

LES EXAMENS MÉDICAUX EN EMPLOI

M^e Daniel Carpentier, conseiller juridique

Direction de la recherche

Juin 1998

LES EXAMENS MÉDICAUX EN EMPLOI

**Document adopté à la 430^e séance de la Commission,
tenue le 8 juin 1998, par sa résolution COM-430-5.1.1**

Normand Dauphin
Secrétaire de la Commission

Traitement de texte :

Chantal Légaré (Direction de la recherche et de la planification)

TABLE DES MATIÈRES

1	L'EXIGENCE D'UN EXAMEN MÉDICAL	1
2	LE HANDICAP	3
2.1	Deux tendances au sein du Tribunal des droits de la personne	5
2.2	La décision de la Cour d'appel	11
3	L'EXAMEN PRÉEMBAUCHE	17
3.1	Droits fondamentaux et droit à l'égalité	17
3.2	Le médecin désigné par l'employeur	22
4	L'EXAMEN EN COURS D'EMPLOI	23
4.1	Principes	25
4.2	Un aperçu de la jurisprudence arbitrale	27
5	LA COMMUNICATION DES RÉSULTATS DE L'EXAMEN	29
5.1	La communication des résultats à l'employeur	29
5.2	La communication des résultats au salarié	30
	CONCLUSION	31

Le désir de vérifier l'aptitude physique ou mentale des salariés à exercer certains emplois amène parfois l'employeur à leur demander de subir un examen médical. Cette demande de l'employeur met généralement en cause, outre le droit à l'égalité sans discrimination, trois droits fondamentaux reconnus dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ : les droits à l'intégrité de sa personne, au respect de sa vie privée et au respect du secret professionnel. Nous aborderons l'étude des examens médicaux en emploi tant en regard du droit à l'égalité qu'en fonction des droits fondamentaux. Nous verrons d'abord ce qui justifie l'exigence d'un examen médical, puis nous analyserons la notion de handicap dans la Charte avant de s'attarder aux situations spécifiques des examens préembauche et en cours d'emploi. Finalement nous traiterons de la communication des résultats de l'examen.

1 L'EXIGENCE D'UN EXAMEN MÉDICAL

À moins qu'il ne soit prévu par la loi, l'exigence d'un examen médical doit reposer sur un autre fondement juridique, en l'occurrence le contrat de travail qu'il soit collectif ou individuel. S'il s'agit d'un contrat écrit, telle la convention collective ou plus rarement le contrat individuel de travail, une disposition explicite doit s'y trouver. Toutefois, il est possible que les obligations des parties au contrat soient plus étendues que les seules obligations explicitement convenues² :

« Le contenu du contrat de travail ne se limite pas à ses stipulations expresses. Les obligations qui se rattachent au contrat de travail s'étendent, comme pour tout autre contrat, à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi. Ce contenu implicite du contrat de travail y incorpore ainsi, en particulier, un ensemble important d'éléments obligationnels légaux et réglementaires, d'ordre public. »

¹ L.R.Q., c. C-12.

² R.P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *Droit du travail*, 2^e édition, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, pp. 147-148.

Les dispositions de la Charte, tant celles reconnaissant des libertés et des droits fondamentaux que celles affirmant le droit à l'égalité, font partie de ces « éléments obligationnels légaux d'ordre public » et, par conséquent, des contrats de travail. Qu'ils soient constatés par écrit ou non, les contrats de travail ne peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux ou au droit à l'égalité reconnus dans la Charte.

Cependant, les obligations du contrat de travail s'étendent également à toutes les conséquences qui découlent de la nature même du contrat. Ainsi, à l'obligation du salarié d'effectuer un travail sous la direction ou le contrôle de l'employeur³ s'ajoutent celle d'exécuter son travail avec prudence et diligence et celle d'agir avec loyauté⁴. Quant à l'employeur, outre son obligation de permettre l'exécution du travail et celle de verser la rémunération fixée, il doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié⁵. De ces obligations législatives découle en conséquence un certain droit de regard de l'employeur quant à la capacité physique ou mentale d'un salarié d'effectuer son travail. Que ce soit avant l'embauche ou en cours d'emploi, certaines situations justifieront, sur la base des obligations découlant du contrat de travail, l'exigence d'un examen médical par l'employeur.

Avant d'étudier plus spécifiquement les deux situations où un employeur pourra exiger un examen médical, avant l'embauche et en cours d'emploi, il convient d'étudier la notion de handicap.

³ *Code civil du Québec*, ci-après désigné C.C.Q., article 2085.

⁴ C.C.Q., article 2088.

⁵ C.C.Q., articles 2085 et 2087.

2 LE HANDICAP

Avant 1983, la Charte interdisait la discrimination fondée sur le motif suivant : « *le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap* ». Ce motif fut interprété par les tribunaux en fonction de la définition de personne handicapée⁶ que l'on trouve à l'alinéa 1g) de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* :

« Toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout moyen pour pallier son handicap. »

À compter du 1^{er} octobre 1983, dans l'article 10 de la Charte, l'expression « personne handicapée » a été remplacée par le mot « handicap »⁷. Cela aurait dû mettre fin à la controverse sur l'interprétation donnée par les tribunaux à l'expression « personne handicapée ». Par ailleurs, depuis cette modification, la Commission des droits de la personne s'est donnée la définition suivante⁸ :

« Un désavantage résultant d'une déficience, soit une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, d'une structure ou d'une fonction mentale, physiologique ou anatomique. »

Depuis 1983, on peut donc affirmer que les références à la définition de personne handicapée de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* sont choses du passé. Plusieurs décisions sont venues confirmer que la notion de handicap est plus large que celle de personne handicapée. Ainsi, elle peut s'appliquer à une personne qui, ayant eu un accident du travail, désire reprendre son

⁶ Voir notamment, *Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux*, (1981) 2 C.H.R.R. D/388 (C.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Cité de Côte St-Luc*, [1982] C.S. 795; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.); *Huppé c. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303 (C.P.).

⁷ L.Q. 1982 c. 61, art. 3, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1983.

⁸ Commission des droits de la personne, F. SCHMITZ, « Les notions de déficience et de désavantage dans la définition du motif handicap », [1987] D.L.Q. 499.

travail même si elle n'a plus aucune limitation fonctionnelle⁹. Dans cette décision, le Tribunal des droits de la personne nous dit que les amendements à la Charte de 1982 permettent une interprétation du motif « handicap » qui s'éloigne de la définition de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, ce qui lui permet d'affirmer :

« Il y a discrimination, que l'appréciation du handicap soit objective ou purement subjective chez l'employeur. »¹⁰

Le Tribunal applique le droit en matière de discrimination fondée sur le handicap tel qu'énoncé dans *Commission des droits de la personne c. Hôpital Rivière-des-Prairies*¹¹. Dans cette dernière décision, tout en reconnaissant que la mauvaise évaluation de la condition physique d'un candidat a conduit à une exclusion discriminatoire¹², on définit le handicap comme suit :

« A) Un handicap sous-entend d'abord la notion d'anomalie anatomique ou physiologique.
[...]
B) Pour qu'il y ait handicap, il faut que l'anomalie soit de nature à limiter de façon appréciable l'individu dans sa capacité de fonctionner normalement. »¹³

On doit noter ici le maintien dans cette définition d'un élément similaire, une **limitation appréciable**, à celui de la définition de « personne handicapée » de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, une **limitation significative**¹⁴.

⁹ *Commission des droits de la personne c. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.*, (1994) 19 C.H.R.R. D/441 (T.D.P.Q.).

¹⁰ *Idem*, à la p. D/444.

¹¹ [1991] R.J.Q. 2943 (C.S.).

¹² Il s'agit d'un candidat à un emploi qui a été refusé suite à un examen radiologique de la colonne vertébrale qui a révélé la présence d'une spondylolyse avec un léger spondylolisthésis à L-5/S-1. Ce candidat, athlète reconnu, ignorait sa condition et est devenu, par la suite, membre de la Gendarmerie royale du Canada.

¹³ *Commission des droits de la personne c. Hôpital Rivière-des-Prairies*, précité, note 11, à la page 2948.

