

Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre

Anouk VIOLETTE

Résumé

Ses détracteurs invoquent l'atteinte qu'il porte au droit de l'employé au respect de sa vie privée ainsi que la prohibition contre la discrimination fondée sur le handicap pour s'opposer à l'usage des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail. Les partisans de cette méthode de détection et de prévention de plus en plus répandue font valoir, quant à eux, les intérêts de l'employeur et du public en matière de santé et de sécurité.

L'équilibrage de ces droits fondamentaux et quelquefois conflictuels peut devenir un exercice très complexe, tant pour le néophyte que pour le juriste. Dans une optique pragmatique, ce texte propose un survol de la jurisprudence et des principes directeurs dont doit tenir compte celui qui est confronté à un tel problème dans une situation donnée.

Plus particulièrement, ce texte aborde cette très vaste question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail sous les trois angles suivants: 1) les «causes raisonnables» reconnues par la jurisprudence comme justifiant l'imposition par l'employeur de tests obligatoires de dépistage d'alcool ou de drogues; 2) l'interprétation et l'utilisation du résultat des tests eu égard notamment au devoir d'accommodement de l'employeur à l'endroit de l'employé toxicomane; et 3) les critères juridiques applicables à la détermination de la légalité d'une politique générale d'entreprise en matière de dépistage.

Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre

Anouk VIOLETTE

INTRODUCTION	85
PARTIE I – LES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL ET DE DROGUES FONDÉS SUR UNE CAUSE RAISONNABLE.	88
1. Remarques préliminaires.	88
1.1 Le dépistage au hasard (random testing) et le dépistage ciblé.	88
1.2 La nature de l'industrie et du poste	89
2. À l'embauche	93
3. En cours d'emploi	98
3.1 Les motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue	98
3.2 En cas d'accident ou d'incident	101
3.3 Pour se qualifier et conserver un poste à haut risque	102
3.4 Dans le cadre d'une réintégration à la suite d'une absence reliée à un problème d'alcool ou de drogues	105

PARTIE II – L’UTILISATION DU RÉSULTAT DES TESTS DE DÉPISTAGE D’ALCOOL OU DE DROGUES.	105
1. L’interprétation des tests	105
2. Les mesures disponibles face à un refus de subir un test ou à un test positif	108
2.1 L’enquête (approche administrative/approche disciplinaire)	108
2.2 Les sanctions	108
2.3 La portée du devoir d’accommodement de l’employeur à l’égard du toxicomane	110
PARTIE III – LES POLITIQUES RELATIVES À L’USAGE DE L’ALCOOL OU DE LA DROGUE EN MILIEU DE TRAVAIL	114
1. Introduction	114
2. La méthode unifiée en matière de discrimination	115
3. Le test arbitral du «balancing of interests».	122
4. La justification de la politique	123
5. L’approche globale	126
CONCLUSION.	128

INTRODUCTION

«*Il faut être toujours ivre. Tout est là: c'est l'unique question. [...], il faut vous enivrer sans trêve. Mais de quoi? De vin, de poésie ou de vertu, à votre guise. Mais enivrez-vous. [...] Pour n'être pas les esclaves martyrisés du Temps, enivrez-vous; enivrez-vous sans cesse! De vin, de poésie ou de vertu, à votre guise*»¹. Voilà une philosophie compatible avec la vocation littéraire de Charles Baudelaire. Mais, le quidam du XXI^e siècle que les paradis artificiels célébrés par le réputé poète attirent devra pour sa part renoncer aux carrières critiques pour la sécurité, s'il désire éviter les immixtions étrangères dans sa vie privée. En effet, comme nous le verrons ci-après, la question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail est multidimensionnelle et nécessite la prise en compte de droits essentiels non seulement de l'individu, mais aussi de l'entreprise et du public.

Cette question n'a par ailleurs rien perdu de son actualité depuis qu'elle a fait son apparition en droit du travail en 1987. L'été 2000 a été particulièrement fertile en décisions sur le sujet. D'abord, la décision du 27 mai 2000 rendue par l'arbitre albertain Timothy J. Christian dans *C.E.P.U., Local 777 c. Imperial Oil Ltd. (Grievance of Robert Gabriel)*² a ajouté un nouveau chapitre à la saga judiciaire entourant la politique relative à l'alcool et aux drogues d'Imperial Oil. Ensuite, le 18 juillet 2000, l'arbitre Michel G. Picher s'est prononcé dans *Canadian National Railway Co. c. CAW-Canada et al. Re: The Company's Drug and Alcohol Policy*³ sur la légalité de la politique relative à l'alcool et aux drogues au travail du Canadian National («CN») dans une décision détaillée de 153 pages. Enfin, le 21 juillet 2000, la Cour d'appel de l'Ontario a partiellement accueilli la demande de révision judiciaire à l'encontre des conclusions de la Commission d'enquête de l'Ontario dans *Entrop c. Imperial Oil Ltd.*⁴ concernant également la fameuse politique d'Imperial Oil. Il y a tout lieu de croire que ce

1. C. BAUDELAIRE, *Petits Poèmes en prose (Le Spleen de Paris)*, XXXIII *Enivrez-vous*, Gallimard, 1973, p. 115.

2. 27 mai 2000, non rapportée, ci-après «*Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*».

3. 18 juillet 2000, non rapportée, ci-après *Canadian National Railway (Drug and Alcohol Policy)*.

4. [2000] O.J. n° 2689 (C.A.) (QL).

dernier cru de décisions contribuera à alimenter le débat public et juridique déjà fortement polarisé que suscite cette question controversée.

L'employeur qui, dans l'exercice de ses droits de gérance, veut imposer des tests de dépistage d'alcool ou de drogues dans un cas individuel ou dans le contexte d'une politique générale, à l'embauche ou en cours d'emploi, doit prendre en considération le fait que ces tests portent atteinte à divers droits fondamentaux des employés. L'employé de son côté doit savoir que ces droits fondamentaux ne sont pas absolus.

Puisqu'un test de dépistage implique le prélèvement d'un échantillon d'haleine, d'urine ou de sang et qu'il peut détecter des activités de consommation survenues en dehors des heures de travail, il est susceptible de porter atteinte au droit de l'employé à l'intégrité physique, à ses droits à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation, de même qu'à son droit au respect de sa vie privée⁵. De plus, les tests de dépistage peuvent entraîner une violation du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le handicap (ou la déficience) protégé par les lois sur les droits de la personne, puisque la notion de handicap englobe la dépendance à l'alcool et à la drogue⁶.

Toutefois, ces droits fondamentaux peuvent, dans certaines circonstances, devoir céder le pas aux droits et obligations que possède l'employeur dans la gestion de son entreprise. En effet, en vertu de ses droits de gérance l'employeur a le droit de vérifier la capacité physique et mentale de ses employés d'effectuer leur prestation de travail de façon efficace et sécuritaire. Par ailleurs, plusieurs dispositions législatives obligent l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour protéger et assurer la santé, la sécurité et le bien-être de ses employés ainsi que du public et peuvent

5. Pour les entreprises québécoises de juridiction provinciale, voir: *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1, 4, 5, ci-après la «Charte»; C.c.Q., art. 10, 11, 35. En ce qui concerne les entreprises de juridiction fédérale, ces droits sont protégés en vertu de la *common law*. Voir également: L. BERNIER, L. GRANOSIK, J.-F. PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Les Éditions Yvon Blais inc., par. 17.001-17-009.

6. Pour les entreprises québécoises de juridiction provinciale, voir: *Charte*, *supra*, note 5, art. 10, 16, 18.1, 20. Pour les entreprises de juridiction fédérale, voir: *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 3, 7, 10, 15, 25, ci-après «L.C.D.P.».

servir d'assise juridique à l'imposition de tests de dépistage d'alcool ou de drogues⁷.

Bien qu'en constante évolution, la jurisprudence en la matière est déjà marquée, comme nous le verrons ci-après, par la recherche d'un équilibre entre les droits des employés et ceux de la direction. Puisque les droits des employés en cause occupent un rang supérieur dans la hiérarchie des droits individuels, de tels tests ne pourront être exigés de l'employeur que s'il obtient le consentement de l'employé ou en l'absence d'un tel consentement, dans des circonstances bien circonscrites. Cela dit, les dangers et effets néfastes sur la performance que la consommation de certaines substances intoxicantes peut comporter sont de connaissance judiciaire, et les tribunaux n'ont pas hésité à sanctionner la légalité de tests de dépistage lorsqu'il y a une cause raisonnable de les requérir même s'ils constituent *a priori* une intrusion dans la sacro-sainte sphère d'intimité des employés.

Le dépistage n'est bien sûr qu'un aspect de la question beaucoup plus large du contrôle et du traitement des problèmes reliés aux produits à visée psychotrope en milieu de travail. Il s'agit d'une question polycentrique qui fait intervenir la pondération de multiples facteurs. Cela complexifie énormément la tâche de celui qui veut cerner les tenants et aboutissants d'une situation donnée dans ce domaine, que ce soit pour prendre une décision dans un cas individuel ou en vue de définir les orientations générales de l'entreprise en la matière. Le présent texte propose un survol de la jurisprudence et des principes juridiques pouvant éclairer la démarche pragmatique de ce gestionnaire.

Nous commençons donc en première partie par une revue des circonstances qui jusqu'à présent ont été considérées par la jurisprudence comme constituant une «cause raisonnable» justifiant l'exigence de se soumettre à un test imposé par un employeur.

La seconde partie traite de l'étape suivante, c'est-à-dire de l'interprétation des tests et de l'utilisation qui peut être faite par l'employeur du résultat de ceux-ci eu égard notamment à son devoir d'accommodement à l'égard de l'employé toxicomane.

7. Voir notamment: *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q. c. S-2.1, art. 2, 3, 49, 51; Charte, *supra*, note 5, art. 46; C.c.Q., art. 2087; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, Partie II, art. 124, 125; L. BERNIER, L. GRANOSIK, J.-F. PEDNEAULT, *supra*, note 1, par. 17.008.

En troisième partie, nous aborderons les critères relatifs à la détermination de la légalité des tests de dépistage prévus dans les politiques relatives à l'usage de l'alcool ou de la drogue au travail unilatéralement adoptées par un employeur et de plus en plus répandues.

Quelques observations préalables quant au contentieux jurisprudentiel pertinent sont de mises, avant d'entrer dans le vif du sujet. Les décisions que nous avons analysées aux fins de la présente étude émanent en première instance d'arbitres de grief siégeant en vertu de conventions collectives et de tribunaux des droits de la personne. Quelques-unes de ces décisions ont été portées devant les tribunaux supérieurs dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire. Nous avons tenté de souligner, au fur et à mesure du texte, les précédents qui font actuellement autorité au niveau des principes. À ce chapitre, le lecteur notera de fréquents renvois à la politique globale relative à l'alcool et aux drogues implantée par Imperial Oil dans toute son entreprise au Canada (et imposée à ses sous-traitants). Cette politique qui prévoit entre autres des tests de dépistage a été la première à être testée judiciairement en regard à la fois de la convention collective et de la législation sur les droits de la personne, cela dans plusieurs juridictions canadiennes différentes. Elle a donné lieu à des décisions fouillées de l'arbitre McAlpine de la Colombie-Britannique (voir *Esso Petroleum, infra*) et de l'arbitre Christian de l'Alberta (voir *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*⁸). Elle a aussi engendré plusieurs décisions de la Commission d'enquête de l'Ontario, lesquelles furent révisées en partie cet été, tel que susdit, par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop*⁹. La politique d'Imperial Oil constitue en conséquence une référence instructive à laquelle se rapporter.

PARTIE I – LES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL ET DE DROGUES FONDÉS SUR UNE CAUSE RAISONNABLE

1. Remarques préliminaires

1.1 Le dépistage au hasard (random testing) et le dépistage ciblé

Parce que le test de dépistage de drogues ne fournit pas d'information précise sur le degré d'altération des facultés d'un

8. *Supra*, note 2.

