

# Le sida en milieu de travail\*

Dominique CADIEUX  
Claude D'AOUST

<b>INTRODUCTION:</b> Les rapports juridiques du salarié sidatique en milieu de travail .....	770
<b>LA TRANSMISSION DU VIRUS DU SIDA: DONNÉES BIO-MÉDICALES</b> .....	773
<b>LE SIDA EST-IL UN HANDICAP AU SENS DE LA LOI? ..</b>	779
<b>LE SIDA EN DROIT AMÉRICAIN</b> .....	791
<b>LA JURISPRUDENCE CANADIENNE</b> .....	795
<b>LES TESTS DE DÉPISTAGE DU SIDA: LÉGALITÉ, NÉCESSITÉ, OPPORTUNITÉ</b> .....	799
<i>Les tests de dépistage à l'embauchage</i> .....	800
<i>Les tests de dépistage en cours d'emploi</i> .....	808
<b>LES PROBLÈMES RELATIFS AUX TIERS</b> .....	810
<i>Les collègues de travail</i> .....	810
<i>Clients, fournisseurs, bénéficiaires et sous-traitants</i> .....	812
<b>CONCLUSION</b> .....	817

---

\* École de relations industrielles, Université de Montréal. Nous remercions les professeurs Gilles Trudeau et François Chevette, de l'Université de Montréal, qui ont lu et commenté ce travail. Nous assumons la responsabilité du contenu de la version finale.

Le sidatique demeure, cela va de soi, un citoyen à part entière dans le sens que sa capacité juridique n'est pas diminuée: il demeure apte à contracter des obligations et à devenir titulaire de droits. La règle vaut tout autant pour le passé et il demeure tenu aux obligations contractées antérieurement tout comme il peut exiger paiement des obligations qui lui sont dues. En d'autres mots son patrimoine — à l'actif comme au passif — n'est pas modifié du seul fait de son état de santé hypothéqué, si l'on peut s'exprimer ainsi, par la présence du virus du sida dans son organisme<sup>1</sup>.

Sa capacité peut cependant être diminuée en pratique si un cocontractant résilie le contrat qui les liait jusqu'alors ou si les tiers refusent de contracter avec lui ou avec celui qui est en rapport avec lui. Le bail d'immeuble à logement illustre bien cette problématique. Si la liberté contractuelle du sidatique est, au plan des faits, brimée par l'attitude d'autrui, il y a lieu de déterminer dans quelle mesure il s'agit de discrimination prohibée par la loi et dans quelle mesure celle-ci protège la personne qui en serait victime. Nous reviendrons sur ce point dans le corps de notre exposé.

Pour l'instant, il importe d'explicitier notre propos. Tous les rapports juridiques ne nous intéressent pas; au contraire, seuls nous concernent les rapports nés du contrat individuel de travail ou ceux qui s'établissent avec des tiers à l'occasion de sa conclusion ou de son exécution.

Le contrat individuel de travail est source d'obligations tenant chaque partie à l'égard de l'autre, puisqu'il est nécessairement synallagmatique ou bilatéral. La prestation de travail et sa contrepartie, la rémunération, sont en effet des éléments *essentiels* du contrat de travail, mais ils ne sont pas les seuls. Mentionnons aussi, pour mémoire, l'obligation de sécurité de l'employeur et l'obligation de loyauté du salarié. Il s'ensuit que le contenu obligationnel du contrat<sup>2</sup> délimite le pouvoir de l'employeur d'imposer sa volonté au salarié, que ce soit par le règlement intérieur de portée générale ou par une directive particulière. Toute action du salarié, tout événement touchant la personne du salarié qui

1. La question de savoir s'il jouit pleinement de certaines facultés — comme celle de contracter mariage — ou de certaines libertés fondamentales — comme la liberté d'action (particulièrement dans la sphère des relations sexuelles) — n'entre pas dans le cadre de cette étude. Pour intéressante qu'elle soit, cette question se situe hors du cadre obligationnel déterminé par les rapports juridiques du travail.
2. Nous ignorons, sauf mention expresse à l'effet contraire, la convention collective qui a pour effet, en ce qui concerne le salarié pris individuellement, de préciser les obligations fondamentales nées du contrat de travail, sans en modifier la nature. La convention collective peut contenir des dispositions relatives à des conditions de travail qui dépassent le contenu obligationnel du contrat de travail, mais cela déborde l'objet de notre étude.

n'est pas relié à la prestation de travail ou à tout autre droit ou obligation résultant du contrat de travail échappe au contrôle de l'employeur<sup>3</sup>. Par contrôle, nous entendons toute mesure allant de l'enquête en vue de connaître les faits jusqu'à la décision motivée par ceux-ci<sup>4</sup>.

Quant à l'autorité patronale fondée sur la subordination juridique<sup>5</sup>, élément essentiel et critère distinctif du contrat de travail, sa limitation est à la mesure de sa source juridique. La subordination juridique, en effet, porte sur le choix des méthodes de travail (matériaux, outils, technologie, division du travail, horaires, etc.); elle est indissociable de l'obligation d'exécution du salarié et, partant, du contrat de travail lui-même. Le raisonnement est ici le même que celui du paragraphe précédent: l'étendue du pouvoir patronal est restreinte à l'aire contractuelle, indépendamment de l'angle sous lequel la question est présentée.

Le contrat de travail, toutefois, ne s'exécute pas sous vide. Les salariés ont entre eux des relations, que ce soit par la division du travail ou le simple regroupement dans un même lieu de travail. De là se forment un groupe social et des rapports, formels ou non, juridiques ou extra-juridiques<sup>6</sup>. Les salariés sont des tiers les uns par rapport aux autres, n'étant pas liés contractuellement. Cela n'exclut pas cependant