¹⁴ La référence à cette loi est critiquée par Daniel Proulx : « ... on ne peut que rester pantois devant une Cour supérieure qui s'obstine, contre toute logique et compréhension de l'objet spécifique de la Charte québécoise dans l'arrêt C.D.P. c. Hôpital Rivière-des-Prairies, [1991] R.J.Q. 2943 à appliquer les critères inadéquats de la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées. »

D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi* (...suite)

Par la suite, la présidente du Tribunal des droits de la personne, la juge Michèle Rivet, dans l'affaire *Commission des droits de la personne (Poirier) c. Ville de Montréal*¹⁵, tout en confirmant la définition du handicap de la décision *Hôpital Rivière-des-Prairies*, ajoute ce qui suit :

*« Ajoutons que le désavantage peut être réel et objectif lorsqu'il y a présence d'une anomalie ou déficience qui empêche de manière importante un fonctionnement dit "normal"; ce désavantage peut aussi être présumé lorsqu'on infère que quelqu'un, à cause d'une anomalie ou d'une déficience, ne pourra effectivement fonctionner "correctement". Réalité objective et perception subjective font donc partie intégrante de la notion de handicap. »*¹⁶

Elle réitérait cette position dans *Commission des droits de la personne (Martel) c. Ville de Montréal*¹⁷ :

« Depuis l'amendement législatif de 1982 qui a substitué, à l'article 10, le terme "handicap" à l'expression "personne handicapée", la charte québécoise couvre tant le handicap réel que celui qui est présumé sur la base d'anomalies physiques auxquelles sont attribuées, à tort parfois, diverses limitations physiques. La simple perception d'un handicap se trouve donc incluse dans la notion de handicap en tant que critère illicite de discrimination au sens de la charte québécoise puisque, dans les faits, la personne subit les désavantages qui y sont socialement rattachés. »

2.1 Deux tendances au sein du Tribunal des droits de la personne

De plus récentes décisions du Tribunal des droits de la personne ramènent un débat que l'on aurait pu croire enterré. La perception erronée d'un handicap ou le fait de tenir compte d'une anomalie physique dont ne résulte aucun désavantage ne serait pas de la discrimination. C'est ce que le juge Brossard du Tribunal affirme dans deux décisions aux conclusions identiques rendues le même jour¹⁸. Il s'agit dans un cas d'une candidate ayant une légère scoliose qui ne la limite aucunement dans

canadienne sur les droits de la personne, Cowansville, Yvon Blais, 1993, note 25, à la p. 9.

¹⁵ (1995) 22 C.H.R.R. D/325 (T.D.P.Q.); D.T.E. 94T-600; cette décision a été rendue en 1994.

¹⁶ *Idem*, aux pages D/328 et D/329.

¹⁷ [1994] R.J.Q. 2097, 2103.

¹⁸ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, D.T.E. 95T-478 (T.D.P.Q.) et *Commission des droits de la personne c. Ville de Boisbriand*, non rapportée, T.D.P.Q. (Terrebonne) 700-53-000003-941. Ces deux décisions ont été portées en appel.

ses activités physiques. Dans l'autre cas, un policier en période de probation a été congédié. Il a été opéré pour une perforation intestinale (maladie de Crohn) et est en rémission complète. Il ne souffre d'aucune limitation dans ses activités. Dans les deux cas, des évaluations médicales confirmaient que ces personnes avaient les capacités physiques d'effectuer leurs tâches respectives. Le Tribunal conclut dans ces cas que ces personnes n'ont pas de handicap et qu'elles ne peuvent être visées par la notion de handicap :

« La notion de handicap n'englobe pas toutes les anomalies. Il faut exclure celles qui sont répandues à un point tel qu'elles sont socialement acceptées.[...] Étendre la protection de la Charte à toute personne qui est porteuse asymptomatique d'une anomalie équivaut à trivialisier le terme "handicap". [...] [L]a Ville pouvait, parmi les nombreux candidats qui ont postulé, rechercher et choisir ceux qui étaient le plus en santé. [...] Ni un état de santé, ni une maladie ne sont, en soi, nécessairement des motifs de discrimination interdite par l'article 10 de la Charte. [décision Ville de Montréal]

Par ailleurs, l'extension de la notion de "handicap" de manière à y inclure une maladie qui n'implique aucune limitation revient à banaliser l'article 10 de la Charte qui a été édicté de manière à assurer la protection des personnes souffrant de limitations dans l'accomplissement de fonctions de la vie courante. » [décision Ville de Boisbriand]

Dans une troisième décision, *Commission des droits de la personne c. Services de réadaptation L'Intégrale*, le juge Brossard maintient sa position¹⁹ :

« D'autre part, retenir le propos de la Commission qu'une perception purement subjective d'un employeur pourrait créer un handicap, au sens de la charte, chez une personne qui, dans les faits, ne souffre d'aucune limitation conduit à une contradiction d'appréciation qui répugne à la logique. En effet, lors de l'examen de la règle de non-discrimination dans l'embauche (art. 16), un critère purement subjectif pourrait déterminer l'existence même d'un handicap alors qu'il faut s'en remettre plutôt à un critère uniquement objectif pour examiner la défense prévue par le législateur à l'article 20, qui permet l'exclusion fondée sur les aptitudes ou qualités pour un emploi.

[...]

¹⁹ [1996] R.J.Q. 1767, page 1775. Requête pour permission d'appeler accueillie, 1996-04-04 (C.A.M. 500-09-002295-962).

La preuve de l'existence d'un handicap provoquant une discrimination à l'embauche pour un emploi spécifique et des aptitudes ou qualités requises par cet emploi doit se faire désormais par l'examen de critères objectifs. »

Ces décisions posent à nouveau la question : faut-il être une personne handicapée, c'est-à-dire être suffisamment limitée dans l'accomplissement des activités de la vie courante, pour pouvoir bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur le handicap?

Il existe maintenant un consensus sur l'interprétation à donner aux lois sur les droits de la personne, en particulier quant au droit à l'égalité. Sur l'interprétation des motifs de discrimination contenus dans ces lois, Daniel Proulx²⁰ résume ainsi la situation :

« Les motifs ne sont donc plus interprétés restrictivement, comme cela a été souvent le cas en jurisprudence québécoise, mais de façon large et libérale de manière à tenir pleinement compte de la nature spéciale de cette loi fondamentale et à remplir l'objet réparateur de la Charte québécoise : s'assurer que tout individu soit protégé contre les préjugés, les stéréotypes et les généralisations injustes et faire en sorte qu'il soit plutôt évalué sans a priori, selon ses capacités ou compétences propres, c'est-à-dire sans égard à un groupe auquel on le relie en raison d'une caractéristique individuelle énumérée dans la Charte québécoise. »

De façon plus précise, sur l'interprétation que l'on donnait aux mots « personne handicapée », il résume ainsi le paradoxe qui en résultait :

« Une telle interprétation des mots “personne handicapée” était absurde parce qu'elle sapait le but même que poursuivait le législateur en adoptant l'article 10 de la Charte, à savoir protéger les individus contre les généralisations injustes à l'endroit des gens ayant une déficience (physique ou mentale) ou perçus comme possédant une telle caractéristique personnelle. En effet, d'une part, si une personne est “limitée de façon significative et persistante” dans l'accomplissement d'activités normales, l'employeur sera le plus souvent parfaitement justifié de l'exclure en vertu de l'article 20 de la Charte et, d'autre part, si une personne n'est pas ainsi limitée et réclame qu'on la juge suivant ses capacités, elle n'est pas protégée par l'article 10 de la Charte alors que telle est exactement la raison d'être de ce droit fondamental! »²¹

²⁰ D. PROULX, *op. cit.*, note 14, à la p. 8.

²¹ *Idem*, à la p. 9. Voir également l'analyse spécifique et approfondie de cet auteur « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », (1996) 56 R. du B. 321-436.