9. Voir: *Entrop, supra*, note 4.

individu donné, le dépistage de drogues au hasard (*random drug testing*) c'est-à-dire de n'importe qui, n'importe quand, a systématiquement été déclaré illégal par les tribunaux lorsqu'il était imposé sans consentement et sans autorisation législative expresse, et ce même lorsqu'il avait pour objet louable de réduire le risque d'altération des facultés dans des postes où la sécurité est essentielle (*safety-sensitive positions*).

L'un des développements jurisprudentiels majeurs de l'été 2000¹⁰ fut la reconnaissance de la validité des tests de dépistage d'alcool au hasard. Dans *Entrop* la Cour d'appel de l'Ontario explique la différence de régime entre l'alcool et la drogue en ce qui concerne le dépistage aléatoire, par le fait que l'alcootest contrairement au test de dépistage de drogues permet d'évaluer l'altération des facultés (*impairment*) de l'individu. Notons cependant que les alcootests en question dans *Entrop* n'étaient pas *absolument* aléatoires puisqu'ils s'adressaient uniquement à un groupe identifié d'employés, soit ceux occupant un poste où la sécurité est essentielle.

Sous réserve de cette exception donc, seuls les tests de dépistage ciblés, c'est-à-dire ceux qui sont requis pour une cause particularisée, d'un individu ou d'un groupe identifié, avec ou sans préavis (*unannounced*), sont permis par la jurisprudence et c'est de ceux-là dont nous traiterons principalement.

1.2 La nature de l'industrie et du poste

Il convient de préciser d'entrée de jeu que la nature de l'entreprise et du poste occupé sont des facteurs primordiaux lorsqu'il s'agit de déterminer si des tests de dépistage peuvent être exigés. En effet, dans les cas où les tribunaux ont confirmé la validité et la raisonnable de tels tests, il s'agissait de postes où la sécurité est essentielle. Il sera très rare qu'on les considérera acceptables dans des emplois de bureau par exemple.

La définition de la notion de poste où la sécurité est essentielle s'avère dès lors déterminante. Il n'existe évidemment pas de définition exhaustive, mais nous pouvons dégager de la jurisprudence certains paramètres utiles.

10. Voir: *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 100; *Entrop*, *supra*, note 4, par. 86, 106.

D'abord, il est de commune renommée que toute fonction impliquant la conduite d'un véhicule motorisé est réputée à haut risque et inconciliable avec la consommation d'alcool ou de drogues. Sur un plan plus général, la définition de «*safety-sensitive positions*» contenue dans la politique relative à l'alcool et aux drogues d'Imperial Oil, sans être complète, donne des indications sur quelques-unes des caractéristiques inhérentes à un poste à haut risque et a le mérite d'avoir reçu la caution de l'arbitre J.D. McAlpine dans *Re Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614*¹¹. Le paragraphe F(1) à la page 2 de la politique prévoit ce qui suit:

Safety-sensitive positions

Positions which meet both of the following conditions as determined by Imperial:

- a) *have a key and direct role* in an operation where impaired performance could result in a *catastrophic incident*, affecting the health or safety of employees, sales associates, contractors, customers, the public or the environment; and
- b) *have no direct or very limited supervision* available to provide frequent operational checks.

This category includes all employees who are required to rotate through or temporarily relieve in safety-sensitive positions.¹²
(nos italiques)

En vertu de cette définition, deux critères doivent être appliqués pour évaluer si un poste doit être ou non classé comme étant critique pour la sécurité. Le premier consiste à déterminer si la personne exerce un rôle important et direct dans une opération dont l'exécution avec des facultés affaiblies peut causer un incident catastrophique. Le second vise à vérifier si la personne est soumise à une surveillance directe ou minimale. Les termes «rôle important et direct» (*key and direct role*) et «incident catastrophique» (*catastrophic incident*) sont définis dans les *Alcohol and Drug Program Administrative Guidelines* à la lueur desquels la politique d'Imperial Oil a été interprétée par l'arbitre McAlpine:

11. J.D. McAlpine, arbitre, 24 mai 1994, non rapportée, conf. par B.C.L.R.B. n° B257/96, 2 août 1996, ci-après «*Esso Petroleum*».

12. *Ibid.*, p. 15.

KEY AND DIRECT ROLE

In the definition of «safety-sensitive positions», the term «key and direct role» means that the assigned duties of the position, including non-routine or emergency duties, involve responsibility for actions or decisions *which could directly cause or contribute to*:

- (a) a catastrophic incident; or
- (b) an improper/inadequate response to a potentially catastrophic incident;

if not performed correctly. It follows that supervisory or managerial positions are not automatically defined to be safety-sensitive merely because the duties may include supervision of safety-sensitive positions.

CATASTROPHIC INCIDENT

In the definition of «safety-sensitive positions», the term «catastrophic incident» refers to incidents involving one or more of the following:

- (a) multiple fatalities or disabling injuries to employees or non-employees;
- (b) damage to company or third-party property exceeding 500 M \$;
- (c) extensive environmental damage.*

*«Extensive environmental damage» means any of the following:

- there is a high probability of measurable long-term health effects on groups of employees or non-employees;
- fauna and flora populations require long restoration periods;
- there is a high probability of long-term adverse impact on sensitive populations; or
- there is an environmental disaster that has a significant adverse effect on community income or well-being.¹³

L'employeur, Imperial Oil, a donc choisi de définir très restrictivement la notion de «*safety-sensitive positions*», probable-

13. *Ibid.*, p. 16-17.

ment pour justifier les tests de dépistage au hasard très attentatoires que la politique prescrit dans le cas de ces postes. L'on peut en effet préfigurer que plus les exigences en matière de dépistage seront invasives plus la définition de «poste où la sécurité essentielle», où ces exigences s'appliqueront, s'en verra resserrée. La définition de poste où la sécurité est essentielle devrait donc être en partie modulée en fonction de l'ampleur des obligations qui s'y rattachent pour les employés. Aussi, bien que le fait qu'un poste ne soit pas supervisé puisse augmenter le degré de sécurité qu'il commande, des emplois supervisés pourront par contre eux aussi être à risque élevé, selon le contexte. D'ailleurs, plusieurs sentences arbitrales en matière disciplinaire ont reconnu le côté sécuritaire essentiel d'emplois d'usine supervisés et les ont assujettis aux normes les plus strictes en ce qui regarde le respect des prohibitions reliées à l'alcool et à la drogue. Ainsi, dans *Sermatech (Canada) Inc.*¹⁴, l'arbitre Durand a déclaré que les tâches plaignants affectés à la peinture de pièces d'aéronefs chez Sermatech, une filiale de Canadair, sont reliées à l'œuvre principale de l'employeur et demandent un haut degré de sécurité et de précision. Il signale que le fait que les pièces soient inspectées ne minimise pas la dimension sécuritaire essentielle de l'entreprise et des postes. En effet, affirme l'arbitre Durand, une inspection ne peut tout révéler et dans des cas semblables l'employeur ne peut prendre aucun risque d'erreur de production. L'employeur et le public voyageant par aéronefs ne doivent pas être exposés au danger même potentiel que constitue un employé consommateur de drogue¹⁵.

L'évaluation d'un poste aux fins de sa classification en fonction du critère sécurité portera donc principalement sur l'appréciation des impacts négatifs que pourrait entraîner une défaillance du titulaire. La sécurité dans ce contexte n'est pas limitée à la protection contre les dangers pour la santé physique, pour l'environnement, pour les biens de l'employeur, mais elle englobe aussi le produit et l'image de l'entreprise. Les risques inhérents à un poste ne sont pas toujours apparents à sa face même et l'identi-

14. D.T.E. 91T-1387 (Durand) (Qué.).

15. *Ibid.*, p. 21-22. Voir également: *Canada Post Corporation and C.U.P.W. (Marini)* (1987), 26 L.A.C. (3d) 403 (Swan) (Can.), p. 429; *Canadair Inc. c. L'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, loge locale 712*, [1991] T.A. 73 (Lippé) (Qué.) (opérateur assigné au département du transport, ce qui implique qu'il devait circuler à l'intérieur de l'usine); *Re Re-Con Building Products Inc. and B.B.F., Loc. D-400 (Connell)* (1997), 62 L.A.C. (4th) 20 (Taylor) (B.C.).

fication de ceux-ci peut parfois demander une étude de poste spécifique. Ces risques sont par ailleurs quelquefois inattendus et inusités. À titre d'exemple, dans *Aliments Krispy Kernels inc. c. Syndicat démocratique des salariés de Krispy Kernels (C.S.D.)*¹⁶, l'arbitre a caractérisé le poste d'emballeuse chez Krispy Kernels comme étant un poste à risque élevé, sur la foi du témoignage qu'a rendu à l'arbitrage le directeur des ressources humaines chez l'employeur. Celui-ci a déposé qu'il y a des postes de triage occupés par les salariés pour vérifier la qualité du produit, que les salariés peuvent être déplacés dans l'usine et «*qu'il pouvait y avoir des cailloux, souris, crapauds séchés dans le produit et qu'une inspection manuelle doit être faite, car il est très important que ces éléments ne se retrouvent pas dans le produit. [...] Les gouvernements, surtout au niveau fédéral, font des contrôles, les inspecteurs faisant trois à quatre visites surprises par année, en plus des visites lors des plaintes. S'il y a une infraction majeure, le «cadenas» peut être mis sur une machine et, chez l'employeur, le rappel le plus important a été un lot de 50 000 livres. Une erreur sur le poids est également problématique, les gouvernements faisant des contrôles à cet égard*»¹⁷.

2. À l'embauche

Un employeur est toujours libre de demander à un candidat à l'embauche de se soumettre à un examen médical, lequel peut comprendre notamment des tests de dépistage de drogues, et le postulant de son côté est libre de consentir à un tel examen. Cela ne veut cependant pas dire que l'employeur peut légalement écarter une candidature en raison du refus de consentir à l'examen ou en raison d'un test de dépistage de drogues positif. En effet, les droits fondamentaux auxquels nous avons fait allusion dans l'introduction existent et doivent être respectés par l'employeur au stade de l'embauche. À cet égard, le fait de faire de l'examen médical une condition d'emploi ne permet pas à l'employeur d'échapper à ses obligations.

La première question qui se pose est à quel moment dans le processus d'embauche les tests devraient être demandés. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, dans un document intitulé *Les examens médicaux en emploi*¹⁸, a émis

16. [1997] T.A. 904 (Gagnon) (Qué.).

17. *Ibid.*, p. 906.

18. Juin 1998, Cat. 2.115.9.5.

l'opinion que l'examen médical ne devrait avoir lieu qu'une fois que le candidat a reçu une offre d'embauche. Cette offre demeurerait toutefois conditionnelle au résultat du test¹⁹.

Cette procédure permet au candidat qui n'est pas embauché de savoir que c'est en raison du seul fait de l'échec de son examen médical. Dans le cas où le candidat aurait à passer un test de dépistage de drogues, il sera plus facile pour lui de déduire que c'est en raison d'un résultat positif à ce test qu'il n'est pas embauché et il est donc plus susceptible de déposer auprès de la Commission une plainte alléguant qu'il a été l'objet de discrimination dans l'embauche en violation de la Charte. Cette procédure laisse à l'employeur indubitablement moins de marge de manœuvre dans le choix des candidats que lorsque l'examen médical pré-embauche est présenté comme faisant partie du processus général d'embauche.

Par ailleurs, il faut savoir que la jurisprudence, même si elle est clairesmée sur ce point, est plutôt défavorable jusqu'à maintenant au dépistage pré-embauche. En effet, dans deux précédents notoires des dispositions de politiques d'entreprise prévoyant des tests de dépistage de drogues pré-embauche ont été annulées.

Le jugement le plus étoffé sur la question des tests pré-embauche est celui de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*²⁰. Si l'on se fie à cette autorité, le simple fait de restreindre les tests de dépistage aux seuls nouveaux employés peut en soi être problématique juridiquement.

Les faits à l'origine de cette affaire sont succinctement les suivants. En 1990, la Banque TD a mis en œuvre une politique nationale sur l'abus de drogues ou de médicaments prescrivant des tests de dépistage obligatoires. L'objectif déclaré de cette politique était de maintenir un milieu de travail sain, sécuritaire et productif, pour protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que les renseignements y afférents et pour maintenir sa réputation. En 1991, l'Association canadienne des libertés civiles (l'«ACLC») a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») une plainte dans

19. *Ibid.*, p. 22-23.

