié est incapable d'accomplir son travail de manière sécuritaire, efficace et fiable en raison de consommation de drogue;
 - la nature de l'emploi, et notamment la gravité des conséquences d'une défaillance du salarié due à la consommation de drogue, sur la sécurité du salarié, de ses collègues de travail ou du public;

- ❑ la possibilité d'utiliser d'autres moyens moins attentatoires aux droits pour évaluer l'aptitude du salarié à accomplir son travail, par exemple d'autres types de tests;
 - ❑ les conséquences d'un résultat positif du test pour le salarié, notamment l'accès à un programme d'aide aux employés ou à un traitement de désintoxication, par opposition à l'imposition de mesures disciplinaires;
 - ❑ la nécessité de s'assurer que le salarié ne consomme plus de drogue, dans le cas où le salarié réintègre son travail suite à une absence motivée par son problème de dépendance à la drogue.
- c) Afin de minimiser la portée des atteintes, la procédure de dépistage doit comporter plusieurs garanties :
- ❑ le personnel qui prélève les échantillons et le laboratoire qui les analyse doivent être qualifiés et respecter des normes de qualité;
 - ❑ le consentement préalable et éclairé du salarié doit être obtenu;
 - ❑ le salarié doit pouvoir avoir accès aux résultats du test;
 - ❑ la confidentialité des données ayant servi à l'analyse doit être protégée.

CB/cl