Le caractère spécial de la Charte, texte « quasi constitutionnel », et l'objet réparateur qu'elle comporte ne font plus de doute. En matière de handicap, il faut donc s'interroger sur le type de protection que le législateur a voulu établir. Dans le chapitre 1.1 de la Charte, *Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés*, l'interdiction d'exercer de la discrimination dans certaines situations ne comporte pas d'exception qui soit propre au motif handicap. Elle s'applique autant à l'accès aux lieux publics, aux actes juridiques qu'au milieu de travail. Bien sûr, il faut souligner la présence d'une exception générale à la discrimination en emploi à l'article 20 de la Charte :

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

À cet égard, dans la décision *Gaudreau c. Ville de Montréal*²², relativement à l'article 20 de la Charte, le juge Rouleau applique les critères suivants issus de la jurisprudence²³ :

« Il s'ensuit que la simple possibilité d'un risque ou d'un accroissement de celui-ci sans égard à sa gravité ou à sa probabilité ne saurait suffire, non plus que l'existence potentielle d'un risque minime ou négligeable. L'employeur doit donc établir la probabilité que le risque se réalise ou, en d'autres termes, la probabilité que la défaillance liée au handicap survienne, d'une part, et, d'autre part, la gravité des conséquences découlant de cette défaillance par rapport à l'environnement de travail, en incluant la sécurité des compagnons de travail et celle du public. »

Par ailleurs, dans *Commission des droits de la personne (Martel) c. Ville de Montréal*²⁴, la juge Rivet, en regard d'une politique qui excluait systématiquement du poste de pompier les candidats porteurs d'une anomalie physique²⁵, s'exprime en ces termes²⁶ :

« La discrimination fondée sur le handicap réside ici dans l'exclusion systématique des candidats porteurs de l'anomalie physique concernée, sur la base d'une généralisation selon

²² (1994) 19 C.H.R.R. D/87, à la p. D/94, T.D.P.Q.; cette décision a été rendue en 1992.

²³ *Bhinder c. C.N.*, [1985] 2 R.C.S. 561, et *Canadien Pacific c. Canada*, [1988] 1 C.F. 209.

²⁴ Précité, note 17.

²⁵ Il s'agissait en l'occurrence d'une anomalie à la colonne vertébrale, soit une « hémilombalisation – hémisacralisation ».

²⁶ Précité note 17, 2109.

laquelle ces personnes sont toutes, sans évaluation individuelle, présumées incapables d'exercer sécuritairement le métier de pompier, et ce, même en l'absence de symptômes cliniques. »

Dans cette affaire, l'employeur n'a pu démontrer, sur la base d'une preuve scientifique, que les personnes atteintes de cette anomalie sont incapables de rencontrer les exigences spécifiques de l'emploi, ne rencontrant pas ainsi le critère de rationalité requis pour justifier une exclusion en vertu de l'article 20 de la Charte²⁷.

L'employeur doit donc démontrer que l'exclusion est rationnelle parce que le risque est inacceptable, sur la base d'une preuve scientifique, statistique ou médicale. Il doit également satisfaire à une exigence de proportionnalité de la mesure prise, le refus d'embauche, avec l'objectif poursuivi, assurer la sécurité. Il doit donc démontrer qu'il ne disposait d'aucune alternative moins draconienne. Il est évident que la simple crainte qu'une personne ait plus souvent recours aux bénéfices de l'assurance maladie ne semble pas rencontrer ces critères.

De ce qui précède, on constate que deux tendances s'expriment donc face à la notion de handicap. Ces deux tendances n'ont plus, depuis 1982, pour point de départ une définition différente. Elles se distinguent plutôt par l'inclusion ou non de la notion de perception d'un handicap. La première peut se présenter sous la forme d'une proposition unique: il faut être en présence d'une anomalie anatomique ou physiologique qui soit de nature à limiter de façon appréciable l'individu dans sa capacité de fonctionner normalement. Elle exige donc la recherche d'un fait objectif, le handicap. La deuxième tendance peut se résumer comme suit : il y a discrimination fondée sur le handicap s'il y a ou si l'on croit qu'il y a une telle anomalie. Elle exige soit la démonstration d'un fait objectif, le handicap, soit la démonstration d'un fait subjectif, la perception d'un handicap.

²⁷ *Idem*, à la page 2110.

Dans une décision d'un quatrième membre du Tribunal des droits de la personne, le juge Michael Sheehan propose une interprétation différente. Dans la décision *Roy c. Commission scolaire des Draveurs*²⁸, le juge Sheehan nous dit :

*« La notion de “handicap” comporte deux éléments : une anomalie et une limitation. La perception de l'un ou l'autre de ces éléments chez l'auteur d'un geste discriminatoire peut être purement subjective et complètement erronée. »*²⁹

Quant à l'élément de la limitation, il ajoute :

*« [...] la Commission scolaire prétend qu'un handicap doit être de nature à limiter de façon “appréciable” la capacité de Yanick Pascal de fonctionner normalement. Avec égards, cela équivaut à ajouter à la définition. Dans son sens courant, “handicap” signifie un désavantage résultant d'une déficience anatomique, physiologique, psychologique ou mentale diagnostiquée médicalement. »*³⁰

Le juge Sheehan rejoint l'approche de la juge Rivet tout en précisant que la perception subjective ou erronée peut porter tant sur l'anomalie que sur la limitation. Étrangement, il recourt à une définition autre, celle d'un désavantage résultant d'une déficience, tout en y ajoutant la mention « diagnostiquée médicalement » sans expliquer autrement ce choix.

Finalement, la présidente du Tribunal des droits de la personne a réitéré dans deux jugements rendus en 1996 son interprétation du motif « handicap ». Dans *Commission des droits de la personne c. Communauté urbaine de Montréal*³¹ :

« Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, il n'est pas nécessaire d'établir qu'une personne atteinte d'anomalie est objectivement affectée de limitations fonctionnelles réelles; il

²⁸ J.E. 95-1740 (T.D.P.Q.). Il faut souligner que cette décision traite de discrimination dans l'accès aux services scolaires et non pas de discrimination en emploi.

²⁹ *Idem*, à la page 10 du jugement.

³⁰ *Idem*, à la p. 11.

³¹ D.T.E. 96T-373, à la page 37 du jugement. Requête pour permission d'appeler accordée 1996-02-27.

suffit que cette anomalie fasse obstacle à l'exercice en pleine égalité du droit qu'elle invoque. C'est donc bien de handicap au sens de l'article 10 dont il s'agit. »

Puis, dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal*³², elle ajoute :

« Anomalie et désavantage sont les deux éléments constitutifs du handicap. Comme pour tous les autres motifs protégés par la charte, ce motif doit s'entendre soit d'une réalité objective, soit d'une perception subjective. Même des motifs comme le sexe, la race ou la couleur, qui paraissent à première vue strictement objectifs, peuvent faire l'objet d'une appréciation subjective, par exemple, si la personne est un travesti ou un métis. Dans la mesure où l'un des deux éléments composant le handicap fonde une exclusion, préférence ou distinction qui porte atteinte à un droit protégé, il faut conclure qu'il y a discrimination. »

2.2 La décision de la Cour d'appel

La Cour d'appel du Québec a rendu une décision unanime dans les affaires *Commission des droits de la personne (Mercier) c. Ville de Montréal* et *Commission des droits de la personne (Troilo) c. Ville de Boisbriand*³³, faisant ainsi le point sur la définition du terme « handicap » à l'article 10 de la Charte.

Dans le jugement rédigé par le juge Philippon, la Cour d'appel a infirmé les deux jugements du juge Brossard et rejeté l'intervention de la Communauté urbaine de Montréal.

La question en litige est formulée comme suit³⁴ :

« La protection contre la discrimination fondée sur le handicap s'applique-t-elle dans le cas d'une anomalie physique ou mentale qui n'occasionne aucune incapacité fonctionnelle? »

³² [1996] R.J.Q. 2063, 2080.

³³ 500-09-000601-955 et 500-09-000602-953, C.A.M., 13 février 1998. La Communauté urbaine de Montréal, qui en appelle de la décision de la juge Rivet dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Communauté urbaine de Montréal*, précitée note 31, est intervenue dans cet appel et soutient la position des intimées.

³⁴ *Idem*, p. 19.