20. [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), ci-après «*Banque Toronto-Dominion*».

laquelle il était allégué que la Banque enfreignait l'article 10 de la L.C.D.P. en se livrant à un acte de discrimination qui privait les personnes d'un emploi sur la base d'une déficience, soit la dépendance envers la drogue.

La politique exige que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent, dans les 48 heures de l'acceptation d'une offre d'emploi, à une analyse initiale d'urine destinée à dépister la présence de diverses drogues. La politique ne prend effet qu'après l'embauche. Les employés nouveaux ou réembauchés qui refusent de se soumettre au test de dépistage sont congédiés pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. Si le premier résultat est négatif, il n'y a pas de test ultérieur. Cependant un premier test positif engendre un second test destiné à confirmer l'exposition à la drogue.

Si le second test est positif, l'employé est avisé qu'il doit se présenter à un centre de traitement désigné pour y subir une évaluation afin de déterminer s'il a besoin d'un programme de traitement. Après traitement, deux tests additionnels sont exécutés et si les résultats sont négatifs le dossier est fermé. Si, après des séances de counselling et un programme de réadaptation approprié, les résultats de l'employé demeurent positifs, le service des Ressources humaines de la Banque est notifié et l'employé risque d'être congédié. Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois.

Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux.

Le Tribunal des droits de la personne du Canada a décidé que la politique de la Banque TD n'était pas discriminatoire parce qu'elle s'appliquait également aux employés dépendants envers la drogue et à ceux qui étaient des consommateurs occasionnels mais persistants sans être dépendants²¹.

21. *Canadian Civil Liberties Assn. c. Toronto Dominion Bank* (1994), 22 C.H.R.R. D/301.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale, section de première instance, a renversé la décision du Tribunal. Elle a conclu qu'il y avait discrimination indirecte et renvoyé le dossier au Tribunal uniquement pour qu'il examine un des deux volets de la défense d'accommodement raisonnable, à savoir si la politique de la Banque a un lien rationnel avec le rendement au travail²².

Saisie du pourvoi, la Cour fédérale d'appel (Isaac, J., dissident) a confirmé que la politique est discriminatoire à l'égard des personnes souffrant de dépendance à la drogue mais a de plus tranché au fond en ajoutant que la Banque n'a pas été en mesure de présenter un moyen de défense lui permettant de justifier sa politique. Les juges Robertson et McDonald majoritaires ne se sont pas entendus toutefois sur la qualification de la discrimination en cause, c'est-à-dire directe ou indirecte. Une grande partie de leurs motifs est consacrée à l'analyse de cette dichotomie et des différents moyens de défense disponibles selon la caractérisation retenue. Or, nous ne nous attarderons pas sur cette polémique considérant qu'elle est désormais sans intérêt juridique ou pratique en raison d'une part des modifications récentes apportées par le législateur fédéral au par. 15(2) de la L.C.D.P. et d'autre part de l'arrêt récent de la Cour suprême dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*²³, arrêt sur lequel nous élaborerons davantage, *infra*.

Malgré les changements profonds apportés par l'arrêt *Meiorin* à l'enseigne de la méthode d'analyse juridique applicable à l'examen d'une telle politique en regard de la Charte ou de la L.C.D.P., les conclusions ci-après mentionnées de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion*²⁴ demeurent actuelles et pertinentes. En premier lieu, la Cour a conclu que la politique de la Banque TD constitue un acte de discrimination *prima facie* puisqu'elle est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. Pour les juges majoritaires, une politique d'emploi qui a pour objectif de garantir un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet discriminatoire sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

22. (1996), 112 F.T.R. 127 (1^{re} inst.).

23. [1999] 3 R.C.S. 3, (ci-après l'affaire «*Meiorin*»).

24. *Supra*, note 20.

En second lieu, les juges Robertson et McDonald ont trouvé que la Banque TD ne s'était pas déchargée du fardeau de prouver les éléments constitutifs de l'une ou l'autre des défenses d'exception traditionnelles (exigence professionnelle justifiée («EPJ») ou accommodement raisonnable) à la règle prohibant la discrimination fondée sur la déficience.

Plus particulièrement, ils ont décidé qu'une condition commune à ces deux défenses n'était pas satisfaite en l'espèce soit l'existence du *lien rationnel* entre la norme (la politique) d'une part, et l'objectif légitime de la politique (s'assurer du rendement adéquat et de la responsabilité des employés) d'autre part. Selon l'opinion majoritaire, la preuve de ce lien rationnel était insuffisante, puisqu'il n'a pas été démontré qu'il y avait un problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque TD, qu'il y avait une relation de cause à effet entre la consommation de drogues et la criminalité ou encore que la drogue constituait une menace sévère pour les autres employés ou le public. De plus, toujours au chapitre du lien rationnel, les juges majoritaires sont d'avis que le fait que la politique de la Banque TD ne soit pas globale mais plutôt *under-inclusive* jette le doute sur la nécessité de celle-ci pour parvenir à l'objectif visé. En effet, selon eux, si la Banque TD s'inquiétait réellement de la corrélation qui existe entre la consommation de la drogue et le rendement et la responsabilité des employés, elle aurait dû assujettir aux tests tous les employés et pas uniquement les postulants et tester un éventail plus large de drogues. Enfin, les juges Robertson et McDonald insistent sur le fait qu'au mieux la politique de la Banque TD montre que l'employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Puisque pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question, le *nexus* obligatoire entre la politique et le rendement au travail n'est pas prouvé. En *obiter* cependant le juge McDonald a ajouté que ce *nexus* pourrait s'inférer dans les industries où la sécurité est essentielle²⁵.

L'absence de corrélation directe entre un résultat positif et l'affaiblissement des facultés de l'employé a également été le facteur qui a motivé l'annulation par la Commission d'enquête de l'Ontario des dispositions de la politique d'Imperial Oil prévoyant

25. *Ibid.*, par. 186.

des tests de dépistage de drogues pré-embauche dans *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 8)²⁶, commentée plus amplement *infra*.

3. En cours d'emploi

3.1 Les motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue

La décision charnière de l'arbitre Picher dans *Re Canadian Pacific Ltd. and United Transportation Union*²⁷ a été la première à poser le principe suivant lequel, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue, les droits de gérance implicites et la sécurité du public doivent prévaloir sur le droit de l'employé au respect de sa vie privée, et l'employeur peut ordonner audit employé de se soumettre à un test de dépistage.

Des faits donnant lieu au soupçon raisonnable nécessaire pour fonder une exigence de subir un test existaient effectivement dans cette affaire. Plus précisément, le plaignant était un conducteur de train chez C.P. Rail. Les policiers ont découvert lors d'une perquisition qu'il cultivait dans son jardin 104 plants de marijuana. Il fut accusé de s'être adonné à la culture de la marijuana en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*²⁸, (les accusations furent ultérieurement retirées pour des raisons techniques). C.P. Rail l'a suspendu pour fins d'enquête et lui a demandé de passer un test de drogue, ce que le conducteur a refusé de faire. Lors

26. (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.), par. 102, conf. par (1998), 35 C.C.E.L. (2d) 55 (Ont. Gen. Div.), sur ce point conf. par [2000] O.J. n° 2689 (C.A.) (QL), par. 103. Les conclusions de la Commission sont résumées à la page D/226. Le dossier *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* a fait l'objet de plusieurs décisions de la Commission d'enquête de l'Ontario relativement à la politique d'alcool et drogue dont certaines furent maintenues et d'autres annulées par la Cour d'appel de l'Ontario. Quant aux diverses décisions rendues par la Commission d'enquête de l'Ontario, voir: *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 1) (1994), 23 C.H.R.R. D/180 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 2) (1994), 23 C.H.R.R. D/183 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 3) (1994), 23 C.H.R.R. D/186 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 4) (1994), 23 C.H.R.R. D/188 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 5) (1995), 23 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 6) (1995), 23 C.H.R.R. D/196 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 7) (1995), 23 C.H.R.R. D/213 (Ont. Bd. Inq.).

27. (1987), 31 L.A.C. (3d) 179 (Picher) (Can.), (ci-après «*Canadian Pacific Ltd.*»).

28. L.R.C. 1985, c. N-1.

de l'enquête de l'employeur le conducteur a admis avoir déjà été condamné par la juridiction criminelle pour possession de marijuana. À titre d'explication, il a avancé que c'était sa femme qui cultivait la marijuana pour sa consommation personnelle. Il a nié être mêlé à la drogue et a affirmé qu'il ne consommait plus. Devant son refus d'acquiescer à sa demande et estimant l'explication fournie par le conducteur invraisemblable, C.P. Rail l'a congédié. Le syndicat a plaidé au soutien du grief contestant le congédiement que les activités reprochées étaient extrinsèques aux fonctions du plaignant.

L'arbitre Picher a décidé que le refus du conducteur en l'espèce de se soumettre au test ou d'expliquer de façon satisfaisante l'incident méritait le congédiement. L'arbitre Picher a déclaré qu'un employeur possède le droit d'exiger qu'un employé subisse un examen médical incluant un test de dépistage de drogue, lorsque:

1. l'employeur est un transporteur public;
2. l'employé occupe un poste «*inherently safety-sensitive*»; et que
3. l'employeur a des «*reasonable grounds to believe that the employee may be impaired while on duty or subject to duty*».

L'arbitre Picher a jugé qu'eu égard à la quantité de marijuana que le plaignant était accusé de cultiver et de posséder, il était raisonnable pour la compagnie de présumer que le plaignant avait une dépendance à la drogue et par le fait même de croire qu'il était susceptible de travailler sous l'influence de celle-ci.

Ainsi, l'employeur, dans des cas individuels, n'a pas à prouver que l'employé occupant un poste à risque accru était effectivement sous l'influence de la drogue au travail, mais il doit simplement démontrer le risque significatif que cet employé travaille sous une telle influence pour être autorisé à exiger un test²⁹.

29. *Procor Sulphur Services and Communications Energy and Paperworks, Local 57 (Holden grievance)*, [1998] A.G.A.A. n° 106 (Ponak, Alta.) (QL), par. 24, 25, 30.

La sentence arbitrale *Re National Gypsum (Canada) Ltd. and I.U.O.E., Locs 721 & 721B (Tupper)*³⁰ comporte une étude très percutante: 1) de la notion de soupçon raisonnable (*reasonable suspicion*), 2) du fardeau de la preuve de l'employeur de démontrer «reasonable grounds of suspicion», 3) des diverses approches pouvant servir à vérifier un soupçon, 4) des difficultés de détecter l'usage de la drogue.

Dans cette affaire, l'employeur qui exploite une carrière à Milford Station, Nouvelle-Écosse, a congédié M. Tupper, opérateur de chargeuse comptant 23 ans de service, pour avoir décliné de se soumettre à un test de dépistage de drogue. Le test lui a été demandé parce qu'on le soupçonnait d'avoir opéré sa chargeuse sous l'influence de la marijuana. Le gérant de la mine a exposé à l'audition du grief déposé à l'encontre du congédiement que la décision de requérir le test a été prise à 60 % à cause de la conviction qu'avait l'ingénieur chef de l'usine d'avoir senti chez M. Tupper une odeur de marijuana alors qu'il était en poste et à 40 % par suite des signes de nervosité et d'agitation que le gérant de la mine a lui-même constatés chez M. Tupper le même jour.

L'employeur a ordonné la tenue du test sans avoir vérifié au préalable auprès de l'intéressé si l'odeur et l'état suspects pouvaient résulter d'une autre cause que la consommation de marijuana. L'eût-il fait que M. Tupper aurait donné la version découverte plus tard à l'audition, soit que l'odeur provenait du «moose burger» qu'il a mangé pour le lunch et de la chargeuse de relève souillée de mégots de cigarettes et autres déchets qu'il opérerait ce jour-là.