3. Sur cette question en général, voir: Michel DESPAX, «La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail», *J.C.P.* 1963 I 1776. Il n'en faut pas conclure que la cloison entre vie privée et vie professionnelle soit étanche. Le critère est le lien entre la conduite privée de la personne et l'effet qui en découle sur son travail, et ce, même dans la sphère des activités protégées par la législation sur les droits de la personne: *Caldwell et al. c. The Catholic Schools of Vancouver Archdiocese et al.*, [1984] 2 R.C.S. 603, [1985] C.H.R.R. parag. 21796 (enseignante dont le contrat n'est pas renouvelé à cause de son mariage civil avec un divorcé).
4. La faculté de s'enquérir des faits et d'en tirer les conséquences juridiques est encadrée également par l'ordre public et la législation protégeant les libertés fondamentales. Nous y reviendrons.
5. Voir: Marie-France BICH, «Le pouvoir disciplinaire de l'employeur», (1988) 22 *R.J.T.* 85, 92. Par ailleurs, la thèse institutionnelle tire de la fonction de chef d'entreprise les pouvoirs inhérents nécessaires à l'exercice de cette fonction, de manière à atteindre la finalité de l'entreprise. Le pouvoir disciplinaire est inhérent à la qualité de chef d'entreprise. Par voie de conséquence, l'autorité patronale se trouve limitée, dans ses manifestations, à la qualité de l'entreprise. Ainsi, la thèse institutionnelle nous conduit — pour ce qui nous occupe présentement — à la même conclusion que la thèse contractuelle. Sur la thèse institutionnelle, consulter: Paul DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, tome premier, Paris, Dalloz, 1947. Promoteur, en France, de la théorie institutionnelle, Durand n'en reconnaît pas moins que les pouvoirs du chef d'entreprise se limitent à la relation nécessaire entre la décision et la poursuite de la finalité de l'institution (notamment aux nos 348 et 354 à 356). Sur ce point, les thèses contractuelle et institutionnelle coïncident étroitement.
6. Voir: Claude D'AOUST, Sylvain ST-JEAN et Gilles TRUDEAU, «L'obligation de civilité du salarié», (1986) 41 *Relations industrielles* 157.

toute obligation légale et il n'est pas inconcevable, au plan conceptuel, qu'un salarié soit légalement responsable du dommage causé à autrui — en l'occurrence son compagnon de travail ou collègue — en vertu de l'article 1053 du Code civil; de même l'employeur serait légalement responsable du dommage ainsi causé par l'application de l'article 1054 C.c.<sup>7</sup>.

Au-delà du droit commun, des obligations légales s'imposent à l'employeur à l'égard de ses employés. Certaines d'entre elles peuvent entrer en opposition selon que le titulaire du droit correspondant est le salarié atteint du sida ou un autre salarié (ou un groupe de salariés).

En premier lieu, l'employeur est tenu légalement de protéger la santé et la sécurité de ses salariés et d'éliminer la source de tout danger menaçant leur santé et leur sécurité<sup>8</sup>. Par conséquent, dans la mesure où le sida représente un danger réel pour ses compagnons de travail, l'employeur serait justifié de l'éloigner du milieu de travail. Il nous faudra distinguer ici selon que le danger résulte directement de la possibilité que le virus se transmette à un compagnon de travail ou collègue, à l'occasion de l'exécution des activités normales du travail ou selon que la capacité de travail de la personne atteinte soit affectée de telle sorte qu'elle ne puisse plus, sans danger pour autrui, fournir sa prestation de travail. Dans un cas comme dans l'autre, une question de fait est à déterminer avant tout: résulte-t-il un danger réel de la présence du sida en milieu de travail? Cette question doit être examinée *in abstracto* et *in concreto* avant que la question de droit ne puisse être tranchée.

Par contre, la législation protège le salarié contre les attitudes discriminatoires de l'employeur. Elle le protège aussi contre le harcèlement dont il serait victime de la part de ses compagnons de travail. Bien plus, l'employeur est responsable du préjudice résultant du harcèlement commis par ses employés à l'égard d'un compagnon de travail<sup>9</sup>. Le

7. Les articles 438 et suivants de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001 excluent pratiquement toute application de ces dispositions légales. Cette réserve étant faite, nous estimons légitime notre cheminement, à savoir la présentation *schématique* des droits et obligations des divers acteurs présents en milieu de travail.

8. Voir par exemple l'article 51 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1:

«L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique du travailleur. [...]»

9. Par exemple, voir: *Hinds c. Canadian Employment and Immigration Commission*, 88 CLLC parag. 17029 (Canadian Human Rights Tribunal); *Gervais c. Agriculture Canada*, 87 CLLC parag. 17014 (Canadian Human Rights Tribunal); *Robichaud c. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 R.C.S. 84, arrêt commenté à (1987-88) 33 *McGill Law Journal* 194. Sur la nécessité d'une politique interne à l'égard du sida en milieu de travail, voir: Hem C. JAIN, «Aids: Need for Policy in the Workplace», (1989) 44 *Relations industrielles* 850.

rejet du sidatique par le groupe de travail et ses manifestations — pétitions, harcèlement, ostracisme, etc., — ne sauraient à eux seuls constituer une juste cause de renvoi.

Passons maintenant aux tiers qui sont en relations avec l'employeur du salarié sidatique autrement que par un lien d'emploi. Ce peuvent être des sous-traitants ou leurs employés, des fournisseurs, des techniciens d'entretien, des clients ou des bénéficiaires. Il peut s'agir encore d'un franchiseur, d'un fabricant dont les produits sont distribués par des concessionnaires ou d'un donneur d'ouvrage. Supposons que l'un de ceux-ci fasse pression sur l'employeur pour qu'il se départisse des services du sidatique. La réponse demeure la même: l'exercice d'une telle pression ne peut à lui seul constituer un motif valable de renvoi. La question demeure toujours de savoir si la condition médicale du salarié affecte la qualité de sa prestation de travail. De plus, il reste à voir dans quelle mesure l'employeur serait responsable de l'attitude discriminatoire de ces tiers par comparaison à sa responsabilité à l'égard de l'attitude fautive de ses propres employés.

Tel est notre cadre d'analyse. Mais avant d'aborder l'étude proprement juridique de notre sujet, il importe d'en savoir davantage sur le sida lui-même, sa cause, ses effets, sa transmissibilité et autres données bio-médicales sans lesquelles l'analyse ne saurait qu'être abstraite, c'est-à-dire reposer sur des hypothèses qui n'auraient peut-être aucun fondement dans la réalité.

## LA TRANSMISSION DU VIRUS DU SIDA: DONNÉES BIO-MÉDICALES

Le syndrome d'immunodéficience acquise (Sida) est une maladie du système immunitaire causée par un rétrovirus appelé VIH (virus d'immunodéficience humaine ou HIV pour *Human Immunodeficiency Virus*)<sup>10</sup>. Toutefois, un deuxième virus a été découvert, le VIH II<sup>11</sup>. Ce

10. Il existe différentes appellations du virus responsable du sida. Antérieurement, il était nommé *HTLV-III (Human T-cell lymphotropic virus type III)* ou *LAV (Lymphadenopathy-associated virus)*. Actuellement, *HIV* ou *VIH* est le sigle reconnu par le comité international de l'Organisation mondiale de la santé. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *Aids: A Handbook for Professionals*, Toronto, Carswell Company Limited, 1989, p. 3, 8, 28, 45, 53 et 163; Donald P. FRANCIS et James CHIN, «The Prevention of Acquired Immunodeficiency Syndrome in the United States», (1987) 257 *JAMA* 1357; Robert MILKO, «*Le Sida*», Bulletin d'actualité, Division des sciences et de la technologie, Service de la recherche, Université de Montréal, le 23 octobre 1985, révisé le 20 mai 1987, p. 2; F.J. BENNETT, «Aids a Social Phenomenon», (1987) 25 *Social Science and Medicine* 529.