Constatant que les pourvois donnent lieu essentiellement à un exercice d'interprétation, le juge Philippon rappelle, en s'appuyant sur des nombreuses décisions de la Cour suprême du Canada, les principes applicables en matière d'interprétation des lois sur les droits de la personne. Ces principes peuvent être résumés comme suit :

- les législations sur les droits de la personne ont un caractère fondamental et quasi constitutionnel assurant une suprématie de principe sur les lois ordinaires³⁵;
- de telles lois doivent être interprétées en recherchant l'objet afin de le mettre en application, ce qui exclut le recours à la méthode littérale d'interprétation des lois³⁶;
- ces lois sont assujetties à une obligation de conformité des normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁷³⁸;
- il est pertinent et utile de recourir aux normes internationales pour interpréter la Charte québécoise compte tenu de la similarité du langage utilisé et de l'importance accordée aux textes internationaux sur les droits de la personne dans le processus d'adoption de cette Charte³⁹;
- les tribunaux ont attribué un sens souvent identique aux dispositions similaires des différentes lois canadiennes sur les droits de la personne en raison de l'importance et de l'objet commun de ces textes⁴⁰;

³⁵ *Idem*, p. 27.

³⁶ *Idem*, p. 28.

³⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

³⁸ *Idem*, p. 29.

³⁹ *Idem*, p. 31.

⁴⁰ *Idem*, p. 31 et 32.

- la Cour suprême a jugé équivalentes les dispositions spécifiques des codes provinciaux qui prévoient un moyen de défense à la discrimination en emploi ou dans l'accès aux biens et services ordinairement offerts au public⁴¹.

Puis, en analysant les différentes décisions dans lesquelles la notion de la discrimination interdite a été définie, le juge Philippon constate que le concept de la perception de la discrimination a constamment été présent dans la jurisprudence sauf en ce qui concernait le handicap avant la modification apportée à la Charte en 1982⁴².

Quant au critère de discrimination interdit, le handicap, après analyse de l'historique législatif de cette disposition de la Charte et des textes de doctrine en traitant, le juge Philippon endosse une interprétation large et distincte du motif handicap dans la Charte en regard de la définition donnée à personne handicapée dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*⁴³ :

« En effet, à la différence de la LAEDPH, l'objet de [la Charte] n'est pas l'intégration des personnes handicapées dans la vie en société, mais plutôt la protection, conférée à toute personne, à l'encontre de la discrimination fondée sur le handicap entendu dans son acception la plus susceptible de permettre à la loi d'atteindre sa finalité spécifique, soit la protection contre les préjugés et stéréotypes privant les personnes qui en sont atteintes d'être considérées, dans l'emploi notamment, selon leurs mérites et capacités réels [...]. »

En comparant les termes utilisés dans différentes lois canadiennes sur les droits de la personne, « disability » ou « handicap » en anglais ou déficience, invalidité, incapacité ou handicap en français, le juge Philippon constate que, peu importe la terminologie utilisée, les tribunaux canadiens ont donné une interprétation large à ces notions. Cette approche souple a permis d'inclure des situations très diversifiées⁴⁴. Il constate que ces tribunaux ont vite écarté la notion d'intention d'exercer de la

⁴¹ *Idem*, p. 32 et 33.

⁴² *Idem*, pages 33 à 37.

⁴³ *Idem*, p. 43.

⁴⁴ « [...] des malformations congénitales, l'asthme, des difficultés d'élocution verbale, l'hypertension, l'obésité, la dépression nerveuse et, plus récemment, l'état de séropositivité relié à l'infection au VIH et la maladie du SIDA. » *Idem*, p. 44.

discrimination en faveur de l'examen des effets concrets d'une mesure; puis, ils ont considéré « *non seulement les fondements objectifs de certaines pratiques d'exclusion, soit l'existence réelle de caractéristiques (le sexe, la race, l'âge, etc.) protégées, mais également les perceptions purement subjectives et erronées de l'existence de telles caractéristiques.* »⁴⁵.

Le juge aborde aussi la question de l'exclusion d'une personne porteuse d'une anomalie lorsqu'elle se fonde sur l'état potentiel, sinon incertain, de sa condition future. La Cour d'appel applique en l'espèce l'énoncé de la Cour suprême dans l'affaire *Battlefords and District Co-op. c. Gibbs*⁴⁶ :

« Il serait contraire aux objets des lois sur les droits de la personne de soustraire une pratique à l'examen prévu par ces lois simplement parce que ses effets discriminatoires dépendent d'événements incertains. »

Selon la Cour d'appel⁴⁷ :

« En appliquant cet énoncé à l'espèce, l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap doit a fortiori inclure l'anomalie actuelle, même asymptomatique, qui donne lieu à des hypothèses sur la base desquelles l'exercice en pleine égalité d'un droit protégé est compromis dans l'immédiat, et donc nécessairement aussi dans l'avenir. »

La Cour d'appel fait également sienne l'interprétation donnée à l'article 15 de la *Charte canadienne* en ce qui a trait à la discrimination fondée sur les déficiences mentales ou physiques par les auteurs Lepofsky et Bickenbach⁴⁸ à l'effet que la perception du handicap est suffisante pour permettre un recours en vertu de cette charte puisque le paragraphe 1 de l'article 15 confère des droits à toute personne, pas uniquement aux personnes handicapées et que ce paragraphe interdit la discrimination fondée sur le handicap et non la discrimination envers les personnes handicapées. Compte tenu de la

⁴⁵ *Idem*, p. 45.

⁴⁶ [1996] 3 R.C.S. 566, 581.

⁴⁷ *Idem*, p. 49.

⁴⁸ D.M. LEPOFSKY et J. E. BICKENBACH, *Equality Rights and the Physically Handicapped*, dans A. F. BAYEFSKY et M. EBERTS, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, p. 323, à la p. 346.

décision de la Cour suprême dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*⁴⁹, cette interprétation de l'article 15 de la Charte canadienne devrait s'appliquer à l'article 10 de la Charte québécoise.

Cette approche confirme donc les décisions du Tribunal des droits de la personne qui ont reconnu la dimension subjective de la discrimination fondée sur le handicap. Toutefois, la Cour d'appel s'interroge sur la conclusion de la juge Rivet, présidente du Tribunal, dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. STCUM*⁵⁰, de refuser d'étendre la protection conférée au handicap à l'exclusion fondée sur l'état de santé. Cherchant comment définir ou circonscrire l'anomalie constitutive de handicap, ce qui permettrait d'en exclure la notion d'état de santé, la Cour examine cinq opinions ou tentatives de définition avant de conclure⁵¹ :

« Si utiles et pertinentes soient-elles, ces clarifications ne permettent cependant pas, à notre avis, de cerner avec une précision infaillible les questions qui, faisant appel à des distinctions subtiles, continueront de se poser dans certains cas d'espèces moins évidents. J'estime être incapable d'exclure l'état de santé tellement est vaste la maladie et variée son acception.

Ce n'est pas le rôle des tribunaux que d'ajouter au texte de la Charte en enfermant le concept de handicap dans une définition en quelque sorte étanche et dépourvue de souplesse. »

Finalement, après avoir conclut que dans les deux affaires, il y avait bien discrimination fondée sur le handicap, la Cour d'appel tranche la question de savoir si la démonstration d'un handicap requiert aussi la preuve, en demande, de limitations ou incapacités réelles reliées à l'anomalie ou à la caractéristique personnelle identifiée. S'appuyant sur la décision du juge Tellier dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Hôpital Rivière-des-Prairies*⁵², la Cour rappelle qu'en matière de discrimination, particulièrement en emploi, la Charte prévoit une démarche à deux volets. Dans un

⁴⁹ [1989] 1 R.C.S. 1038.

⁵⁰ Précité, note 32.

⁵¹ *Commission des droits de la personne (Mercier) c. Ville de Montréal et Commission des droits de la personne (Troilo) c. Ville de Boisbriand*, précité à la note 33, à la page 57.

⁵² Précitée, note 11.

premier temps, le demandeur n'est tenu qu'à une preuve *prima facie*, à savoir dans le cas d'un handicap que le demandeur est affecté d'une anomalie sur la base de laquelle on a porté atteinte à son droit à l'égalité en emploi. Dans un deuxième temps, l'employeur pourra, conformément aux exigences prévues à l'article 20 de la *Charte*, faire la preuve de limitations réelles qui empêchent une personne de fournir une prestation de travail. L'exclusion alors fondée sur les aptitudes et qualités requises par l'emploi pourra être réputée non discriminatoire en vertu de l'article 20⁵³.