L'arbitre a conclu que l'employeur n'a pas fait la preuve de motifs raisonnables de soupçonner que les facultés de M. Tupper étaient affaiblies par la drogue. L'arbitre a tiré une conclusion défavorable à l'employeur du fait qu'il n'a pas retiré immédiatement l'employé de son poste malgré ses soupçons, ce qui est difficile à concilier avec les risques réels pour la sécurité allégués. L'arbitre a considéré qu'en l'espèce la preuve non corroborée d'une odeur de marijuana était insuffisante à elle seule en l'absence d'autres signes physiques d'altération des facultés pour motiver la demande de subir un test de dépistage de drogue. L'employeur

30. (1997), 67 L.A.C. (4th) 360 (MacKeigan) (N.S.).

aurait donc dû mener plus loin son enquête et plus particulièrement recueillir la version du plaignant, avant de solliciter le test³¹.

En résumé donc, lorsque le suspect ne présente pas de signes évidents d'affaiblissement de ses facultés, une preuve strictement circonstancielle (telle une supposée odeur de marijuana) non corroborée pourra être insuffisante pour fonder un soupçon raisonnable. Dans une telle situation, il est impératif que l'employeur approfondisse son enquête et fournisse à l'employé l'occasion de répondre aux allégations qui pèsent contre lui et de les réfuter.

Dans le même ordre d'idées, l'arbitre McAlpine a précisé dans *Esso Petroleum*³² que si chez un employé des problèmes d'absentéisme ou de retards chroniques ou d'absences fréquentes inexpliquées de son poste de travail peuvent effectivement être symptomatiques d'un abus de substances intoxicantes, ces comportements peuvent aussi être attribuables à d'autres causes. Selon l'arbitre McAlpine, il peut donc s'agir d'éléments de preuve pertinents, mais ils ne sont pas assez probants isolément pour enjoindre à l'employé de passer un test: «*while it may be relevant it falls short of constituting reasonable and probable cause*»³³.

3.2 En cas d'accident ou d'incident

Le dépistage de l'alcool ou de la drogue (pour tous) en cas d'accident ou d'incident n'est qu'un cas d'application du principe reconnaissant le droit de l'employeur de prescrire un test pour une cause raisonnable. Dans cette situation cependant le fardeau de l'employeur de prouver la «cause raisonnable» serait moins lourd. L'employeur doit avoir accès aux moyens pouvant lui permettre d'identifier la cause d'un accident ou d'un incident sérieux; la sécurité future des lieux du travail en dépend.

Sur ce point, la politique d'Imperial Oil examinée dans *Esso Petroleum*³⁴ est encore une fois un repère commode. Elle prévoit ce qui suit:

31. *Ibid.*, p. 373-74, 378-79.

32. *Supra*, note 11, p. 65-66.

33. *Ibid.*, p. 66.

34. *Ibid.*, p. 62.

All job applicants or employees are subject to mandatory testing for alcohol or drugs under the following circumstances, as further defined in the policy supplements:

[...]

(b) a test for alcohol and specified drugs;

(i) after a significant work accident, incident or near miss as determined by management;

L'arbitre McAlpine a maintenu cette règle en donnant cependant des instructions quant à l'application des directives administratives³⁵. Ces directives détaillent les critères (étayés d'exemples concrets) pour la conduite des tests post-accident, cela afin de guider les surveillants chargés, dans chaque cas, de décider si la drogue ou l'alcool a pu être un élément contributif à l'accident. L'arbitre McAlpine souligne que même si le fardeau de la preuve de la cause raisonnable est allégé dans un contexte d'accident, incident ou quasi-accident, l'employeur ne peut pas néanmoins tester tout le monde sans discernement. L'on doit pouvoir être capable de relier la cause de l'accident au travailleur testé. Ce lien objectif pourra être la déclaration d'un témoin ou d'un coemployé rapportant une infraction du travailleur. Tout du moins, il faut qu'il existe un indice que la cause de l'accident relève de la sphère de responsabilités du travailleur testé³⁶.

3.3 Pour se qualifier et conserver un poste à haut risque

Un examen médical obligatoire peut être exigé d'un candidat à un poste à haut risque au moment de son accession à celui-ci et par la suite périodiquement. Puisque l'existence ou non d'un problème d'abus ou de dépendance à l'alcool ou à la drogue est un aspect à investiguer de la santé présente d'un individu aspirant à certaines fonctions ou occupant de telles fonctions, l'examen médical obligatoire peut dans certains cas contenir des tests sanguins et des tests de dépistage.

Quant à la portée et aux modalités des tests de dépistage réclamés dans cette situation, la jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux en général présente un intérêt particulier. En effet, ici le test de dépistage a exactement le même but

35. *Ibid.*, p. 63.

36. *Ibid.*, p. 64-65. Voir également: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 121-22.

que tout autre examen médical, soit de s'assurer que l'employé ne présente pas une condition médicale (en l'occurrence la toxicomanie) le rendant incapable de faire son travail. Ici, comme dans le cas d'un examen médical recherchant une maladie d'une autre nature, s'affrontent les droits de l'employé au respect de son intégrité physique et de sa vie privée et les droits de direction. La jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux nous enseigne qu'il faut procéder à une pondération de ces intérêts divergents et que l'on tranchera en faveur du droit de direction d'exiger l'examen médical lorsque: 1) le *nexus* entre l'examen médical et la nature des fonctions est démontré; et que 2) les conditions d'administration de l'examen médical sont le moins invasives possibles pour l'employé examiné³⁷. Ainsi, puisqu'il faut privilégier la méthode d'exploration la moins envahissante pour l'employé, les arbitres s'étant penchés sur la question des examens médicaux ont refusé à l'employeur le choix du médecin, si le médecin traitant de l'employé est compétent pour l'effectuer.

Transposant ces principes généraux aux tests de dépistage, l'arbitre McAlpine dans *Esso Petroleum*³⁸, a entériné les examens médicaux obligatoires (lesquels comprennent des tests sanguins et de dépistage) à l'entrée dans un poste à haut risque et par la suite à tous les deux ans prescrits dans la politique d'Imperial Oil. Il a toutefois décidé que le choix du médecin pour exécuter ces examens devait revenir à l'employé. L'argument suivant lequel le médecin traitant aura tendance à protéger l'emploi de son patient n'a pas convaincu l'arbitre. Il y rétorque que le médecin pose quotidiennement des actes touchant les intérêts de son patient comme, par exemple, lorsqu'il doit évaluer sa compétence à opérer un véhicule motorisé ou authentifier son état de santé à des fins d'assurance. L'on peut donc s'attendre, selon l'arbitre McAlpine, à ce que le médecin de l'employé s'acquitte de ce genre de responsabilités objectivement³⁹.

Nous sommes d'opinion quant au choix du médecin qu'il est hasardeux de généraliser. Nous croyons que la question de la sélection du médecin doit être appréciée en prenant en considération les faits propres à chaque cas d'espèce. En effet, il se peut que dans certaines circonstances spéciales un examen par un

37. *Re Nav Canada and C.A.T.C.A. (Medical Examinations)* (1998), 74 L.A.C. (4th) 163 (Swan) (Can.).

38. *Supra*, note 11, p. 50-51, 68-71.

39. *Ibid.*, p. 70-71.

médecin désigné par l'employeur ou de concert entre les parties soit indispensable pour évaluer adéquatement la capacité de l'employé d'accomplir les tâches de son poste⁴⁰. Plus particulièrement, considérant que le diagnostic d'un problème d'abus de substance ou de dépendance relève d'un domaine spécialisé de la médecine et considérant qu'il est scientifiquement documenté que les toxicomanes ont souvent recours à de nombreux subterfuges pour cacher leur problème, un médecin généraliste ou le médecin traitant de l'employé ne sera pas toujours qualifié pour poser ou écarter un tel diagnostic⁴¹.

À cet égard, nous trouvons appui dans la récente décision de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*⁴². L'arbitre Picher était saisi d'un grief déclaratoire contestant plusieurs dispositions de la Politique sur la prévention des problèmes causés par l'alcool et les drogues en milieu de travail applicable à l'ensemble du personnel du CN et de ses filiales au Canada, ainsi qu'à ses contractants et locataires. Le grief attaquait la politique à la fois en regard des conventions collectives régissant l'entreprise et de la L.C.D.P. Dans cette décision où de multiples questions sont scrutées, dont celle de la légalité de diverses dispositions de la politique prévoyant des tests de dépistage d'alcool et de drogues dans des situations spécifiquement énumérées, l'arbitre Picher a sans équivoque et pour la première fois sans réserve, sanctionné la légitimité des tests de dépistage de drogues requis comme condition à l'octroi d'une promotion ou d'un transfert dans un poste à risque élevé:

*It would appear that this may be the first arbitral award, or tribunal decision of any kind, which finds drug testing to be permissible as a precondition to promotion or transfer into a risk sensitive position. The Union stresses that such testing differs from reasonable grounds or suspicion of impairment testing, and represents a further incursion into the privacy of employees. After much consideration, I am satisfied that such testing is justified, and represents a reasonable exercise of management's rights in the highly safety sensitive transportation industry. Section 35(1) of the *Railway Safety Act* authorizes railway companies to perform their own periodic medical examinations of designated employees. It is*

40. Voir: *Nav Canada*, supra, note 37, p. 184.

41. Voir également sur les examens médicaux pour accéder à un poste à risque accru: *Re Fraser Valley Milk Producers Co-operative Assn. (Dairyland Foods) and I.A.M., District Lodge 250* (1989), 9 L.A.C. (4th) 376; *Transportation Communications Union c. Trimac Transportation Services – Bulk Systems*, Kevin Burkett, arbitre, 10 décembre 1999, p. 59, ci-après «*Trimac*».

42. *Supra*, note 3.

clearly within the legitimate interests of a railway to reasonably ensure that persons who move into risk sensitive positions do not suffer from an active drug or alcohol addiction or dependency. *While a positive drug or alcohol test during the promotion or transfer process will not be conclusive of that question, it will justify further inquiries and a more complete assessment of the individual, so as to rule out any such problem prior to the individual assuming risk sensitive responsibilities.* The careful vetting of applicants for risk sensitive positions, including drug and alcohol testing administered by the employer, is a reasonable exercise of a railway's management rights, as a further means to ensure safe operations.⁴³ (nos italiques)

3.4 Dans le cadre d'une réintégration à la suite d'une absence reliée à un problème d'alcool ou de drogues

Pour les postes à haut risque, indubitablement des tests obligatoires de dépistage de drogues à l'improviste devraient faire partie des mesures de contrôle post-réadaptation prévues dans le cadre du programme de suivi⁴⁴.

Les ententes de la dernière chance conclues entre l'employeur, l'employé et le syndicat, avant ou après l'imposition d'un congédiement pour une cause liée à l'alcool ou à la drogue prévoient souvent comme condition du maintien de l'emploi que l'employé accepte de se soumettre à des tests de dépistage à l'improviste pour une période déterminée. Par ailleurs, les arbitres assortissent souvent la réintégration des salariés dont ils cassent le congédiement pour des manquements associés à l'alcool ou à la drogue, de diverses conditions incluant la soumission à des tests de dépistage à l'improviste pendant une période dont la durée n'excède en général pas de deux à trois ans⁴⁵.

PARTIE II – L'UTILISATION DU RÉSULTAT DES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL OU DE DROGUES

1. L'interprétation des tests

Que nous apprend le résultat positif obtenu à un test de dépistage? Sur ce point, il faut distinguer l'alcootest du test de dépistage de drogues.

43. *Ibid.*, p. 132.

44. Voir: *Esso Petroleum*, *supra*, note 11, p. 66.

45. Voir notamment: *Re Canadian National Railway Co. and U.T.U.*, (1990), 11 L.A.C. (4th) 364 (Picher) (Can.); L. Bernier, L. Granosik, J.-F. Pedneault, *supra*, note 1, par. 17.070, 17.122 à 17.125 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

Contrairement aux tests de dépistage de drogues, le test de dépistage d'alcool donne des informations directes par l'établissement du taux d'alcoolémie sur l'affaïssement des facultés de l'individu. Cela dit, la détermination du seuil minimal où l'alcoolémie peut affecter les performances a fait l'objet de polémiques scientifiques. Bien sûr, le degré d'altération des facultés selon les niveaux d'alcoolémie fluctue en raison de variations individuelles (tolérance génétique, tolérance acquise, âge, poids, sexe, fatigue). En dépit de ces variantes individuelles, les dernières opinions judiciaires sur le sujet de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*⁴⁶ et de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop*⁴⁷ indiquent qu'un taux de 0,04 mg est une norme raisonnable pour sécuriser le milieu de travail contre les effets néfastes de l'alcool. Les études scientifiques démontrent en effet qu'à un taux d'alcoolémie de 0,04 mg la majorité des individus présenteront des signes discernables d'altération des facultés.