11. Voir: Robert MILKO, *op. cit.*, p. 2; Luc MONTAGNIER, «*Sida-les faits et l'espoir*», 2<sup>e</sup> édition, nouvelle mise au point de l'Institut Pasteur, Paris, 1987, p. 6; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 4.

dernier est similaire au VIH, à quelques différences près. Bien que ce virus provoque les mêmes manifestations cliniques que le sida, il n'est pas toujours possible de le détecter par les tests sérologiques utilisés pour le dépistage des anticorps produits par l'organisme en réaction à la présence du VIH<sup>12</sup>, ce qui n'est pas sans poser de sérieux problèmes de dépistage, au plan bio-médical. Sauf observation contraire, nous ferons abstraction, dans les paragraphes qui suivent, de cette différenciation.

Le virus du sida s'attaque à un certain type de globules blancs, les lymphocytes. Ces derniers sont responsables du fonctionnement de notre système immunitaire. En effet, ils constituent notre moyen de défense contre toute intrusion d'agents extérieurs nuisibles à notre organisme. On distingue deux types de lymphocytes: les lymphocytes B et T. Le premier type s'attaque aux envahisseurs au moyen d'une substance appelée anticorps tandis que le deuxième les attaque directement. Les lymphocytes T4, qui coordonnent l'activité des lymphocytes B et T, sont la principale cible du virus du sida. Ce dernier s'introduit dans le lymphocyte T4 et s'empare du système de production afin de se reproduire. Après la naissance de cent à deux cents nouveaux virus, le lymphocyte éclate et meurt. Il s'ensuit un affaiblissement des moyens de défense, autrement dit, une immunodéficience<sup>13</sup>. Le VIH peut aussi infecter directement des cellules nerveuses et cérébrales ou causer indirectement des dommages irréversibles aux centres de contrôle et au système nerveux central<sup>14</sup>.

Une personne qui a été exposée au virus, dite séropositive, peut demeurer porteuse sans symptômes (probabilité de 50 à 70%) en ce sens que le virus reste inactif (c'est-à-dire que le virus est présent dans l'organisme sans qu'apparaissent les symptômes de la maladie)<sup>15</sup>. L'individu peut également développer le syndrome de lymphadénopathie

12. Voir: Robert MILKO, *op. cit.*, p. 7; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 6.

Pour des raisons pratiques, nous utiliserons dans cette étude l'appellation VIH, à moins qu'il soit nécessaire de préciser qu'il s'agit du VIH ou du VIH II.

13. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 4, 8, 19 et 28; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 2; Donald P. FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1357-1358; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 1, p. 1.

14. Voir: Robert MILKO, *op. cit.*, p. 2; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 2.

15. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 26; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 10; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 4, p. 1; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 54; Daniel CARPENTIER, *Le Sida et le respect des droits et libertés de la personne*, Commission des droits de la personne du Québec, n° de cat. 120-12, 1988, p. 1.

prolongée (SLP) (probabilité de 10 à 20%) connu aussi sous le nom de syndrome associé au sida (SAS) ou ARC (*Aids Related Complex*)<sup>16</sup>. Ce sont des formes mineures de l'infection par VIH qui se traduisent par une augmentation du volume des ganglions en plusieurs endroits du corps et de façon durable, une perte de poids supérieure à 10% , une montée de fièvre, une sudation nocturne, l'apparition de formes graves d'herpès ou de muguet<sup>17</sup>. Ces manifestations ne sont pas spécifiques au sida. Ce qui amène à penser à une forme mineure du sida, c'est leur caractère persistant et inexplicable chez une personne séropositive. Comme dernière possibilité, le virus développe la maladie du sida (probabilité de 10 à 30%) dont l'issue est fatale<sup>18</sup>. Le sidatique est atteint d'infections opportunistes ou de certains cancers. Les plus courants sont la pneumocystis carinii, forme rare de pneumonie (infection opportuniste) et le sarcome de Kaposi (un type de cancer de la peau)<sup>19</sup>.

D'après les recherches effectuées sur les personnes infectées et qui appartiennent à l'une des trois catégories décrites ci-dessus, le virus a été retrouvé dans le sang<sup>20</sup>, le sperme<sup>21</sup>, les sécrétions vaginales<sup>22</sup> et autres liquides corporels tels que les larmes, la salive, etc<sup>23</sup>.

16. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 54; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 26; Daniel CARPENTIER, *op. cit.*, p. 1; Muriel DUNCAN, «Facts about Aids», *The Observer*, janvier 1988, p. 25.
17. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 27; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 10; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 8 et 29; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 4, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25.
18. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 26; Daniel CARPENTIER, *op. cit.*, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 54.
19. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 28; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 10 et 11; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 4, p. 1; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 8, 19 à 27, 34; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25.
20. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6, 29, 54; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 6, p. 1 et n° 2, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Donald P. FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358.
21. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6, 29 et 54; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 3; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 2, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358.
22. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358.
23. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6, 29, et 54; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 3; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 6, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358.

Selon la théorie bio-médicale, le sida est une maladie transmissible mais peu contagieuse. Elle se propage *principalement* par le sang et les sécrétions génitales. Ainsi, en pratique, cinq situations permettent la transmission du virus:

- 1- les relations sexuelles par pénétration vaginale ou anale non protégées, si l'un des partenaires est infecté<sup>24</sup>;
- 2- la transfusion de sang ou de sous-produits sanguins infectés<sup>25</sup>;
- 3- l'échange de seringues ou d'aiguilles non stérilisées entre personne dont l'une est infectée<sup>26</sup>;
- 4- la grossesse, par voie transplacentaire, l'allaitement et l'accouchement<sup>27</sup>;
- 5- la greffe d'organe dont le donneur est porteur du virus<sup>28</sup>.