Cette décision de la Cour d'appel aura permis de mettre fin, du moins l'espérons-nous, à plusieurs débats. En effet, non seulement la Cour d'appel affirme-t-elle clairement que la discrimination fondée sur le handicap vise tout autant le handicap objectivement constaté que l'exclusion fondée sur la perception d'un handicap, mais elle opte pour une interprétation souple et ouverte de la définition du handicap. Elle nous rappelle qu'il faut, en présence d'une anomalie physique ou mentale, non pas chercher à déterminer si cette anomalie est constitutive d'un handicap, mais plutôt déterminer si l'exclusion d'une personne sur la base de cette anomalie réelle ou perçue est justifiée en vertu des règles prévues à l'article 20 de la *Charte*.

Par ailleurs, on peut considérer que, suite à la décision de la Cour d'appel, la définition du handicap que s'était donnée la Commission, à savoir « *un désavantage résultant d'une déficience, soit une perte, une malformation, une anomalie...* »⁵⁴, pourrait être considérée comme trop limitative. En effet, il serait difficile de concilier cette définition qui exige la démonstration d'un désavantage avec la conclusion claire de la Cour, qu'en demande, seule la preuve *prima facie* de la présence d'une anomalie sur la base de laquelle on a porté atteinte au droit à l'égalité doit être établie par le demandeur et que toute preuve relative au désavantage ou aux limitations qui résultent de la déficience ou de l'anomalie n'intervient que dans le cadre de la défense de l'employeur en vertu de l'article 20.

3 L'EXAMEN PRÉEMBAUCHE

⁵³ *Commission des droits de la personne (Mercier) c. Ville de Montréal et Commission des droits de la personne (Troilo) c. Ville de Boisbriand*, précité note 33.

⁵⁴ Voir *supra*, note 8.

3.1 Droits fondamentaux et droit à l'égalité

Un examen médical comporte forcément des atteintes au droit à l'intégrité de sa personne et au droit au respect de sa vie privée. Le fait même de procéder à l'examen d'une personne est une atteinte à l'intégrité de celle-ci, comme le reconnaît le Code civil du Québec au Titre deuxième sous le chapitre premier intitulé « De l'intégrité de la personne » aux articles 10 et 11 :

« 10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, qu'elle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. [...] »

Quant aux informations obtenues à la suite d'un examen médical, que ce soit par les réponses aux questions posées à la personne examinée ou par les résultats de l'observation de la personne ou les résultats de tests, elles peuvent révéler tant des éléments de l'état physique ou psychologique d'une personne que des éléments de sa vie privée, accidents ou maladies antérieures personnelles ou de sa famille, ou encore certaines habitudes de vie. Ces atteintes ne sont toutefois pas illicites lorsqu'elles sont autorisées par le titulaire de ces droits. Tel est évidemment le cas lorsqu'un médecin traitant procède à cet examen à la demande du patient. Mais dans le cas d'un examen médical demandé par une tierce personne, l'employeur, se posent les questions suivantes : quels aspects de la vie privée d'un salarié ou d'un candidat à un emploi un employeur est-il autorisé à connaître? quelles informations le médecin qui agit à la demande d'un employeur doit-il lui transmettre?

Lorsqu'un employeur demande à une personne de subir un examen médical avant de procéder à son embauche, cet examen ne peut avoir lieu qu'avec le consentement « libre et éclairé » de cette personne. Avant l'embauche, la liberté contractuelle des parties est très grande. Le candidat n'est pas tenu de subir un examen médical, tout comme l'employeur peut refuser de l'embaucher, sauf pour des motifs discriminatoires.

Toutefois, la reconnaissance, tant dans le Code civil du Québec que dans la Charte, de l'inviolabilité de la personne humaine et du droit au respect de sa vie privée⁵⁵, droits fondamentaux auxquels on ne peut porter atteinte sans le consentement de la personne ou sans autorisation législative, peuvent également dans certaines circonstances limiter l'absolu de la liberté contractuelle.

Plus concrètement, on peut se demander si, en consentant à un examen médical en vue d'obtenir un emploi, une personne accepte ainsi de dévoiler l'ensemble de sa condition physiologique et de ses habitudes de vie à un médecin qui transmettra ces informations à l'employeur. Ce consentement est-il libre et éclairé? À moins que l'on ait précisé au candidat le contenu de l'examen médical, ce qui n'est généralement pas le cas, on ne peut présumer que le candidat ait donné un consentement aussi général. On pourrait considérer que le candidat à un emploi, lorsqu'il consent à subir un examen médical aux fins d'obtenir cet emploi, consent à un examen qui se limite à la détermination de sa capacité physique ou mentale d'effectuer le travail convoité.

La liberté contractuelle autorise, en principe, les parties à négocier tant l'objet que les conditions d'un contrat. Toutefois, le contenu de ce contrat devra respecter les règles législatives d'ordre public. Quant à la période précontractuelle, très peu de dispositions législatives ou réglementaires viennent l'encadrer, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail.

On admet généralement que l'employeur qui offre un emploi pourra sélectionner parmi les candidats sans devoir justifier son choix final. Toutefois, l'employeur ne peut exclure, distinguer ou préférer un candidat à l'embauche en se fondant sur un des motifs énumérés à l'article 10 de la Charte. En effet, l'article 16 de la Charte interdit d'exercer de la discrimination dans l'emploi et notamment dans l'embauche :

« 16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation... »⁵⁶

⁵⁵ L'inviolabilité de la personne est reconnu aux articles 10 et 11 C.C.Q et à l'article 1 de la Charte, art. 1 et le droit au respect de sa vie privée est reconnu à l'article 5 de la Charte et à l'article 35 C.C.Q.

⁵⁶ Voir notamment, *Commission des droits de la personne du Québec c. Cité de Magog*, (1983) 4 C.H.R.R. (...suite)

Même si la preuve qu'il y a eu discrimination dans l'embauche se fonde sur des éléments factuels qui se sont produits lors du processus de sélection des candidats, l'article 16 de la Charte ne sanctionne que le résultat de ce processus: le refus d'embauche discriminatoire.

L'article 18.1 de la Charte est par contre une disposition qui vise en soi une situation antérieure à la décision d'embaucher :

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

Il serait donc contraire à la Charte de faire remplir à des candidats, préalablement à l'embauche, des formulaires dans lesquels ils devraient donner toutes sortes de renseignements relatifs à leur état de santé.

Toutefois, après s'être assuré des qualifications d'un candidat, un employeur peut, avant de prendre la décision de l'embaucher, lui demander de subir un examen médical afin de vérifier s'il n'existe pas d'empêchement d'ordre médical à l'exécution de l'emploi. En conséquence, cet examen médical ne devrait avoir lieu qu'une fois que le candidat reçoit une offre d'embauche. Cette offre demeure toutefois conditionnelle au résultat dudit examen. Une telle procédure de recrutement s'impose afin d'éviter que l'employeur ne se serve de toutes sortes de renseignements relatifs à l'état de santé des divers candidats répondant, par ailleurs, aux exigences de l'emploi, pour pouvoir porter son choix sur celui qui serait le plus en santé.

D/1369 (C.S.), (refus d'embauche fondé sur le sexe); *Commission des droits de la personne du Québec c. Cité de Lachute*, C.S. Terrebonne, 700-05-000088-819, le 16 décembre 1981, (refus d'embauche fondé sur l'état civil) et *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Brossard*, [1988] 2 R.C.S. 279, (refus d'embauche fondé sur l'état civil); *Commission des droits de la personne (Martel) c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097, (refus d'embauche fondé sur le handicap).

L'examen médical demandé par l'employeur lors de son processus d'embauche est-il également visé par l'article 18.1? La présence d'un handicap chez un postulant peut être constatée lors d'une entrevue relative à un emploi ou déclarée dans un formulaire de demande d'emploi. Si tel n'est pas le cas, ou encore lorsque l'employeur veut s'assurer que le handicap déclaré ou constaté est compatible avec l'emploi postulé, il pourrait requérir du candidat qu'il se soumette à un examen médical. En ayant recours à un médecin pour évaluer les aptitudes physiques ou mentales d'un candidat à exercer un emploi, l'employeur agit par personne interposée pour recueillir les informations qui lui permettront d'en arriver à une décision. Si un examen médical n'est pas, à première vue, ce que l'on considère comme une « entrevue relative à un emploi » typique, il constitue toutefois un prolongement de celle-ci.