Certains arbitres⁴⁸ ont avalisé des taux inférieurs et même la tolérance zéro (absence de trace d'alcool dans l'organisme) dans le cas des postes où la sécurité est essentielle. Ils se sont référés à des études ayant trouvé que la capacité d'avoir une attention divisée (*divided attention*) et sélective entre deux ou plusieurs sources d'informations visuelles peut être affectée à des taux d'alcoolémie très faibles (en deçà de 0,02 mg), ainsi qu'à la conclusion de ces études suivant laquelle il n'a pu être trouvé un seuil absolu d'alcoolémie à partir duquel il n'y a pas d'altération du fonctionnement.

Un test de dépistage de drogue confirmé positif⁴⁹ procure quant à lui une information *qualitative* sur la présence de la drogue ou de ses métabolites dans l'organisme. Par ailleurs, la seule information *quantitative* qu'un tel test apporte est que la drogue est présente au-dessus du seuil de détection (*cut-off level*) prescrit. Le test positif de drogue ne nous fournit pas d'information sur les éléments suivants:

46. *Supra*, note 3, p. 139-40, 152.

47. *Supra*, note 4, par. 106.

48. *Union des employés du Transport Local et industries diverses Local 931 c. Puro-lator Courier*, [1989] T.A. 582 (Foisy) (Can.), p. 587, 590; *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 81.

49. Tout résultat positif à un test de dépistage de drogues émanant d'un laboratoire doit être revu et confirmé par un médecin-examinateur compétent (*Medical Review Officer*) qui s'entretient avec le membre du personnel concerné pour déterminer si le résultat peut avoir une cause légitime d'ordre médical.

- le degré d'affaiblissement des facultés ou s'il y a eu intoxication. Plus précisément pour les drogues illicites, il n'existe pas un niveau de concentration dans l'organisme qui permette d'indiquer que les facultés d'une personne sont affaiblies ou que son fonctionnement est affecté;
- s'il s'agit d'un usage ponctuel ou occasionnel;
- s'il y a phénomène d'abus ou de dépendance;
- le moment précis de l'ingestion.

En ce qui concerne la marijuana, il est cependant aujourd'hui possible de réfuter scientifiquement la thèse la plus communément invoquée pour expliquer un test positif, soit celle de l'inhalation passive de fumée (l'excuse du concert rock). Plus précisément, c'est à celui qui avance une telle défense d'amener les éléments de preuve factuelle et médicale établissant une concordance raisonnable entre son test positif et les tests positifs recueillis dans les études cliniques reconnues sur l'inhalation passive de fumée de marijuana. Dans le cadre de cette comparaison, il faut notamment tenir compte du fait qu'il n'existe apparemment pas d'étude clinique qui appuie la théorie d'un test positif au cannabis par inhalation passive, dans un lieu ventilé. En effet, les études actuelles révèlent que la ventilation au moment de l'exposition à la fumée secondaire est un facteur significatif permettant d'écartier l'inhalation passive à titre de justification à un test positif⁵⁰.

Le résultat d'un test de dépistage de drogues est donc un élément de preuve comme un autre qui rend plus ou moins probable l'existence d'un fait litigieux. Il peut être le fondement d'une investigation plus poussée. Il peut également servir à corroborer une autre preuve ou à tirer des inférences de celle-ci. Le recours aux tests de dépistage de drogues peut en conséquence être très salutaire afin d'assister l'employeur dans la prise de décisions en matière de discipline, de sécurité et de prévention⁵¹.

50. *Re Canadian National Railway Co. and B.M.W.E. (Ouellette)* (1998), 75 L.A.C. (4th) 300 (Picher) (Can.), p. 312-14.

51. Voir: *Canadian Pacific Ltd.*, *supra*, note 27, p. 186; *Esso Petroleum*, *supra*, note 11, p. 44; *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 120-21, 130-31, 136, 150.

2. Les mesures disponibles face à un refus de subir un test ou à un test positif

2.1 L'enquête (approche administrative/approche disciplinaire)

L'approche à emprunter et les mesures que l'employeur pourra prendre face à un test positif ne seront pas les mêmes suivant que l'employé a ou non un problème d'abus ou de dépendance à l'égard de l'alcool ou de la drogue⁵².

L'employé a indubitablement le devoir de dévoiler à l'employeur un problème de dépendance à l'alcool ou à la drogue si celui-ci peut avoir des répercussions sur son travail. L'obligation de divulgation de l'employé ne dispense cependant pas l'employeur de son obligation, dans certains cas, d'aborder cette question médicale avec l'employé. En effet, l'employeur peut devoir prendre l'initiative de soulever la question avec l'employé ou le syndicat s'il a des raisons de soupçonner (un test positif peut être une de ces raisons) ou s'il sait que l'employé est dépendant. Cependant, si l'employé nie, l'employeur peut alors traiter le dossier sur le plan strictement disciplinaire. L'employé ne pourra pas utiliser une allégation de maladie comme prétexte (il faut une preuve médicale) pour décliner toute responsabilité vis-à-vis de ses gestes⁵³. Il ne pourra non plus, par un acte de contrition tardif, tenter de faire infirmer son congédiement en décidant sous le choc de celui-ci de reconnaître sa maladie et de se réhabiliter, lorsqu'il est clair qu'une telle réhabilitation n'aurait jamais eu lieu en l'absence de la décision de le congédier⁵⁴.

2.2 Les sanctions

En plus d'attirer une sanction disciplinaire, un refus de tester peut, dans certaines circonstances, créer une présomption défavorable à l'employé au sujet de sa condition médicale ou de ses facultés au moment du refus. Dans *Canadian Pacific Ltd.*⁵⁵ l'arbitre Picher énonce les conséquences auxquelles un employé

52. *Canadian Airlines International Ltd.*, Hope, Canada, 11 février 1994, non rapportée, p. 56-57.

53. Voir: *Re Cominco Ltd. and U.S.W.A., Loc. 480 (Bilenki)* (1999), 83 L.A.C. (4th) 163 (Chertkow) (C.B.), p. 180-83.

54. *Cie Minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, p. 1102-03; *Re Cominco Ltd.*, *supra*, note 53, p. 171-75.

55. *Supra*, note 27.

occupant un poste où la sécurité est essentielle s'expose en cas de refus:

The refusal by an employee to submit to such a test, in circumstances where the employer has reasonable and probable grounds to suspect drug use and a risk of impairment, *may leave the employee liable to removal from service*. It is simply incompatible with the obligations of a public carrier to its customers, employees and the public at large, to place any responsibility for the movement of trains in the hands of an employee whom it has reasonable grounds to suspect is either drug-dependent or drug-impaired. *In addition to attracting discipline, the refusal of an employee to undergo a drug test in appropriate circumstances may leave that employee vulnerable to adverse inferences respecting his or her impairment or involvement with drugs at the time of the refusal*. On the other hand, it is not within the legitimate business purposes of an employer, including a railroad, to encroach on the privacy and dignity of its employees by subjecting them to random and speculative drug testing. *However, where good and sufficient grounds for administering a drug test do exist, the employee who refuses to submit to such a test does so at his or her own peril*.

[...]

In a drug-related discipline case the burden of proof, as in any case of discipline, is upon the company. Where, however, certain objective facts – however circumstantial – are established that would point to the heavy involvement of a railroad employee in the production and use of drugs, the onus may shift to the employee to provide a full and satisfactory account of his or her actions and circumstances to justify continued employment. *The absence of a full and credible explanation, in the face of overwhelmingly incriminating evidence, leaves an employer with the public safety obligations of a railroad with little choice but to suspend or terminate the employment of a person whose habits or activities appear so dramatically incompatible with the safe operation of its business*. On the other hand, the admission by an employee that he or she is involved in drug use or is drug-dependant should not necessarily be seen as justifying automatic termination. In many circumstances, where drug-dependence is, like alcoholism, tantamount to an illness, a non-disciplinary response, involving the offer of help through a company sponsored employee assistance programme might be the more appropriate reaction. Where, however, the employee is uncooperative and evidence of his or her involvement with drug use goes unexplained, termination of the employment relationship may be the only responsible alternative.⁵⁶
(nos italiques)

56. *Ibid.*, p. 186-87, 189. Voir également *National Gypsum*, *supra*, note 30, p. 380.

Dans le domaine disciplinaire, l'affaire *Walker c. Imperial Oil Ltd.*⁵⁷ mérite également une mention spéciale. La Cour du banc de la Reine de l'Alberta y a maintenu le congédiement d'un cadre détenteur d'un poste à risque accru pour avoir obtenu un résultat positif (0,088 mg) à l'alcootest administré lors d'un examen médical périodique; cet examen avait préalablement été fixé et a été effectué pendant la journée de travail de M. Walker.

Une mesure disciplinaire pourra donc être imposée par l'employeur pour sanctionner le refus de subir un test ou le test positif. Si l'employé a de plus commis d'autres infractions reliées à l'alcool ou la drogue (comme conduire un véhicule en état d'ébriété) elles justifieront une mesure disciplinaire séparée; le test positif ou le refus de tester pourront cependant être, comme nous l'avons vu, un élément de preuve pertinent dans l'établissement de cette faute distincte de l'employé. Les critères usuels s'appliquent à la détermination de la sévérité de la sanction; évidemment dans les postes à risque élevé, ces infractions sont très graves et passibles de congédiement.

2.3 La portée du devoir d'accommodement de l'employeur à l'égard du toxicomane

L'employeur a l'obligation de fournir des mesures d'accommodement aux employés ayant une dépendance envers l'alcool ou la drogue en autant que cela ne comporte pas de contrainte excessive. C'est à l'employeur de rechercher des accommodements convenables et de les proposer à l'employé. Le syndicat doit collaborer à cette démarche si les circonstances l'exigent. L'employé a une obligation correspondante d'accepter un compromis raisonnable et d'en faciliter la mise en œuvre⁵⁸.

Par définition, l'accommodement doit être individualisé. L'élaboration de critères rigides est donc non seulement impraticable mais aussi à déconseiller. Il est cependant possible de dégager de la jurisprudence certains facteurs à prendre en considération dans l'évaluation des efforts déployés par l'employeur pour fournir des adaptations à un handicap de cette nature, et dans

57. [1998] A.J. n° 1252 (Q.B.). La Cour prend soin de mentionner au par. 64a qu'il n'est pas nécessaire dans ce dossier de statuer sur la légalité des dispositions de la politique d'Imperial Oil relatives aux tests de dépistage au hasard (*random testing*).

58. *Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Guibord c. Canada*, [1997] 2 C.F. 17 (1^{re} inst.).

l'évaluation de l'obligation de participation et coopération de l'employé affligé du handicap dans ce processus.

D'entrée de jeu, il convient de souligner qu'il y a antinomie entre l'automatisme de la sanction pour les manquements rattachés à l'alcool et à la drogue et le devoir d'accommodement de l'employeur, justement parce que l'employeur doit dans la mesure du possible rechercher des solutions adaptées à chaque cas individuel⁵⁹.

De façon générale, en offrant un programme de réadaptation adéquat l'employeur satisfait à l'obligation relative à l'accommodement raisonnable. Comme l'a fait observer le juge McDonald dans *Banque Toronto-Dominion*⁶⁰, si un employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que ce dernier n'arrive pas à surmonter sa dépendance, ce serait une contrainte excessive de demander à l'employeur de faire plus.