Il est impératif de souligner que la transmission nécessite une quantité minimum du virus (ou «seuil») pour provoquer une infection. Ainsi, même si le virus a été découvert dans la salive, la sueur et les larmes, ces sécrétions ne représentent qu'un risque théorique, car la

- 
24. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6, 8, 29 et 53; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 11; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 4; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; F.J. BENNETT, *loc. cit.*, p. 531; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 5, p. 1. Les contacts bucco-sexuels peuvent transmettre également le virus du sida si l'un des partenaires est infecté. Cependant, les rapports par voie anale et vaginale favorisent davantage la transmission du virus, étant donné la fragilité des muqueuses. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 11.
25. Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1985, la Société canadienne de la Croix-Rouge soumet tous les donneurs de sang à des tests sérologiques qui permettent de déceler les anticorps du VIH. Ainsi, les receveurs ne devraient plus courir de risque. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6, 8, 29, et 53; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 12; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 4; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 5, p. 1; F.J. BENNETT, *loc. cit.*, p. 532.
26. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 3, 6 à 8, et 53; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 12; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358; F.J. BENNETT, *loc. cit.*, p. 532; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 5, p. 1; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 4 à 6.
27. Actuellement, les recherches bio-médicales n'ont pu vérifier la transmission du VIH II par voie transplacentaire. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 3, 6, 28 et 53; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 12; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 4; F.J. BENNETT, *loc. cit.*, p. 531; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 5, p. 1.
28. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 28; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 5, p. 1.

quantité de virus reste généralement au-dessous du seuil nécessaire pour provoquer l'infection<sup>29</sup>.

Le VIH est un virus fragile et sensible. En effet, il ne survit pas en dehors du corps humain. Il est très sensible au savon, à l'eau de javel diluée à 10%, à l'alcool et il ne survit pas à une température de plus de 60°C<sup>30</sup>.

Relativement aux conditions de la transmission du virus énoncées ci-dessus et malgré que certains aspects de cette maladie demeurent mystérieux, les experts sont unanimes à dire que le virus ne peut se transmettre par des activités usuelles telles le contact avec le bouton de porte, un siège de toilette, la poignée de main, la communication directe ou par le téléphone, l'absorption de nourriture, la respiration de l'air ambiant, etc.<sup>31</sup>.

Actuellement, des tests nous permettent uniquement de détecter les anticorps produits par l'organisme en réaction à la présence du virus. Le plus utilisé est celui basé sur la méthode ELISA<sup>32</sup>. Un résultat positif au test ELISA indique que la personne a été en contact avec le virus. Les tests sérologiques ne sont pas infallibles. C'est pourquoi, à la suite d'un résultat positif, on doit procéder à un deuxième test ELISA et recourir à d'autres techniques pour corroborer le diagnostic de la séro-

29. Voir: Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10; Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 29 et 54; Muriel DUNCAN, *loc. cit.*, p. 25; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1358; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 6, p. 1.

La rareté de la transmission par voie buccale est mise en évidence par l'étude de cas présentée par Peter G. SPITZER et Neil J. WEIMER, «Transmission of HIV Infection from a Woman to a Man by Oral Sex», (1989) 320 *The New England Journal of Medicine* 251. Les auteurs présentent le cas comme exceptionnel; de plus, les caractéristiques du receveur sont elles-mêmes exceptionnelles. La morsure par une personne infectée du virus ne représente qu'un risque théorique. Voir: L. R. SHIRLEY et S.A. ROSS, «Risk of Transmission of Human Immunodeficiency Virus by Bite of an Infected Toddler», (1989) 114 *The Journal of Pediatrics* 425; C. M. TSOUKAS, T. HADJIS, J. SHUSTERS, L. THEBERGE, P. FEORINO et M. O'SHAUGHNESSY, «Lack of Transmission of HIV through Human Bites and Scratches», (1988) 1 *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 505; J. A. DRUMMOND, «Seronegative 18 Months After Being Bitten by a Patient with AIDS», (1986) 256 *JAMA* 2342.

30. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 6; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 10 et 40; ministère de la Santé et des Services sociaux, *Sida*, Gouvernement du Québec, 1988, n° 2, p. 1.

31. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 54; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 14 et 15; Robert MILKO, *op. cit.*, p. 8.

32. Voir: Donna SNOWDEN et David F. CASSIDY, *op. cit.*, p. 31; Luc MONTAGNIER, *op. cit.*, p. 9; F.J. BENNETT, *loc. cit.*, p. 532; Donald FRANCIS et James CHIN, *loc. cit.*, p. 1359.

positivité. Ces précautions découlent de la possibilité constatée de l'existence de faux positifs. De plus, le test peut révéler de «faux négatifs», étant donné que l'organisme requiert entre trois semaines et six mois, une fois infecté, pour produire des anticorps.

Il existe certains traitements aux diverses maladies qu'un sidatique peut développer. Toutefois, le déficit immunitaire est permanent et demeure à l'affût d'autres infections ou cancers. Actuellement nous ne pouvons parler de guérison. Aussi, en attendant la découverte d'un remède ou d'un vaccin, la seule arme contre cette maladie est la prévention.

Les conséquences du sida sur le lien d'emploi s'analysent à la lumière des données bio-médicales exposées ci-dessus. Ne s'agissant pas d'une «maladie honteuse» — si tant est que ce concept ait subsisté jusqu'à nos jours — l'ordre public ou les bonnes moeurs ne sont pas en cause. Être atteint du sida n'est pas un crime et, même si c'en était un, il n'en découlerait pas nécessairement des conséquences civiles; ni l'employeur, ni aucun autre cocontractant n'en saurait être le juge.

Mais, par ailleurs, l'infection par le VIH, sous certaines formes, affecte la capacité productive du salarié. À cet égard, la condition de sidatique est assimilable à toute autre circonstance dont résulte une diminution, plus ou moins accentuée, de la capacité de fournir une prestation de travail convenable, selon les normes convenues ou établies par l'usage de l'entreprise, de l'industrie ou de la profession, toutes autres circonstances étant égales par ailleurs.

Sur ce plan, il importe peu que le sida soit une maladie acquise par une activité sexuelle, par hérédité ou par accident. Ce qui importe, toutefois, c'est que la maladie soit transmissible et, en l'occurrence, transmissible à d'autres salariés. En cela, le sida est à distinguer d'une autre cause d'incapacité qui ne serait pas transmissible, *e.g.* celle résultant d'une amputation consécutive à l'évolution d'un diabète ou d'un pur accident. Par ailleurs, le sida n'est aucunement différent d'une autre maladie contagieuse, qu'il s'agisse d'une M.T.S. ou d'un simple rhume.

Les éléments justifiant une distinction entre différentes maladies contagieuses sont, en dernière analyse, le degré de transmissibilité, les modes de transmission et la gravité du préjudice causé à celui qui en est infecté. Toutes les données bio-médicales envisagées dans le contexte des relations inter-individuelles de travail sont réductibles à l'un de ces trois éléments<sup>33</sup>.

33. Nous laissons de côté les effets négatifs autres que ceux qui toucheraient la personne même d'un compagnon de travail *e.g.* les effets actuariels sur les régimes collectifs d'assurance-salaire, de retraite, etc.