Un tel examen peut être apparenté à un exercice pratique ou à un test écrit permettant d'évaluer les connaissances ou les habiletés d'un candidat. Qu'il s'agisse d'un exercice, d'un test de connaissance ou d'un examen médical, nous croyons que ces situations sont couvertes par l'expression « lors d'une entrevue relative à un emploi » de l'article 18.1. Une telle interprétation permet d'assurer la reconnaissance effective du droit inscrit à cet article dont l'objectif est de limiter la cueillette de renseignements sur les motifs énumérés à l'article 10 de la Charte, en l'occurrence, le handicap. Cette interprétation est conforme à la règle élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears*⁵⁷ :

*« Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire.*

Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. »

⁵⁷ [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 547.

On ne saurait donc, lors d'un examen médical préembauche, faire des prélèvements ou des examens sans le consentement de la personne examinée. Une personne pourrait refuser certains examens en raison de sa condition particulière. Ainsi, une femme enceinte serait justifiée de refuser de subir des examens radiologiques même s'ils font partie de l'examen médical préembauche. C'est ce qui s'est produit dans un cas où suite à un processus de sélection, l'employeur, tout en précisant qu'il n'en avait pas le droit, a demandé à la candidate si elle était enceinte. La candidate fut retenue et un contrat conditionnel au résultat de l'examen médical fut signé. Lors de l'examen médical qui eut lieu quelques semaines après qu'elle ait débuté son travail, elle refusa de subir une radiographie parce qu'elle croyait être alors enceinte. Quant à l'effet de l'article 18.1, le juge Saint-Arnaud du Tribunal du travail dans *Roussel Canada inc. c. Cherkaoui*⁵⁸ déclarait :

« Dans les circonstances, il m'apparaît que, même dans l'hypothèse où la salariée connaissait sa grossesse lors de la signature du contrat d'emploi, rien ne lui créait une obligation de divulgation de son état. [...] »

Si aux yeux de la charte une personne, lors de l'entrevue d'embauche ne peut être interrogée à ce sujet ou être tenue de donner ce renseignement, elle ne peut sûrement pas y être tenue par la suite, a fortiori si la divulgation de ce motif aurait assurément enfreint ses droits, comme il découle ici de la preuve qu'elle n'aurait pas alors été embauchée pour ce motif. »

⁵⁸ [1991] T.T. 288, aux pages 293 et 294.

3.2 Le médecin désigné par l'employeur

Lors d'un examen médical préembauche, on ne peut donc requérir d'une personne des renseignements sur le handicap sauf s'il s'agit de vérifier si le candidat possède les aptitudes ou qualités requises par un emploi. Le médecin qui procède à l'examen ne pouvant avoir plus de droits que son mandant, l'employeur, il devra donc limiter la cueillette d'informations médicales à ce qui lui est nécessaire pour évaluer la capacité du candidat à accomplir l'emploi en question. La position de la Commission sur les obligations du médecin de limiter la portée d'un examen médical et sur la communication des résultats de cet examen étaient très claires :⁵⁹

« La meilleure façon pour un médecin contrôleur de s'abstenir d'obtenir d'un patient une révélation non pertinente à son travail semble être de circonscrire l'objet de son examen à ce qui est nécessaire pour déterminer la capacité d'une personne à faire son travail.

[...]

Nous croyons que le rapport du médecin devrait plutôt tendre à ne comporter que des recommandations à l'employeur de façon à ce que ce dernier puisse prendre une décision en ce qui concerne le travail de l'employé ou la capacité d'une personne à exercer un emploi. »

Ces principes, ainsi que ceux portant sur le fondement de l'exigence d'un examen médical, la notion de handicap dans la Charte et l'application des règles de déontologie des médecins aux médecins contrôleurs ou experts⁶⁰, ont été repris par le Collège des médecins du Québec dans le guide « *Les examens de préaffectation au travail* »⁶¹. Selon le Collège des médecins, la notion d'examen de préaffectation inclut non seulement l'évaluation médicale d'embauche mais également l'examen lors d'une ré-affectation ou lors d'un réaménagement des tâches en cours d'emploi et elle intègre la

⁵⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le respect des droits fondamentaux dans le cadre des examens médicaux en emploi*, 1987, cat. 115, p. 10.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *Les examens de préaffectation au travail*, Bureau du syndic, janvier 1997.

surveillance médicale continue lorsqu'un poste de travail comporte des risques pour la santé⁶². Voici un résumé des principes énoncés dans ce guide⁶³ :

1. la légitimité de l'examen médical de préaffectation repose sur l'existence d'un contrat de travail;
2. diverses lois dont la Charte, le *Code civil* ou la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, de même que le *Code de déontologie des médecins*, s'appliquent à ce type d'examen et le médecin doit s'y conformer;
3. les actes posés par le médecin mandaté par un employeur relèvent de l'exercice de la médecine et sont soumis au Code de déontologie⁶⁴, en particulier les règles énoncées aux articles 2.03.31 et 2.03.32; de plus, les autres règles déontologiques, le comportement du médecin, son indépendance professionnelle, ses obligations relatives à la compétence, le respect du secret professionnel, l'obtention d'un consentement libre et éclairé, s'appliquent également à la situation d'examens de préaffectation;
4. le concept de pertinence de l'examen s'évalue en fonction de deux notions : les caractéristiques requises pour remplir les fonctions et les risques reliés à un poste de travail; le médecin devra donc disposer d'une description détaillée du poste de travail et un risque hypothétique, minime ou négligeable ne permet pas d'exclure un candidat;
5. la discrimination fondée sur le handicap inclut la perception d'un handicap et l'inaccessibilité à un travail alors qu'un aménagement raisonnable (accommodement raisonnable) aurait pu être réalisé;
6. l'objet de l'évaluation : le médecin devrait bâtir le questionnaire médical de façon à éviter les questions qui feraient intrusion dans la vie privée du candidat tout en recherchant les indices passés ou actuels sur la présence d'un empêchement actuel à l'exécution des tâches; le questionnaire et l'examen devraient être spécifiques aux caractéristiques, sur le plan de la santé, nécessaires à l'exécution des tâches et en fonction des risques connus inhérents à un poste;
7. le rapport du médecin : le médecin peut s'acquitter de son mandat en fournissant une opinion qui peut prendre l'une des formes suivantes :

⁶² *Idem*, p. 6.

⁶³ *Idem*, pages 7 à 14.

⁶⁴ *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r.4.

- acceptation inconditionnelle du postulant;
 - acceptation malgré des limitations non entièrement incompatibles, accompagnée d'une description des limitations;
 - acceptation conditionnelle à un accommodement du poste;
 - refus en raison de déficiences résultant en une incompatibilité absolue;
8. le dossier est soumis aux mêmes règles que le dossier médical; cependant, la demande d'accès au dossier par le patient devrait être référée à l'employeur.

Il faut souligner que l'encadrement déontologique, tel qu'énoncé au point 3 de ces principes, renvoie particulièrement aux articles 2.03.31 et 2.03.32 du *Code de déontologie des médecins*⁶⁵. Ces dispositions se lisent comme suit :

« 2.03.31. Le médecin contrôleur ou le médecin expert qui examine un patient doit :

- a) faire connaître à ce patient le but de son travail;*
- b) s'abstenir d'obtenir de ce patient ou de lui faire toute révélation ou interprétation non pertinente à son travail;*
- c) s'abstenir, à moins qu'il n'y ait juste cause, d'une parole ou d'un geste susceptible de diminuer la confiance du patient envers son médecin;*
- d) communiquer son rapport à la personne ou à l'organisme qui a demandé l'examen de contrôle ou l'expertise.*

2.03.32. Le médecin d'entreprise ou le médecin contrôleur doit communiquer directement au médecin traitant du patient qu'il examine, avec l'autorisation de ce dernier, tout renseignement qu'il juge important à son traitement. »

Le médecin contrôleur ou expert est donc soumis à certaines règles particulières, règles qui tiennent compte du fait qu'il n'agit pas dans le cadre de la relation traditionnelle du médecin traitant puisqu'il n'obtient pas le mandat de la personne qu'il examine et que ce mandat ne vise pas à prodiguer des soins mais plutôt à obtenir une évaluation ou une expertise. Ainsi, tel que le précise l'article 2.03.32, s'il déce le lors de l'examen une condition qui requiert des traitements, il a l'obligation de communiquer avec le médecin traitant de la personne examinée si celle-ci l'y autorise. De plus, le fait

⁶⁵ *Idem.*

que le médecin contrôleur ou expert doive transmettre son rapport à la personne ou l'organisme qui a demandé l'examen constitue un autre élément déontologique qui illustre le caractère particulier de la relation entre la personne examinée et le médecin agissant à titre d'expert.