Par conséquent, s'il est vrai que les rechutes sont prévisibles et normales dans le traitement de ce genre de pathologie, cela ne signifie pas que l'employeur doit tolérer indéfiniment le travailleur récidiviste. La question du devoir d'accommodement de l'employeur ne doit pas être envisagée en droit du travail sous l'angle du nombre ou de la fréquence des récidives que l'employeur doit endurer. L'examen doit plutôt être axé sur l'effort de réhabilitation de l'employé. L'employé qui a un problème d'abus ou de dépendance à l'égard d'un produit intoxicant doit accepter le traitement dans un programme reconnu⁶¹, et par la suite se prévaloir d'un programme de suivi. Il faut pouvoir constater chez lui après une période de temps raisonnable un changement de comportement notable face à son problème. À défaut de quoi, la contrainte excessive, laquelle est la limite à la protection offerte par les lois sur les droits de la personne, sera atteinte et l'employé ne pourra pas se prévaloir de la défense du déni ou de la récidive inéluctable. Dans *Uniroyal Goodrich Canada Inc. and U.S.W.A., Loc. 677 (N.S.)*⁶² la «contrainte excessive» a été établie. Le syndicat souhaitait que l'employeur accorde un congé indemnisé de six mois lors de chacune des rechutes futures et prévisibles du plaignant.

59. Voir: *Entrop, supra*, note 4, par. 100-04, 112-13.

60. *Supra*, note 20, par. 210-11.

61. Voir: *Re Morrison's Meat Packers Ltd. and U.A.W., Loc. 2381 (Wilson)* (1998), 72 L.A.C. (4th) 51, p. 58-60.

62. (1999), 79 L.A.C. (4th) 129 (Knopf) (N.S.).

L'arbitre Knopf a trouvé la demande démesurée eu égard au pronostic de réadaptation nul du plaignant. En effet, considérant que malgré l'aide similaire offerte au plaignant dans le passé à de nombreuses reprises, il n'y a eu aucune amélioration sensible de sa condition et de son comportement, il serait illusoire et abusif, selon l'arbitre, d'ordonner le prolongement des mesures d'accommodement⁶³.

D'abondant, il ne faut pas faire l'erreur de croire que le devoir d'accommodement de l'employeur a pour effet d'annihiler ses pouvoirs disciplinaires ou d'immuniser l'employé contre toute sanction quant aux infractions reliées à l'alcool ou à la drogue qu'il commet⁶⁴. Au contraire, ces infractions et leur gravité doivent être prises en considération dans l'analyse de la question de l'accommodement. L'affaire *Canadian Airlines International Ltd. c. C.A.L.P.A.*⁶⁵ est un exemple éloquent de ce principe.

Le plaignant, M. Mammel, un pilote comptant 20 ans de service avec la compagnie, a été vu par un officier de la G.R.C. en train de rouler un joint de marijuana dans sa voiture, qu'il avait stationnée sur la voie de service de la Trans-canadienne. Il a été arrêté et inculpé sur deux chefs d'accusation de possession et possession en vue de faire le trafic de stupéfiants. Au moment de son arrestation, il était en route pour l'aéroport International de Vancouver où il était inscrit pour piloter un DC-10 de Vancouver à Taipei, Taïwan.

Dans le cadre de l'enquête portant sur ces événements, M. Mammel a admis à la compagnie avoir un problème de dépendance à l'égard de la marijuana depuis 15 ans, en avoir transporté sur ses vols, et avoir été conscient du fait que ses actions auraient pu entraîner la confiscation de l'aéronef par les douaniers. Il a également avoué qu'il connaissait les dispositions du manuel des opérations aériennes prohibant l'usage illégal de la drogue et savait qu'une violation de celles-ci était passible de congédiement. M. Mammel a été congédié le 19 août 1993. Il a suivi un programme de réadaptation entre le 27 août 1993 et le 24 septembre 1993.

63. *Ibid.*, p. 186-87.

64. Voir: *Re Toronto Transit Commission and A.T.U. (Geobey)* (1997), 72 L.A.C. (4th) 109, p. 123-25.

65. (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 131 (C.A.).

L'arbitre qui a été désigné pour entendre le grief de M. Mammel à l'encontre de son congédiement a trouvé que cette sanction était excessive et lui a substitué une suspension de 22 moins. L'arbitre a ordonné la réintégration du plaignant, conditionnellement à ce qu'il adhère à un programme de réadaptation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cassé la décision de l'arbitre, étant d'opinion que les conclusions de ce dernier défient le bon sens. Selon la Cour, oublier les fautes graves du plaignant pour focaliser exclusivement sur sa maladie et son potentiel de réadaptation en lui donnant accès au programme de réadaptation, cela sans tenir compte des effets néfastes d'une telle solution sur l'efficacité du programme, est manifestement déraisonnable. En effet, permettre à des délinquants de cet acabit de blanchir leurs fautes en adhérant au programme de réadaptation, ne peut que miner considérablement l'effet dissuasif recherché pour les pilotes, et saper l'objet même du programme. Le but de ce genre de programme est de faire en sorte que les pilotes assument volontairement la responsabilité de la prévention et du traitement de leurs troubles liés aux substances, avant de commettre des manquements à leurs devoirs d'employé. Or, note la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, s'il n'y a pas de conséquence à attendre d'être pris en flagrant délit de conduite illégale avant de consulter, il n'y a plus d'incitatif pour engager volontairement la démarche thérapeutique⁶⁶.

L'employé doit donc non seulement se faire traiter mais aussi le faire avant que les troubles comportementaux rattachés à sa maladie ne le poussent à poser des gestes qui causent un dommage irrémédiable à la relation d'emploi.

Le devoir de coopération de l'employé dans la recherche d'un accommodement raisonnable peut également comporter pour le titulaire d'un poste à haut risque le devoir de se soumettre après un traitement réussi à des tests de dépistage de contrôle. Lorsque le poste occupé n'appartient pas à la classification spéciale des emplois où la sécurité est essentielle, la question de savoir si, après le traitement, l'employeur peut réclamer que l'employé subisse d'autres tests est plus controversée. Le juge McDonald de la Cour d'appel fédérale est d'avis que le droit d'exiger des tests supplémentaires dans ces circonstances dépendra du rendement

66. *Ibid.*, p. 151-52.

de l'employé post-traitement⁶⁷. Cela dit, plusieurs programmes de réadaptation font du suivi incluant des tests de dépistage une partie intégrante de la démarche thérapeutique globale.

PARTIE III – LES POLITIQUES RELATIVES À L'USAGE DE L'ALCOOL OU DE LA DROGUE EN MILIEU DE TRAVAIL

1. Introduction

Un nombre croissant d'entreprises se sont dotées ces dernières années de politiques visant la drogue (et/ou l'alcool). Les tribunaux ont été appelés à se pencher sur la légalité de certaines de ces politiques, notamment dans l'industrie pétrolière⁶⁸, dans le secteur de la construction⁶⁹, dans le domaine du transport⁷⁰, dans le domaine bancaire⁷¹ et dans le domaine ferroviaire⁷².

Plusieurs de ces politiques régissant l'usage de l'alcool et de la drogue au travail contiennent, entre autres, des dispositions prévoyant des tests de dépistage. En instituant une telle politique, l'entreprise se donne des balises et des lignes directrices pour gérer de façon cohérente cette question complexe. Une politique de cette nature renseigne les employés et les sensibilise au problème de l'alcool et de la drogue en milieu de travail, les informe de leurs obligations à cet égard, et leur communique clairement les règles applicables. Plus particulièrement, trois principaux objectifs sous-tendent une politique globale relative à l'alcool et aux drogues au travail soit 1) la prévention des accidents et autres conséquences néfastes associées à l'utilisation de substances, 2) l'identification des contrevenants ou des personnes à risque; 3) l'effet dissuasif. Quant à ce troisième objectif, en vertu de la théorie de la dissuasion un individu peut être dissuadé de commettre l'acte réprouvé par la peur des représailles et des conséquences négatives qui pourraient en résulter. Les recherches empiriques démontrent que, pour qu'un programme exerce efficacement un véritable effet de dissuasion, il faut que les méca-

67. *Banque Toronto-Dominion*, *supra*, note 20, p. 296.

68. Voir: *Esso Petroleum*, *supra*, note 11; *Entrop*, *supra*, notes 4 et 26; *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2.

69. Voir: *I.U.O.E Local 793 and Sarnia Cranes Ltd.* [1999], O.L.R.B. Rep. May/June, p. 479 (Shouldice).

70. Voir: *Trimac*, *supra*, note 41.

71. Voir: *Banque Toronto-Dominion*, *supra*, note 20.

72. Voir: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3.

nismes de détection soient à la fois assurés et certains. Il est donc d'importance capitale qu'il existe aussi bien un risque subjectif élevé (perception des employés) qu'un risque objectif élevé (détection effective) de découverte. Or, au niveau de la détection, les tests de dépistage demeurent souvent la méthode la plus sûre et la plus objective.

L'influence américaine a par ailleurs eu une incidence indéniable sur la prolifération de ces politiques. En effet, les règlements américains obligent les salariés de compagnies de transport qui empruntent les voies ou les routes américaines à subir des tests de dépistage. De plus, la majorité des grandes entreprises américaines ont adopté un programme de dépistage de drogues et les maisons mères américaines exigent que leurs filiales étrangères suivent cette pratique⁷³.

Tel qu'il a déjà été mentionné, la contestation judiciaire d'une telle politique alléguera principalement une violation du droit à la vie privée des employés et la discrimination fondée sur un motif de distinction illicite, en l'occurrence le handicap.

Pour recevoir l'imprimatur judiciaire, une politique dont l'objet est de réglementer l'usage de l'alcool ou de la drogue devra surmonter deux tests qui se recourent:

- la méthode unifiée en matière de discrimination; et
- le test du «*balancing of interests*» en vertu de la convention collective.

Nous allons aborder ci-après les critères et conditions d'application de ces deux tests.

2. La méthode unifiée en matière de discrimination

Deux grandes questions se soulèvent lorsque l'on évalue la légalité d'une politique de dépistage au regard de la Charte ou de la L.C.D.P.:

73. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La compatibilité avec la Charte québécoise des tests de dépistage de drogue en emploi*, Cat. 120-12, p. 2.

1. la politique constitue-t-elle de la discrimination *prima facie* à l'égard des employés ayant une dépendance à l'égard de l'alcool ou de la drogue (c.-à-d. les handicapés)? et si oui
2. l'employeur peut-il se prévaloir d'un moyen de défense prévu à la loi lui permettant de faire exception à la prohibition de discrimination fondée sur le handicap?

Ces questions ont fait l'objet d'une analyse exhaustive dans deux affaires phares. Il s'agit de *Banque Toronto-Dominion*⁷⁴ déjà commentée, où la Cour d'appel fédérale a opiné que la politique de dépistage de la Banque constituait un acte de discrimination illégale fondée sur la déficience en contravention de la L.C.D.P. La deuxième est l'affaire *Entrop*⁷⁵ qui concerne la politique d'Imperial Oil.

Dans *Banque Toronto-Dominion* et *Entrop*, les tribunaux ont conclu que les politiques sous révision constituaient à première vue (*prima facie*) de la discrimination parce qu'elles avaient pour but et pour effet d'identifier et d'écarter du milieu de travail les employés faisant un usage abusif ou ayant une dépendance à l'égard des produits intoxicants dépistés. Ces affaires accréditent au surplus le principe suivant lequel les usagers occasionnels bénéficient eux aussi de la protection de la Charte et de la L.C.D.P., puisque le concept de discrimination inclut la «perception»⁷⁶.

Quant aux moyens de défense disponibles, les décisions de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* et de la Commission d'enquête de l'Ontario dans *Entrop*, qui élaborent longuement sur le sujet, ont été prononcées avant les modifications apportées récemment à la L.C.D.P. et avant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin*⁷⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême a changé le droit en revisitant la méthode qui était traditionnellement utilisée pour déterminer si une norme est discriminatoire en violation des chartes. En effet, la Cour

74. *Supra*, note 20.

75. *Supra*, notes 4 et 26.

76. Voir également: *Sarnia Cranes*, *supra*, note 69, p. 64, 66, par. 185, 187; l'arrêt récent de la C.S.C. sur la notion de handicap, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, C.S.C. n° 26583, 3 mai 2000.