Si l'on fait abstraction des préjugés, de l'ignorance, de la crainte irrationnelle, et autres éléments qui ne peuvent, *a priori*, constituer une juste cause de congédiement, il faut s'en remettre aux faits, lesquels devront éventuellement être prouvés, selon les règles établies, à la satisfaction d'un tribunal. C'est dans cette perspective que nous aborderons les prochaines sections<sup>34</sup>.

## LE SIDA EST-IL UN HANDICAP AU SENS DE LA LOI?

La discrimination en emploi subie par les sidatiques s'explique principalement par le phénomène du sida<sup>35</sup>. Le «phénomène du sida» fait référence à tous les attributs que la population en général associe à la maladie et qui ne sont pas fondés. Cette distorsion de la réalité du sida, tributaire d'un manque d'information ou de renseignements

34. Avant de quitter le domaine des faits, illustrons notre propos d'une situation hypothétique. Nous avons vu que la salive contient des virus VIH, mais en quantité limitée, de sorte que l'infection d'une autre personne par ce moyen est négligeable. Supposons tout de même une probabilité de 1%. Encore faut-il que le porteur du virus l'implante, si l'on peut s'exprimer ainsi, dans l'organisme d'autrui, par exemple dans le système sanguin d'un compagnon de travail, en le mordant profondément dans la chair. Établissons la probabilité qu'un tel événement se produise à 1%. La théorie des probabilités nous enseigne qu'un événement A, composé de deux autres événements A<sub>1</sub> et A<sub>2</sub> indépendants, a une probabilité égale au produit de la probabilité que A<sub>1</sub> et A<sub>2</sub> se produisent. Par conséquent, la probabilité que le salarié atteint infecte un compagnon de travail par une morsure serait égale à  $(0.01)^2$ , c'est-à-dire une chance sur dix mille. Si l'on considère maintenant l'incidence des cas de morsure d'autrui par un sidatique en milieu de travail, il est plausible que la probabilité hypothétique de 1% soit largement exagérée et que la probabilité réelle (c'est-à-dire tirée de l'expérience vécue, comme on le fait pour dresser les tables d'espérance de vie) de l'événement A<sub>1</sub> soit virtuellement égale à zéro. Par conséquent, l'hypothèse qu'un salarié en infecte un autre en le mordant ne serait qu'une pure spéculation. Or, une pure spéculation ne justifie en aucun cas un congédiement. Il en irait autrement après l'arrivée de l'événement, car alors la morsure est devenue une certitude (événement dont la probabilité est égale à 1). Encore faudrait-il s'assurer que l'infection n'a pas sa source ailleurs. Sur cet aspect de la question voir: P.G. SPITZER et N. J. WEINER, «Transmission of HIV Infection from a Woman to a Man by Oral Sex», précité, note 29; L. R. SHIRLEY et S. A. ROSS, «Risk of Transmission of Human Immunodeficiency Virus by Bite of an Infected Toddler», précité, note 29; C. M. TSOUKAS, T. HADJIS, J. SHUSTER, L. THEBERGE, P. FEORINO et M. O'SHAUGHNESSY, «Lack of Transmission of HIV Through Human Bites and Scratches», précité, note 29; J. A. DRUMMOND, «Seronegative 18 Months After Being Bitten by a Patient with AIDS», précité, note 29. Nous sommes toutefois d'avis que la preuve de l'agression suffirait à elle seule à justifier le renvoi aux yeux du tribunal. Pour le moment, notre propos n'était que d'illustrer la difficulté d'établir, sur une base factuelle, que la présence d'un sidatique en milieu de travail constitue en soi une menace réelle et sérieuse à l'intégrité physique d'autrui et que ce danger constitue à lui seul une juste cause de congédiement.
35. Pour des raisons pratiques, nous utiliserons, dans cette étude, l'appellation sidatique, à moins qu'il soit nécessaire de préciser qu'il s'agisse de séropositifs ou de personnes atteintes du syndrome associé au sida (SAS) ou ARC.

erronés, provoque des réactions irrationnelles qui ont pour effet d'isoler les sidatiques d'une part, et de marginaliser certains groupes classés «à risques» (par exemple, les Noirs et les homosexuels) d'autre part<sup>36</sup>.

La discrimination en milieu de travail contre les sidatiques en est une manifestation<sup>37</sup>. Ce qui nous amène à poser la question: les lois relatives aux droits et libertés de la personne protègent-elles le sidatique contre les attitudes discriminatoires d'un employeur?

La Commission canadienne des droits de la personne considère que l'infection par le VIH est une déficience<sup>38</sup> au même titre que toutes les autres maladies<sup>39</sup>. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* définit la déficience de la façon suivante:

36. Le sida ne fait aucune discrimination. Bien que les premiers cas rapportés aient concerné en prédominance des homosexuels et des Noirs, le virus ne distingue pas en fonction de la race, du sexe ou de l'orientation sexuelle. Il ne s'attaque pas à des catégories de personnes mais à des individus qui ont des comportements «à risques».
37. Une étude effectuée auprès de séropositifs révèle que plus de 80% des personnes ont été congédiées après avoir informé leur employeur de leur état de santé. De plus, la majorité des personnes interrogées mentionnent que la relation avec leurs collègues de travail s'est détériorée une fois que ceux-ci eurent appris leur séropositivité. Certains d'entre eux ont demandé d'être transférés à un autre département afin d'éviter la présence d'un collègue séropositif. Un employeur a même interdit à l'employé séropositif qu'il venait de congédier l'accès à son bureau quand il est revenu pour récupérer ses effets personnels. Tous ces comportements nous démontrent que les sidatiques sont victimes de discrimination. Et, devons-nous préciser, les personnes qui ont participé au sondage étaient toutes aptes à exécuter les tâches de leur travail. Voir: Camille LABRECQUE, «Les sidéens et l'emploi», (1988) 12 *Info-ressources humaines*, Association des professionnels en ressource humaine du Québec, n° 2, p. 16-17.
38. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)], art. 15. Cet article se lit:  
«La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les *déficiences mentales ou physiques*.»  
Voir également *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 3. Cet article se lit:  
« Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la *déficience*. »
39. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, «*Sida. Politique adoptée par la Commission canadienne des droits de la personne*», mai 1988, p. 3.

Déficience désigne toute déficience physique ou mentale qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigUREMENT ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.<sup>40</sup>

De plus, la Commission canadienne des droits de la personne mentionne qu'elle recevra également les plaintes de discrimination fondée sur la *perception* de déficience<sup>41</sup>. En effet, certaines personnes sont perçues comme des sidatiques du seul fait qu'elles appartiennent à un groupe dit «à risques». Ce type de discrimination, la discrimination par association avec une personne atteinte d'une déficience, est réputée être un acte discriminatoire. Par exemple, dans l'affaire *Foucault c. Canadian National Railways*<sup>42</sup> et dans *Brideau c. Air Canada*<sup>43</sup>, il a été décidé que la perception qu'a l'employeur de la condition physique du futur employé importe autant que l'existence même du handicap.