Cette initiative du Collège des médecins, à laquelle la Commission a été associée, contribuera à la promotion du respect des droits de la personne parmi ses membres. Le respect de ces principes par les médecins appelés à agir à titre d'expert pour un employeur devrait mieux garantir le respect des droits fondamentaux des salariés ou des candidats à un emploi tout en contribuant à éviter que des décisions d'embauche ou d'affectation puissent se prendre de façon discriminatoire.

4 L'EXAMEN EN COURS D'EMPLOI

4.1 Principes

Les principes applicables à l'examen médical préembauche s'appliquent à l'examen en cours d'emploi. Ainsi, l'existence d'un fondement juridique, le contrat de travail ou la loi, est toujours nécessaire et les limites relatives à la pertinence de l'examen en fonction des aptitudes requises par l'emploi s'appliquent à l'examen médical en cours d'emploi. Toutefois, comme le salarié est déjà à l'emploi de l'employeur, il est réputé être apte à accomplir ses fonctions. Il faut donc une justification particulière pour exiger du salarié qu'il se soumette à un examen médical. Généralement, trois situations justifient la demande d'un examen médical :

1. lorsque le travail effectué par le salarié comporte des risques d'atteinte à sa santé, l'employeur peut établir un système de surveillance médicale des salariés exposés à ces risques. D'ailleurs, des règlements adoptés en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* prévoient dans certaines circonstances des examens de santé préembauche et des examens de santé en cours d'emploi obligatoires⁶⁶;

⁶⁶ Paragraphe 13° de l'article 223 :

(...suite)

2. lorsqu'un salarié s'est absenté pour des raisons liées à sa capacité d'effectuer ses tâches, maladie ou accident par exemple, l'employeur peut vouloir s'assurer qu'il est en mesure d'effectuer ses tâches de façon sécuritaire pour lui-même, ses collègues ou le public. L'employeur peut alors demander au salarié un certificat médical attestant qu'il est en mesure de reprendre le travail. À défaut de certificat ou lorsque l'employeur a des raisons de croire que ce certificat n'est pas exact, il peut demander au salarié de se soumettre à un examen médical. Cet examen ne devrait alors porter que sur l'aspect de l'état de santé du salarié qui était la cause de son absence;
3. finalement, un examen médical pourrait être demandé à un salarié qui présente une attitude ou manifeste un comportement tellement inhabituel que l'employeur peut raisonnablement croire que le salarié n'est pas en mesure d'effectuer normalement son travail ou qu'il constitue une menace pour la sécurité de ses collègues de travail ou le public ou que cela représente un danger pour les biens de l'employeur.

4.2 Un aperçu de la jurisprudence arbitrale

C'est évidemment surtout en regard des examens médicaux en cours d'emploi que les arbitres ont eu à se prononcer.

« 223. La Commission peut faire des règlements pour :

[...]

13° *exiger, dans certaines circonstances qu'elle indique, un examen de santé préembauche ou des examens de santé en cours d'emploi, déterminer le contenu et les normes de ces examens, leur époque ou fréquence et la forme et la teneur du certificat de santé qui s'y rapporte, et exiger pour le travail qu'elle indique, un certificat de santé ainsi que la forme et la teneur de ce certificat; ».*

Voir à titre d'exemple, le *Règlement sur les examens de santé pulmonaire des travailleurs des mines*, c. S-2.1, r. 10.01, (1995) 127 G.O., partie II, p. 4444; le *Règlement sur les établissements industriels*, R.R.Q. 1981, c. S-2.1, r. 8; le *Règlement sur la protection des ouvriers travaillant avec de l'air comprimé*, R.R.Q. 1981, c. S-2.1, r. 14.

La décision de l'arbitre Marc Gravel dans *Catelli et Syndicat international des travailleurs de la boulangerie, confiserie et du tabac, section locale 333*⁶⁷ a dégagé les principes suivants :

- l'employeur peut exiger un examen médical s'il a des motifs raisonnables de le faire, tels que retour de maladie, d'accident de travail, pour s'assurer, de façon ponctuelle, que le salarié est en mesure d'accomplir son travail sans danger pour lui ou ses collègues et sans danger pour la propriété de l'employeur;
- l'employeur ne doit pas s'interposer entre ses droits d'entreprise et le droit fondamental au respect de la vie privée; il doit y avoir un fondement légal originant d'une obligation contractuelle ou d'une obligation découlant de la loi permettant de procéder à l'examen médical; cet examen n'est pas, en soi, une condition de travail;
- il faut être en présence d'une véritable pratique passée d'exigence d'un examen médical comme condition d'emploi et du maintien d'un emploi, pour considérer qu'il y a main levée du droit à l'inviolabilité de la personne.

Dans cette affaire, l'employeur avait déposé un grief suite au retrait du syndicat d'un programme conjoint d'ergonomie au sein duquel l'employeur voulait inclure un examen médical; l'arbitre Gravel conclut en ces termes :

« En résumé, nous concluons que l'employeur n'a aucun fondement légal et juridique d'exiger, sous peine de sanction disciplinaire, que ses salariés se soumettent sans motif valable, et il n'y en a pas dans le présent cas, à un examen médical, soit par le médecin de l'employeur, soit par le médecin choisi par l'employé, mais à ses frais alors, puisque cette exigence d'un examen médical ne constitue pas, premièrement, une condition de travail, et deuxièmement, va à l'encontre des droits fondamentaux du citoyen, tout salarié de l'entreprise qu'il soit. »

Dans *Association des policiers et pompiers de la ville de l'Ancienne-Lorette inc. et Ville de l'Ancienne-Lorette*⁶⁸, l'arbitre Alain Larocque affirme qu'on ne peut renoncer de façon globale par la convention collective

⁶⁷ [1985] T.A. 306.

aux droits fondamentaux reconnus par la Charte et que l'intervention de l'employeur dans la vie privée de ses salariés doit reposer sur des raisons valables. En l'occurrence, il a été décidé que la clause de la convention collective qui permettait à l'employeur d'exiger en tout temps un examen médical afin de s'assurer que la condition physique et l'état de santé d'un salarié est compatible avec l'exercice de ses fonctions, ne permettait pas à l'employeur d'exiger de l'ensemble de ses salariés qu'ils se soumettent à un examen médical. Les parties à la convention collective avaient limité le pouvoir discrétionnaire de la ville aux cas d'inaptitude ou d'incapacité liées à la santé ou la condition physique d'un salarié. En l'absence d'une quelconque preuve qu'il y ait des problèmes liés à la condition physique ou à l'état de santé de l'ensemble des policiers ou en l'absence d'une preuve que les tâches ont été modifiées au point de justifier un examen médical pour tous, l'employeur ne pouvait exiger un tel examen.

Dans *Syndicat des travailleurs de l'industrie du fibre de Chambly inc. et Bennett Fleet inc.*⁶⁹, on a annulé l'exigence d'un examen médical prévue dans un affichage de poste parce que cette exigence, non prévue à la convention collective, ne visait pas une situation précise et individuelle et qu'elle équivalait à instaurer un système de santé préventif de la seule initiative de l'employeur.

5 LA COMMUNICATION DES RÉSULTATS DE L'EXAMEN

5.1 La communication des résultats à l'employeur

⁶⁸ [1990] T.A. 738; requête en évocation rejetée, *Ville de l'Ancienne-Lorette c. Association des policiers et pompiers de la ville de l'Ancienne-Lorette inc.*, D.T.E. 91T-240.

⁶⁹ [1990] T.A. 470.