77. *Supra*, note 23.

suprême a déclaré obsolète la méthode conventionnelle qui consiste à cataloguer le mode de discrimination avant de dégager le moyen de défense qui s'offre à l'employeur. La nouvelle méthode unifiée proposée par la Cour suprême écarte la distinction très critiquée entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (ou indirecte) et fusionne les moyens de défense traditionnels de l'EPJ (exception jadis exclusive à la discrimination directe) et de l'accommodement raisonnable (exception jadis exclusive à la discrimination indirecte) en une seule défense en trois étapes. Cette nouvelle méthode unifiée aussi désignée sous l'appellation d'EPJ (qu'il faut maintenant entendre dans son acception moderne post-*Meiorin*) est en accord avec les modifications apportées récemment à la L.C.D.P., de sorte que le par. 15(2) de cette loi prévoit désormais expressément qu'une pratique par ailleurs discriminatoire ne constitue une EPJ que si l'employeur démontre qu'il ne lui est pas possible de répondre aux besoins de la personne ou de la catégorie de personnes en cause sans subir une contrainte excessive. Aussi, même s'il a appliqué la méthode traditionnelle, le jugement de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* demeure encore actuel et pertinent au chapitre des moyens de défense disponibles puisque la nouvelle méthode unifiée en trois étapes ne fait justement qu'uniformiser et consolider les différents moyens de défense qui existaient déjà. Quant à *Entrop*, la Cour d'appel de l'Ontario a, pour les motifs que nous venons d'expliquer et parce que le Code ontarien reflète déjà l'approche prônée par le juge McLachlin dans *Meiorin*, au stade de l'appel, appliqué la nouvelle méthode unifiée pour analyser les dispositions contestées de la politique d'Imperial Oil⁷⁸.

Théoriquement, en vertu de la méthode unifiée, l'employeur qui instaure une politique d'alcool ou de drogues au travail devra, pour être en mesure de présenter une défense valable à une plainte alléguant discrimination prohibée fondée sur un motif protégé (c.-à-d. le handicap), démontrer que:

1. la politique a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
2. la politique a été adoptée de bonne foi, c'est-à-dire en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

78. Voir: *Entrop*, supra, note 4, par. 63.

3. la politique est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime. À cet égard l'employeur doit établir qu'il n'existait pas de méthode moins attentatoire pour atteindre le but légitime recherché et qu'il a fourni des mesures d'accommodement raisonnables aux personnes lésées par la norme, et ce, jusqu'à la contrainte excessive.

Si elle satisfait à tous ces critères la politique est une EPJ et l'employeur pourra se prévaloir d'une exception à l'interdiction générale de discrimination fondée sur le handicap.

Les rubriques «Justification de la politique» et «Approche globale» ci-après font la synthèse très sommaire de la manière dont ces critères de la méthode unifiée se traduisent lorsque la norme en cause concerne des tests de dépistage.

Quant aux conclusions portant sur le contenu des politiques, celles de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* sont résumées sous la rubrique précédente. En ce qui a trait à l'affaire *Entrop*, il convient avant d'appréhender les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario de donner un bref aperçu de la toile de fond factuelle dans laquelle elles s'insèrent et des conclusions entreprises de la Commission d'enquête de l'Ontario.

L'affaire *Entrop* a débuté par le dépôt d'une plainte individuelle de M. Entrop, un alcoolique réhabilité. Elle a abouti à une révision intégrale par la Commission d'enquête de l'Ontario de la politique d'Imperial Oil relative à l'alcool et à la drogue. Cette politique a été instaurée par Imperial Oil en 1992. Elle comporte de nombreuses facettes dont on retrouve un exposé concis et intelligent chez les auteurs L. Bernier, L. Granosik, J.-F. Pedneault⁷⁹. Le résumé ci-après de la politique leur est emprunté. La politique prévoit donc notamment **pour tous les employés** des tests de dépistage de drogues pré-embauche de même que des tests obligatoires d'alcool et de drogues à la suite de certains accidents survenus au travail, ou s'il existe une cause raisonnable de soupçonner l'usage ou la possession d'alcool ou de drogues en violation de la politique. De plus, les employés travaillant à des postes identifiés comme présentant un haut risque (***safety-sensitive position***) sont soumis à des exigences plus strictes. Ils doivent passer des tests de dépistage d'alcool et drogues à l'entrée dans le

79. *Supra*, note 1, par. 17.053.

poste à haut risque et par la suite bisannuellement. Les employés travaillant à de tels postes à haut risque peuvent être soumis à des tests de dépistage d'alcool et de drogues au hasard sans préavis (*drug and alcohol random testing*). Les tests de dépistage post-réhabilitation sont obligatoires pour eux. La politique exige des employés à de tels postes qu'ils limitent leur consommation d'alcool avant leurs quarts de travail de façon à ce qu'il n'y ait aucune trace d'alcool dans leur sang durant les heures de travail. Enfin, la politique requiert de ceux-ci qu'ils déclarent eux-mêmes tout problème d'alcool ou de drogue, actuel ou passé. Dans un tel cas, la politique prévoit la réaffectation du salarié à un autre poste ainsi que plusieurs conditions avant et après la réintégration dans le poste.

Conformément à la politique, M. Entrop qui était titulaire d'un poste à haut risque, a déclaré avoir souffert d'alcoolisme dans le passé. Même s'il était sobre depuis sept ans, la compagnie l'a retiré de son poste immédiatement et l'a réaffecté à un poste moins désirable, d'où la plainte de discrimination déposée par M. Entrop alléguant violation du Code des droits de la personne de l'Ontario.

En ce qui concerne la politique en général, la Commission d'enquête de l'Ontario a conclu, dans sa huitième décision, entre autres que:

- l'obligation de ne pas travailler sous l'influence de l'alcool ou de la drogue est une exigence professionnelle justifiée d'un poste à risque élevé; mais que
- les tests de dépistage de drogues pré-embauche et les tests de dépistage d'alcool et de drogues au hasard ne peuvent se justifier puisqu'il n'y a pas de corrélation entre le résultat du test et l'altération des facultés de l'individu.

La Commission d'enquête de l'Ontario a en conséquence invalidé certaines dispositions de la politique et en particulier celles ayant trait au dépistage au hasard (*random testing*). On oublie cependant qu'elle a confirmé l'admissibilité des tests de dépistage d'alcool et de drogues administrés après un incident, au moment de l'accession à un poste comportant un risque élevé, après une réintégration ou fondés sur une cause raisonnable, dans la mesure où la compagnie pourrait démontrer que de tels tests sont un élé-

ment nécessaire dans le contexte d'une approche globale d'évaluation de l'abus de substances dans l'entreprise. Les conclusions de la Commission d'enquête dans *Entrop* se lisent en effet comme il suit:

VI. CONCLUSIONS

[99] (1) The provision of the respondent's Policy that requires that employees in safety-sensitive positions disclose to management any «substance abuse problems» they have had, whether current or past, is unlawful because the definition of «substance abuse problem» is too broad and unlimited in duration.

[100] (2) The provisions of the Policy that set out a minimum seven year period between the date of reassignment and potential reinstatement pursuant to such disclosure are unlawful because this length of time is not necessary in all cases.

[101] (3) The mandatory conditions and undertakings for reinstatement are unlawful since the evidence shows this is more than is necessary in certain instances.

[102] (4) *The provisions of the Policy that provide for pre-employment and random drug testing are unlawful because the respondent failed to prove that a positive test is correlated with impairment. Drug testing which takes place «for cause», «post-incident», upon «certification for safety-sensitive position» and «post-reinstatement» may be permissible, but only if the respondent can establish that the testing is necessary as one facet of a larger process of assessment of drug abuse.*

[103] (5) *The provisions of the Policy that provide for random alcohol testing are unlawful because the respondent failed to prove that such screening is reasonably necessary to deter alcohol impairment on the job. Alcohol testing pursuant to «certification» for safety-sensitive positions and «post-reinstatement» may be permissible, but only if the respondent can establish that testing is necessary as one facet of a larger process of assessment of alcohol abuse.*
(nos italiques)

La Cour divisionnaire de l'Ontario a maintenu les conclusions de la Commission d'enquête de l'Ontario. En appel, Imperial Oil a demandé notamment à la Cour d'appel de déclarer que la Commission n'avait pas compétence pour étendre son enquête à tous les aspects du dépistage de l'alcool et des drogues en vertu de la politique et d'annuler les conclusions 4 et 5 susmentionnées prononcées par celle-ci.

Quant à l'argument juridictionnel, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la Commission avait compétence pour étendre la portée de son enquête à tous les aspects de la politique relatifs au dépistage de l'alcool, mais qu'elle a outrepassé sa compétence en enquêtant sur les dispositions de la politique concernant le dépistage de drogues. Avec beaucoup de réticences, la Cour d'appel de l'Ontario s'est néanmoins penchée au fond sur les dispositions de la politique ayant trait au dépistage de drogues, parce que la Commission et la Cour divisionnaire ont débattu ces aspects et qu'Imperial Oil n'a pas prétendu avoir été lésée par l'élargissement de l'enquête⁸⁰.

La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé les conclusions de la Commission relatives aux tests de dépistage d'alcool au hasard (*alcohol random testing*) et déclaré que ces tests bien que *prima facie* discriminatoires sont justifiés dans les postes où la sécurité est essentielle, pourvu que les résultats positifs soient sanctionnés par des mesures ajustées à chaque cas individuel⁸¹. La Cour souligne que l'alcootest au hasard est considéré par de nombreux spécialistes comme étant plus juste pour les employés que les autres méthodes de contrôle et détection (par exemple la supervision) en raison de son objectivité⁸².

Parce qu'un test de dépistage de drogues, à la différence d'un analyseur d'haleine, ne peut mesurer le degré d'altération des facultés, la Cour d'appel de l'Ontario a entériné les conclusions de la Commission annulant les dispositions de la politique relatives au dépistage de drogues pré-embauche (pour tous) et au dépistage de drogues aléatoire (*random drug testing*) (dans les postes à risque élevé)⁸³.

Quant aux tests de dépistage d'alcool et de drogues «post-incident», «pour une cause raisonnable», «pour se qualifier pour un poste où la sécurité est essentielle» ou «post-réhabilitation», la Cour d'appel de l'Ontario a décidé de ne pas s'immiscer dans les conclusions générales 4 et 5 susmentionnées de la Commission sur ces points⁸⁴.

80. *Entrop, supra*, note 4, par. 44-60.

81. *Ibid.* par. 86, 106-113.

82. *Ibid.*, par. 109.

83. *Ibid.*, par. 86, 99, 103-05.

84. *Ibid.*, par. 114, 128-29.

Nous allons voir ci-après que le test du «*balancing of interests*» applicable à la révision d'une politique de cette nature en regard de la convention collective s'apparente à plusieurs égards à la méthode unifiée en matière de discrimination.

3. Le test arbitral du «*balancing of interests*»

Il est reconnu en droit du travail qu'un employeur peut adopter des règlements conformément à ses droits de gérance. Cela dit, pour qu'un règlement édicté unilatéralement par l'employeur puisse être opposable au syndicat et aux salariés et pour qu'il puisse recevoir l'assentiment du tribunal d'arbitrage, il doit respecter certains critères. L'affaire charnière *K.V.P. Co.*⁸⁵ a établi ces critères, lesquels s'articulent comme suit:

1. It must not be inconsistent with the collective agreement.
2. *It must not be unreasonable.*
3. It must be clear and unequivocal.
4. It must be brought to the attention of the employee affected before the company can act on it.
5. The employee concerned must have been notified that a breach of such rule could result in his discharge if the rule is used as a foundation for discharge.
6. Such rule should have been consistently enforced by the company from the time it was introduced. (nos italiques)

Essentiellement donc, le test devant servir à la détermination de la légalité du contenu d'un règlement d'entreprise est celui de la raisonnable. Les tribunaux d'arbitrage ont eu, ces dernières années, à quelques occasions, à circonscrire le critère du caractère raisonnable dans le contexte de politiques décrétant des tests obligatoires de dépistage d'alcool ou de drogues.