La Commission canadienne des droits de la personne souligne que les plaintes relatives au sida peuvent reposer également sur d'autres motifs, tels que le sexe, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique<sup>44</sup>.

Enfin, la Commission précise qu'une pratique d'emploi relative au sida n'est pas discriminatoire si elle est fondée sur une exigence professionnelle justifiée. À cet égard, elle identifie trois situations:

- 1- en milieu médico-hospitalier, lorsqu'un employé doit effectuer des actes effractifs dans le cadre de ses fonctions;
- 2- dans le domaine de l'emploi, lorsqu'un employé est tenu de voyager dans des pays interdisant l'entrée aux séropositifs;
- 3- dans le domaine de l'emploi, lorsqu'un salarié exerce des fonctions qui ont des répercussions directes sur la sécurité du public et qu'il est seul à exercer ces fonctions.<sup>45</sup>

---

40. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 20.

41. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, p. 3.

42. (1982) 3 C.H.R.R. 677 (T.D.P.).

43. (1983) 4 C.H.R.R. 1314 (T.D.P.).

44. Par exemple, en Grande-Bretagne, il a été décidé qu'un transporteur aérien avait violé la loi contre la discrimination sexuelle en refusant d'embaucher des agents de bord de sexe masculin par crainte qu'ils ne soient des homosexuels ou infectés du virus du sida ou sujets à risques. Voir: COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, p. 3-4.

45. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, p. 4-5.

Le concept d'exigence professionnelle justifiée a été défini dans plusieurs décisions. La principale autorité à ce sujet est l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>46</sup>.

Dans cet arrêt, le juge McIntyre de la Cour suprême du Canada écrit qu'une exigence professionnelle:

[...] doit être imposée honnêtement, de bonne foi, et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code [critère subjectif]. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général [critère objectif].<sup>47</sup>

En d'autres mots, pour déterminer si nous sommes en présence d'une exigence professionnelle justifiée aux termes de l'article 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>48</sup>, le refus ou l'exclusion établis par l'employeur doivent répondre aux deux critères suivants:

- 1° le bien-fondé de l'exigence professionnelle; et
- 2° sa nécessité.

Le juge McIntyre précise qu'il incombe à l'employeur de faire la preuve qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée. La preuve doit faire état de la nature des fonctions à exécuter et démontrer le lien entre la condition imposée et l'emploi. La preuve scientifique doit prédominer sur la preuve impressionniste. À cet effet, le juge McIntyre écrit:

Je ne suis pas du tout certain de ce qu'on peut qualifier de «preuve scientifique». Je ne dis absolument pas qu'une «preuve scientifique» sera nécessaire dans tous les cas. Il me semble cependant que, dans des cas comme celui en l'espèce, une preuve de nature statistique et médicale

46. [1982] 1 R.C.S. 202. Pour un exemple récent, voir: *Seguin c. Royal Canadian Mounted Police*, 89 CLLC parag. 17018 (Canadian Human Rights Tribunal) (Est raisonnable l'exigence d'une acuité visuelle parfaite avant correction pour l'accès à certaines fonctions policières.)

47. *Id.*, p. 208.

48. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 14. Cet article se lit:

«Ne constituent pas des actes discriminatoires

a) les refus, exclusions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;...»

qui s'appuie sur l'observation et l'étude... même si elle n'est pas absolument nécessaire dans tous les cas, sera certainement plus convaincante...<sup>49</sup>

À la suite de cette décision, il y a eu plusieurs interprétations de ces deux critères et particulièrement du second.

Selon l'arrêt *Carson c. Air Canada*<sup>50</sup>, il est permis d'établir des exclusions à caractère général dans les cas touchant à la sécurité publique. Toutefois, il ressort de cette décision que l'employeur ne peut justifier une exigence professionnelle en invoquant le simple fait que le non-respect des limites fixées par ce dernier entraînerait un risque pour le public. Il est impératif de soupeser ce risque de façon à déterminer s'il est acceptable ou pas.

Cependant, dans l'affaire *Canadian Pacific Limited c. Mahon et al.*<sup>51</sup>, le juge Pratte a rejeté l'opinion du tribunal dont appel, à l'effet que:

[...] les employeurs et le public ont le devoir d'accepter et de courir certains risques de subir des blessures afin de permettre aux handicapés de trouver du travail.<sup>52</sup>

Le juge Pratte déclare à ce sujet:

[...] la loi n'impose pas un tel devoir à personne.<sup>53</sup>

Dans cette même décision, le juge Marceau appuie le raisonnement de son collègue et souligne que le terme «risque suffisant», dans l'arrêt *Etobicoke*, doit être interprété dans le sens de risque réel et non en terme de degré.

Ainsi, nous pouvons conclure que l'interprétation à donner au terme «risque suffisant» n'est pas, à ce jour, définitivement fixée.

Au Québec, la Commission des droits de la personne indique que les sidatiques peuvent alléguer avoir subi de la discrimination fondée sur le handicap<sup>54</sup>, ainsi défini:

49. Précité, note 46, p. 212.

50. (1985) 5 C.H.R.R. 2848 (Cour fédérale d'appel).

51. (1987) 8 C.H.R.R. 4263 (Cour fédérale d'appel).

52. *Id.*, p. 4267.

53. *Ibid.*

54. Cf. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10. Cet article se lit:

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

[...] 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, psychologique, physiologique ou anatomique.<sup>55</sup>

Selon la Commission québécoise, la présence du VIH dans l'organisme d'un individu constitue une déficience, soit une anomalie de la fonction physiologique qu'est le système immunitaire. De plus, le syndrome associé au sida (SAS) ou le sida constitue un désavantage résultant de la déficience de leur système immunitaire.

Cette définition, toutefois, ne peut s'appliquer aux séropositifs asymptomatiques, étant donné que le virus, présent dans l'organisme, est inactif. Par conséquent, il n'y a, dans ce cas, ni déficience, ni désavantage. Même si la Commission québécoise des droits de la personne précise qu'elle recevra leurs plaintes à titre de victimes de discrimination fondée sur la *perception* d'un handicap<sup>56</sup>, il n'en demeure pas moins que ce motif n'est pas compris dans ceux énumérés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Par ailleurs, dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*<sup>57</sup>, la Cour a refusé d'étendre le concept de handicap à la perception d'un handicap. Pourtant, nous avons noté plus haut deux décisions fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>58</sup> qui ont conclu qu'un salarié perçu comme un handicapé était victime de discrimination fondée sur le handicap. Pourquoi cette différence?