Le médecin expert ou contrôleur, tout en agissant à la demande d'un employeur, demeure assujéti à son code de déontologie puisqu'il pose alors des actes de nature médicale⁷⁰. Puisque le médecin désigné par l'employeur reçoit un mandat de vérifier l'aptitude d'un candidat ou d'un salarié à effectuer ses tâches, le résultat de son expertise devrait donc se limiter à émettre son opinion professionnelle sur le fait que la personne examinée possède ou non ces aptitudes. Il ne s'agit donc pas pour le médecin de rendre compte à l'employeur de tous les aspects relatifs à l'état de santé de la personne examinée. Les quatre types de recommandations proposées par le Collège des médecins⁷¹ nous apparaissent concilier à la fois le respect des obligations déontologiques des médecins et le respect des droits fondamentaux et du droit à l'égalité des candidats et des salariés :

- acceptation inconditionnelle du postulant ou du salarié;
- acceptation malgré des limitations non entièrement incompatibles, accompagnée d'une description des limitations;
- acceptation conditionnelle à un accommodement du poste;
- refus en raison de déficiences résultant en une incompatibilité absolue;

Par ailleurs, dès lors qu'une personne invoque son propre état de santé dans une instance judiciaire, il sera possible d'utiliser les informations médicales que l'on détient sur celle-ci ou encore demander, en vertu de l'article 399 du *Code de procédure civile*, l'examen médical de cette personne⁷².

5.2 La communication des résultats au salarié

C'est avec raison que le Collège des médecins du Québec⁷³ précise que la demande du patient d'avoir accès au rapport médical suite à un examen fait à la demande de l'employeur devrait être

⁷⁰ Voir *supra*, section 3.2, Le médecin désigné par l'employeur.

⁷¹ Collège des médecins, *op. cit.*, note 40.

⁷² Voir *Banque Laurentienne du Canada c. Perron*, (1992) R.D.J. 217 (C.A.); *Union des employés du transport local et industries diverses, local 931 c. Delécolle*, (1990) R.D.J. 227 (C.A.); par contre, un simple allégué qu'un congédiement ait causé du stress, de la nervosité excessive ou du manque de sommeil, ne rend pas l'état de santé de la personne qui allègue ces faits au coeur d'un litige qui porte sur un congédiement, d'autant plus que ces faits sont postérieurs au congédiement, *Olivier c. Jules A. Roberge*, J.E. 95-1140 (C.Q.).

référée à l'employeur. En effet, c'est l'employeur qui a demandé l'expertise et qui détient ce rapport. À la différence du dossier médical établi dans le cadre d'une relation classique entre le patient et son médecin traitant, le dossier établi dans le cadre d'un examen médical relatif à un emploi est un dossier d'expertise constitué à la demande de l'employeur. C'est donc à l'employeur qu'il revient au premier chef de donner accès au dossier de la personne concernée à moins qu'il puisse invoquer une des exceptions prévues dans l'une ou l'autre loi sur la protection des renseignements personnels⁷⁴. Par ailleurs, lorsque l'employeur ne donne aucune suite à la demande du salarié, sans indiquer s'il autorise l'accès ou le refuse, le médecin serait justifié, en vertu des articles 4.01 et 4.02 de son Code de déontologie⁷⁵, de transmettre au patient ou à un tiers les informations pertinentes du dossier⁷⁶.

La Commission d'accès à l'information a rendu quelques décisions qui reconnaissent le droit d'accès à l'évaluation médicale préembauche par un candidat refusé⁷⁷ ou à l'évaluation médicale en cours d'emploi⁷⁸.

CONCLUSION

⁷³ Collège des médecins du Québec, *op. cit.*, note 40.

⁷⁴ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1.

⁷⁵ *Code de déontologie des médecins*, précité, note 43 :

« 4.01. Sur demande du patient, le médecin doit remettre au médecin, à l'employeur ou à l'assureur que le patient lui indique, les informations pertinentes du dossier médical qu'il tient à son sujet ou dont il assure la conservation.

4.02. Sauf quand cela est préjudiciable à la santé du patient, le médecin doit respecter le droit de ce patient de prendre connaissance des documents qui le concernent dans tout dossier constitué à son sujet et d'obtenir une copie de ces documents. »

⁷⁶ D'autres questions peuvent se poser notamment quant à l'accès à l'ensemble du dossier constitué par le médecin contrôleur ou expert ou quant à la propriété de ce dossier. Ces questions feront l'objet d'une étude distincte de la Commission.

⁷⁷ *Mercier c. Ville de Montréal*, [1992] C.A.I. 189; la CAI a reconnu ce droit même si la candidate avait indiqué son intention de déposer une plainte à la Commission des droits de la personne.

⁷⁸ *Beaulieu c. Office municipal d'habitation de Montréal*, [1995] C.A.I. 58.

La question des examens médicaux en emploi comporte des enjeux majeurs tant pour les salariés ou les candidats à un emploi que pour les employeurs.

Pour l'employeur qui veut s'assurer que le candidat qu'il choisit est apte physiquement et mentalement à effectuer les tâches qui lui seront confiées, le recours à un examen médical s'avère un outil important. Cela vaut aussi pour les salariés qui sont déjà à son emploi. En raison des avantages sociaux qu'il offre parfois mais surtout en regard des responsabilités en regard de la santé et de la sécurité des salariés qu'il doit assumer, l'employeur a, dans certains cas, un intérêt certain à vérifier les aptitudes physiques et mentales d'un candidat ou d'un salarié.

Pour le candidat à un emploi ou pour le salarié, les enjeux sont tout aussi importants. La reconnaissance de son droit à l'égalité dans l'embauche ou dans ses conditions de travail, droit d'une nature spéciale, quasi constitutionnelle, peut être compromise, sinon détruite, si par le moyen d'un examen médical on exclut des personnes sur la base de risques potentiels mais non réels ou sur la base d'un risque qui ne constitue pas une qualité ou une aptitude requise par l'emploi. De plus, au chapitre des droits fondamentaux, il serait inacceptable qu'un salarié ou un candidat à un emploi doive globalement renoncer à la reconnaissance de ses droits dans des domaines aussi précieux pour chaque individu que l'intégrité de sa personne ou le respect de sa vie privée.

Ces enjeux importants ne s'opposent pas nécessairement. La Charte, en harmonie avec d'autres règles de droit, nous invite à concilier les besoins des employeurs avec les droits des salariés. De façon plus précise, en matière d'examen médicaux en emploi, les principes suivants peuvent être dégagés :

1. Examen préembauche

- L'examen préembauche devrait être consécutif à une offre d'emploi formelle mais conditionnelle au résultat de cet examen;

- cet examen ne devrait porter que sur les aspects de la santé du candidat qui peuvent constituer une inaptitude ou une incapacité totale ou partielle du candidat à exercer ses fonctions;

2. Examen en cours d'emploi

- Des circonstances particulières doivent justifier l'exigence d'un examen médical :
 - lorsque le travail effectué par le salarié comporte des risques d'atteinte à sa santé;
 - lorsqu'un salarié s'est absenté pour des raisons liées à sa capacité d'effectuer ses tâches;
 - lorsqu'un salarié présente une attitude ou manifeste un comportement tellement inhabituel que l'employeur peut raisonnablement croire que le salarié n'est pas en mesure d'effectuer normalement son travail ou qu'il constitue une menace pour la sécurité de ses collègues de travail ou le public ou que cela représente un danger pour les biens de l'employeur;
- cet examen ne devrait porter que sur les aspects de la santé du salarié qui peuvent constituer une inaptitude ou une incapacité totale ou partielle du salarié à exercer ses fonctions;

3. Le médecin expert ou contrôleur

- Le médecin désigné par un employeur pour procéder à un examen médical demeure assujéti aux règles déontologiques de sa profession; l'adhésion aux principes formulés par le Collège des médecins du Québec sur les examens médicaux de préaffectation au travail devrait permettre de mieux garantir le respect des droits de la personne examinée;

4. La communication des résultats de l'examen

- Le résultat de l'expertise du médecin désigné par l'employeur devrait se limiter à émettre son opinion professionnelle sur le fait que la personne examinée possède ou non les aptitudes ou qualités requises par l'emploi; cette opinion devrait prendre l'une ou l'autre des formes suivantes :
- acceptation inconditionnelle du postulant ou du salarié;
 - acceptation malgré des limitations non entièrement incompatibles, accompagnée d'une description des limitations;
 - acceptation conditionnelle à un accommodement du poste;
 - refus en raison de déficiences résultant en une incompatibilité absolue.