Les syndicats ont avancé dans ces litiges la thèse selon laquelle le critère (*threshold*) de raisonnable dans le cas d'une politique de cette nature qui porte atteinte au droit fondamental

85. *Lumber & Sawmill Worker's Union, Local 2537 and KVP Co.* (1966), 16 L.A.C. 73.

des employés au respect de la vie privée est l'habilitation contractuelle expresse (*contractual authority test*) ou le consentement exprès (*consensual authority threshold*). Les arbitres ont majoritairement refusé d'endosser cette thèse syndicale à laquelle ils ont préféré le test du «*balancing of interests*» inspiré de la jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux et de fouille. Ils se sont ralliés à la position de l'arbitre McAlpine dans *Esso Petroleum*⁸⁶ suivant laquelle le critère du consentement contractuel exprès est inapproprié parce que ce genre de question ne peut être décidé dans un *vacuum*. La résolution d'un différend entourant une norme comme celle-là doit inévitablement passer en pratique, selon l'arbitre McAlpine, par l'équilibrage du droit des employés au respect de leur vie privée d'une part et des droits de la direction en matière de sécurité d'autre part⁸⁷.

L'arbitre McAlpine a donc retenu le test du «*balancing of interests*», lequel, lorsqu'il s'agit d'une politique concernant l'alcool et la drogue, il formule en deux volets comme il suit:

From these authorities [examens médicaux et fouille], we distill a two step test: the first, being the test of justification or adequate cause. Is there evidence of drug and/or alcohol problem in the workplace? Is there a need for management's policy?

The second being a test of reasonableness including a consideration as to the alternatives available and whether the problem in the workplace could be combated in a less invasive way.

This Board adopts this two step process as appropriate for the determination of the issues in this case.⁸⁸ (nos crochets)

4. La justification de la politique

La méthode unifiée en matière de discrimination et le test du «*balancing of interests*» arbitral obligent l'employeur à justifier l'introduction de sa politique: il faut qu'il y ait une *cause* pour assujettir les membres du personnel à de tels empiètements sur leurs droits fondamentaux.

Dans le cas des industries où la sécurité est essentielle, la jurisprudence semble évoluer vers un assouplissement du critère

86. *Supra*, note 11.

87. *Ibid.*, p. 24-25. Voir également: *Sarnia Cranes*, *supra*, note 69, p. 74-78, par. 207-12; *Trimac*, *supra*, note 41, p. 45-50.

88. *Ibid.*, p. 28.

de la justification. Les décisions récentes sont en effet moins sévères au niveau du fardeau de l'employeur d'établir la nécessité de sa politique que ne l'étaient à cet égard celles de la première heure comme *Esso Petroleum*. Les propos ci-après reproduits de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)* militant en faveur d'une approche proactive de l'employeur face à la drogue et à l'alcool dans les industries sensibles, s'inscrivent dans cette nouvelle tendance:

[...] *It seems to the Arbitrator that there are certain industries which by their very nature are so highly safety sensitive as to justify a high degree of caution on the part of an employer without first requiring an extensive history of documented problems of substance abuse in the workplace.* Few would suggest that the operator of a nuclear generating plant must await a near meltdown, or that an airline must produce documentation of a sufficient number of inebriated pilots at the controls of wide-body aircraft, before taking firm and forceful steps to ensure a substance-free workplace, by a range of means that may include recourse to reasonable grounds drug and alcohol testing. *The more highly risk sensitive an enterprise is, the more an employer can, in my view, justify a proactive, rather than a reactive, approach designed to prevent a problem before it manifests itself.* While more stringent thresholds may fairly be applied in non-safety sensitive work settings, as for example among clerical or bank employees, boards of arbitration should be cautious before requiring documented near disasters as a pre-condition to a vigilant and balanced policy of drug and alcohol detection in an enterprise whose normal operations pose substantial risks for the safety of employees and the public.⁸⁹ (nos italiques)

Quant à la nature de la preuve pertinente à ce volet «justification», les décisions récentes révèlent une plus grande ouverture sinon un changement de vision. Dans *Esso Petroleum*, l'arbitre McAlpine avait jugé non concluante à cette enseigne, l'étude intitulée *Canadian Facts Survey* commandée par Imperial Oil, avant l'implantation de sa politique, d'une entreprise réputée de recherche par sondages. Les répondants à cette étude pancanadienne, réalisée à partir d'un échantillon national représentatif d'employés d'Imperial Oil, ont signalé divers incidents indésirables au travail où la consommation d'alcool et de drogues semblait avoir été un facteur contributif. L'arbitre Christian, qui a jaugé la valeur de la même étude dans *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, a opiné, à l'opposé de son collègue, qu'Imperial Oil a inféré à juste titre des

89. *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 122. Voir également: *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 73; *Entrop*, *supra*, note 4, par. 94.

résultats de celle-ci, qu'il existait chez les employés de sa raffinerie à Strathcona un problème d'usage abusif d'alcool et de drogues nécessitant une action de sa part⁹⁰.

Par ailleurs, la preuve de justification disponible et sa teneur ne seront bien souvent pas les mêmes, selon que le grief ou la plainte est déclaratoire ou individuelle et selon l'âge de la politique. Ainsi, dans le cadre d'un grief d'application de la politique, des faits postérieurs à l'introduction de celle-ci, pourront influencer l'appréciation que fera le tribunal de sa nécessité et de sa raisonnable. Ce fut indubitablement la situation dans *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)* où le plaignant, M. Gabriel, a été congédié parce qu'il a obtenu des résultats d'alcoolémie de 0,051 à 0,055 mg à un alcootest administré conformément aux dispositions de la politique d'Imperial Oil susmentionnée prévoyant des tests de dépistage d'alcool au hasard pour les employés occupant des postes où la sécurité est essentielle, comme M. Gabriel. L'arbitre Christian qui devait disposer de ce grief individuel et accessoirement examiner la question de la validité des dispositions en cause de la politique, a tenu schématiquement le raisonnement suivant: si M. Gabriel n'avait pas subi l'alcootest, l'employeur n'aurait pas détecté qu'il était sous l'influence de l'alcool et il serait donc demeuré dans son poste où la sécurité est essentielle avec un taux de 0,055 mg, ce qui en soi aurait mis en danger sa santé et sa sécurité ainsi que celle de ses collègues et des habitants de Strathcona. Il en découle donc que l'alcootest auquel M. Gabriel a été soumis était légitime. Cet alcootest a permis d'éviter le risque pour la sécurité des opérations que présentait l'état de M. Gabriel ce jour-là. Par voie de conséquence, la politique sans laquelle l'alcootest n'aurait pas été effectué est nécessaire.

Il faut cependant faire attention de ne pas par un raisonnement de cet ordre assujettir un groupe d'employés à une exigence générale simplement à cause de la faute individuelle d'un seul salarié, et ainsi esquiver la méthode unifiée ainsi que le test du «*balancing of interests*». Si le vécu de l'entreprise par rapport à l'alcool et aux drogues au travail est un facteur pertinent à toute contestation concernant globalement la politique, la méthode analytique applicable à un litige individuel n'est pas la même que celle applicable à un recours déclaratoire. La Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop* a d'ailleurs servi une mise en garde expli-

90. *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 3, p. 59-60, 70, 73.

cite contre la tentation de procéder à la révision intégrale d'une politique lorsque le litige tel qu'il a été engagé initialement est strictement individuel.

Enfin, il convient de souligner qu'un arbitre a statué que «l'exigence du client» n'est pas une justification raisonnable. Il s'agit du cas de l'employeur sous-traitant qui conclut un contrat de services dont l'une des conditions est qu'il (l'employeur sous-traitant) se pourvoit d'une politique similaire à celle en vigueur chez le donneur d'ouvrage⁹¹.

5. L'approche globale

Une fois qu'il aura démontré que sa politique poursuit un but légitime (justification), l'employeur devra, pour franchir l'étape suivante de la méthode unifiée et du test du «*balancing of interests*», établir que celle-ci est *raisonnablement nécessaire* pour atteindre ce but. Les tribunaux considéreront que cette condition n'est pas remplie si, par exemple, la politique de dépistage n'est pas rationnellement liée au rendement au travail; si la politique est *under-inclusive* ou à l'inverse si elle est trop large; ou encore s'il existe des méthodes moins invasives que les tests permettant d'assurer le maintien d'un milieu de travail sécuritaire et sain, à l'abri des effets nocifs de l'alcool et des drogues⁹².

Il en résulte que, selon la jurisprudence, l'employeur qui entend mettre en œuvre dans son entreprise une politique de dépistage doit préconiser d'abord et avant tout une approche globale. Cette approche globale pourra comprendre notamment:

- **un code de conduite** complet, clair et non équivoque énonçant les obligations et droits des employés à l'égard de l'alcool ou des drogues au travail (déclaration de problèmes de dépendance, prohibitions à l'égard de la possession et de la consommation au travail et dans certains cas durant le lunch, interdiction d'être sous l'influence, sanctions disciplinaires dont l'employé est passible pour une violation);
- le recours à des **méthodes alternatives** permettant lorsqu'elles sont utilisées en conjonction avec les tests

91. Voir: *Re Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd., and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol Testing)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399 (Whitaker) (Ont.).

92. Voir: *Entrop, supra*, note 4, par. 97-98.

de dépistage d'identifier les facteurs de risque reliés à l'alcool ou à la drogue au travail;

- l'accessibilité d'un **programme de réadaptation**.

La jurisprudence suggère que l'employeur utilise les méthodes alternatives énumérées ci-après. Si ces méthodes permettent à elles seules d'atteindre le but légitime visé par la politique, l'employeur devra se restreindre à celles-ci, car elles sont moins invasives que les tests de dépistage. Si ces méthodes à elles seules ne solutionnent pas le problème, elles doivent quand même faire partie de l'approche globale et être employées en conjugaison avec les tests de dépistage⁹³:

- pression des pairs (*peer pressure*);
- supervision, observation visuelle, évaluation;
- test de performance (ou de rendement) (*performance testing*);
- programme d'aide aux employés (*employee assistance and health promotion programs*);
- examens médicaux périodiques;
- l'utilisation d'un ordinateur de route installé à bord du véhicule qui permet de surveiller la conduite dangereuse (*use of on-board computers installed in vehicles which provide a mechanism for monitoring erratic driving*);
- la formation de personnes en matière de techniques de confrontation constructive (ou d'échanges constructifs) (*training individuals in the concept of «constructive-confrontation»*).

L'approche globale permettra donc la réalisation du but recherché, soit un milieu de travail sécuritaire et productif, ceci de la manière la moins envahissante possible pour les employés et en offrant à ceux qui sont aux prises avec des problèmes d'abus ou de dépendance des mesures d'accommodement raisonnables.

93. Voir: *Esso Petroleum*, supra, note 11, p. 44-48; *Sarnia Cranes*, supra, note 69, par. 223.

CONCLUSION

Tant que notre droit sur la question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail demeurera essentiellement jurisprudentiel et que les pressions ou influences externes ne réussiront pas à modifier la politique canadienne de non-interventionnisme législatif⁹⁴ en la matière, il faut préfigurer que le balancier des intérêts continuera à osciller au gré des circonstances, des avancées de la science, et des leçons tirées de l'expérience.

Les critères juridiques proposés ne sont donc pas statiques, et les solutions toujours à réinventer. Une constante ressort néanmoins de la jurisprudence actuelle: les espérances d'intimité (*expectation of privacy*) de l'employé vis-à-vis l'exigence de tester sont modulées par le poste qu'il occupe.

Celui qui veut s'évader en secret du métier dangereux qu'il a choisi peut toujours se rabattre sur l'opium naturel, plus aléatoire et fugace que l'autre, mais que les tests ne dépistent pas encore: «*Des rêves! toujours des rêves! et plus l'âme est ambitieuse et délicate, plus les rêves l'éloignent du possible. Chaque homme porte en lui sa dose d'opium naturel, incessamment sécrétée et renouvelée, et, de la naissance à la mort, combien comptons-nous d'heures remplies par la jouissance positive, par l'action réussie et décidée? Vivons-nous jamais, passerons-nous jamais dans ce tableau qu'a peint mon esprit, ce tableau qui te ressemble?*»⁹⁵.

94. Voir: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, supra, note 3, p. 109-110.

95. C. BAUDELAIRE, supra, note 1, XVIII *L'invitation au voyage*, p. 63.