À l'examen de la jurisprudence québécoise, on constate que les décisions rendues<sup>59</sup> jusqu'à ce jour par nos tribunaux ne proposent aucune définition générale du handicap ou n'émettent aucune règle ou critère qui aide à déterminer ce qui constitue un handicap. À notre avis,

55. Daniel CARPENTIER, *op. cit.*, p. 4.

56. *Id.*, p. 5.

57. [1983] C.S. 961. Dans cet arrêt, le juge Benoit reconnaît que pour les autres motifs de discrimination, il suffit que l'un des motifs illicites énumérés à l'article 10 soit intervenu dans la décision, même s'il s'agissait d'une appréciation erronée ou purement subjective. Mais il ajoute qu'il n'en est pas ainsi des personnes qui sont de fait handicapées. Il n'est plus alors question de perception subjective de l'employeur. Voir: Madeleine CARON, «Le droit à l'égalité dans la «nouvelle» charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86», dans Jacques LEFEBVRE, *L'interaction des chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 83, 1983-84, p. 129-130.

58. *Foucault c. Canadian National Railways*, précité, note 42 et *Brideau c. Air Canada*, précité, note 43.

59. Voir: *Commission des droits de la personne du Québec (C.D.P.Q.) c. Paquet*, [1981] C.P. 78; *C.D.P.Q. c. Héroux*, (1981) 2 C.H.R.R. 388 (C.P.); *C.D.P.Q. c. Cité de Côte St-Luc*, [1982] C.S. 795; *C.D.P.Q. c. Boutiques du tricot Jobin Inc.*, [1983] C.P. 234; *C.D.P.Q. c. Ville de Laval*, précité, note 57; *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal-Nord*, [1984] C.S. 53.

la question demeure donc ouverte. Les tribunaux indiquent uniquement si, dans tel cas particulier, il existe un handicap et, dans l'ensemble, ils se sont fondés essentiellement sur la définition implicite prévue à l'article 1g) de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* qui se lit:

Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par « personne handicapée » ou « handicapé » : 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 autre moyen pour pallier ce handicap.<sup>60</sup>

À cet égard, rappelons que le Québec s'est doté d'une loi sur les droits de la personne en 1975<sup>61</sup>. À cette époque, la Charte ne parlait pas « [du] fait qu'une personne est handicapée » comme motif de discrimination<sup>62</sup>. C'est la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*<sup>63</sup> du 23 juin 1978 qui est venue modifier l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*; cela expliquerait la prédominance de la définition de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*. Dans l'arrêt *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal-Nord*<sup>64</sup>, la Cour écrit:

[...] De l'ensemble de la loi, on peut facilement conclure qu'on réfère toujours à la définition de l'article 1 g), même si ce sont d'autres lois qui sont amendées. Il serait illogique que l'on retient (sic) la définition pour ces lois mais qu'on doit (sic) l'exclure dans le cas de la charte.

C'est d'ailleurs une règle d'interprétation qu'une loi s'interprète « en regard des autres lois connexes ».

60. *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.R.Q., c. E-20.1.

61. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.

62. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6, art. 10, qui se lit:

« Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale ou la condition sociale.

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

63. *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 6, art. 112 qui se lit:

« L'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne [...] est de nouveau modifié par le remplacement du premier alinéa par le suivant:

art. 10: « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier ce handicap ».

64. *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal-Nord*, précité, note 59, p. 57.

Toutefois, en 1982, le libellé de l'article 10 a été de nouveau remplacé par celui que l'on retrouve actuellement<sup>65</sup>. Aucune décision n'a donné un sens à cette modification; au contraire, le juge Benoit précise dans l'affaire *C.D.P.Q. c. Ville de Laval*<sup>66</sup>:

[...] Le tribunal n'a pas à considérer l'effet de la modification apportée à l'article 10 selon laquelle les mots «le fait qu'elle est une personne handicapée» ont été remplacés par «le handicap». Il demeure que le handicap n'est pas comme la race, la couleur, le sexe, le fait de toute personne.

L'arrêt *Ville de Laval* repose sur le postulat qu'il y a deux catégories de motifs dans la Charte: ceux qui ont trait à une caractéristique commune à tous les humains et ceux qui ne sont le propre que de certains êtres. Par exemple, la Cour écrit:

[t]oute personne appartient à une race, à une couleur. Toute personne a un sexe, une orientation sexuelle, etc.

[...] Si toute personne possède un état civil, une condition sociale, etc. par contre une personne est ou n'est pas handicapée.<sup>67</sup>

Plus loin, et en conclusion, la Cour écrit:

[...] le handicap n'est pas [contrairement à] la race, [à] la couleur, [ou au] sexe, le fait de toute personne.<sup>68</sup>

Ce raisonnement est éminemment critiquable. D'abord sur le plan logique, il est évident que certains motifs peuvent aisément être sous-catégorisés, perdant ainsi leur universalité, et de ce fait s'apparentant au handicap. Ainsi du sexe: il importe peu qu'il comporte les sous-catégories «masculin» et «féminin» ou «masculin» et «non masculin» («féminin» et «non féminin»). Le motif «sexe» n'est ni plus, ni moins universel que le motif «handicap», qui comporte les deux sous-catégories: «handicapé» et «non handicapé».

De plus, il importe peu que les catégories aient un nombre égal de sous-catégories, en l'occurrence le nombre deux (qui exige des réponses mutuellement exclusives). Prenons par exemple l'état civil et supposons que l'on désire savoir si une personne est célibataire, mariée, divorcée ou veuve. Cela fait quatre sous-catégories qu'il y a cependant moyen de subdiviser pour les rendre mutuellement exclusives, au prix de leur universalité (par exemple: les personnes mariées vivant avec

65. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q., 1982 c. 61, art. 3. Voir note 54.

66. *C.D.P.Q. c. Ville de Laval*, précité, note 57, p. 967.

67. *Id.*, p. 77, 2<sup>o</sup> colonne.

68. *Id.*, p. 78, 2<sup>o</sup> colonne. Nous avons mis entre crochets le mot «contrairement», qui nous paraissait plus correct et plus clair que le mot «comme» apparaissant au texte.

leur conjoint et celles vivant séparées de lui, sans égard au motif; en effet cette sous-catégorie exclut les célibataires, qu'ils vivent seuls ou en union libre).

Mais il y a plus. En effet, dans la catégorie orientation sexuelle, par exemple, faut-il inclure une sous-catégorie pour les ambivalents et les asexués? Que dire de la condition sociale? De la religion? Il y a des motifs qui ne se prêtent pas aux catégories bipolaires parce qu'elles se rapportent à des variables continues plutôt que discontinues.

Venons-en enfin à la race et à la coloration de la peau. Selon le juge Benoit, la race est le fait de tout le monde<sup>69</sup>. Mais le concept de race repose sur des critères totalement arbitraires et le classement de l'espèce humaine en races est inopérant parce que, pratiquement, il est impossible d'identifier tous les individus (et seulement les individus) appartenant à chaque groupe ainsi défini<sup>70</sup>: s'il est impossible de classer ainsi les individus par race, même à l'aide de critères mesurables — donc objectifs — il résulte que l'appartenance à une race attribuée à une personne en fonction de son apparence (les «phénotypes») est entièrement subjective ou aléatoire. *A fortiori*, les qualités attendues de l'individu en fonction de la race qu'on lui a attribuée n'ont aucune valeur objective.

Parlons maintenant du handicap. S'agit-il d'une déviation individuelle par rapport à la moyenne du groupe, relativement à un facteur donné, comme la vision, la mobilité, etc.? Il faut encore porter un jugement de valeur qualitatif sur cette déviation: un nez plus court que la moyenne est-il un défaut ou une qualité? La myopie, une anomalie de la vision (et non une maladie), est-elle un handicap? Cela dépend entièrement de critères accidentels: a-t-on besoin de soeur Anne pour nous faire la lecture ou pour voir de loin venir les cavaliers?

De plus, il y a ici une question de degré. Une personne est plus ou moins handicapée selon les circonstances. Un myope léger privé momentanément de ses verres correcteurs est limité dans l'accomplissement de certaines activités (comme de conduire une automobile); il ne répond pas pourtant à la définition d'handicapé parce que sa condition est, par hypothèse, temporaire. Mais, supposons une autre personne dont la vision corrigée est égale à celle de l'autre personne privée de ses lunettes. Cette anomalie, *après correction*, est-elle un handicap? Tout dépend si l'anomalie est «significative et persistante» et le jugement porté par un employeur peut être entièrement erroné et subjectif,

---

69. *Id.*, p.78.

70. Voir: Albert JACQUARD, *Éloge de la différence. La génétique et les hommes*, Paris, Éditions du Seuil, 1978, particulièrement au chapitre 4.

comme pour les autres motifs dont il a été question plus haut. En définitive, quel que soit le motif considéré, le test objectif consiste à déterminer si l'exclusion est raisonnable compte tenu des exigences du poste; autrement, tout est laissé à l'arbitraire patronal qui donne ouverture, entre autres, à l'appréciation subjective du degré de handicap et de ses conséquences. Dans ces conditions, comment écarter le concept de perception du handicap, sans pour autant contourner l'intention du législateur?

À notre avis, l'amendement de 1982 devrait avoir des répercussions sur la jurisprudence car, comme le souligne Madeleine Caron:

[...] On peut y voir l'intention claire du législateur de distinguer les objectifs respectifs de la charte et de la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées.<sup>71</sup>

De plus, la définition de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* emploie les mots «à moins que le contexte n'indique un sens différent». Il y a donc lieu de voir si la Charte a un «contexte» particulier.

Le but de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* est d'offrir des services sociaux et financiers aux personnes handicapées qui en ont besoin. Or, la *Charte des droits et libertés de la personne* poursuit des objectifs d'égalité, vise à protéger les personnes handicapées contre la discrimination, y compris celles qui ne sont pas limitées de façon significative et persistante dans l'accomplissement d'activités normales, ni ne sont démunies financièrement ou autrement. Comme le souligne Henri Brun:

[...] la charte se veut un combat dirigé contre les préjugés sociaux ancestraux, la crainte non raisonnée, l'ignorance, la superstition, la haine, l'étroitesse d'esprit.<sup>72</sup>

Nous croyons que la jurisprudence devrait se rapprocher de la définition du handicap proposée par la Commission québécoise des droits de la personne car la définition de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* a une portée plus restreinte que celle de la Charte, vu le but que celle-ci poursuit. De plus, cette définition restreint l'application de la Charte: ou bien une personne n'est pas assez handicapée pour se prévaloir des dispositions des articles 10 et 1g), ou bien elle répond à la définition de l'article 1g) mais se voit opposer l'article

71. Madeleine CARON, *loc. cit.*, p. 130.

72. Henri BRUN, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine*, collection Alter Ego, Wilson & Lafleur, Montréal, 1989, p. 267.

20<sup>73</sup> de la *Charte des droits et libertés de la personne* au motif que l'absence de handicap est une qualité requise pour l'emploi. Dans un cas comme dans l'autre, elle se trouve pratiquement privée de la protection légale contre la discrimination.

Considérant l'objet de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>74</sup>, cette dernière doit recevoir une interprétation large, libérale qui permettrait l'accomplissement de cet objet<sup>75</sup>, ce que ne permet pas, selon nous, la définition de l'article 1g).

73. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 54, art. 20. Cet article se lit:

«Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.» Pour l'interprétation de l'article 20, voir: *C.D.P.Q. c. Boutiques du tricot Jobin*, [1983] C.P. 234; *Ville de Brossard c. C.D.P.Q.*, [1983] C.A. 363, autorisation de pourvoi accordée, [1984] 1 R.C.S. vi; *C.D.P.Q. c. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361. L'article 20 de la Charte québécoise est ni plus ni moins l'équivalent de l'article 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Bien que les termes utilisés dans chacune de ces dispositions diffèrent, leur finalité est la même. Ainsi, l'interprétation donnée à l'article 14 par nos tribunaux peut s'appliquer à l'article 20. Voir notamment Michel COUTU, «La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne», (1986) 46 *Revue du Barreau* 507, 543.

74. Le préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 54, se lit (en partie):

«[...] Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect et la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation,

À ces causes, Sa Majesté, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit:[...].»

75. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41, qui se lit:

«Toute disposition d'une loi, qu'elle soit impérative, prohibitive ou pénale, est réputée avoir pour objet de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi, reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.»

Une interprétation large du mot «handicap» comprend également la *perception* d'un handicap car il serait illogique de ne pas protéger les personnes qui ne sont pas handicapées mais qui sont perçues comme telles par l'employeur. Ce serait inconséquent parce que, quant aux autres motifs de discrimination prévus à l'article 10, les tribunaux considèrent comme un acte discriminatoire, nous l'avons vu plus haut, une décision basée sur une appréciation erronée ou subjective. Une interprétation large du concept de handicap permettrait non seulement aux personnes séropositives asymptomatiques mais également aux personnes qui sont perçues comme des membres appartenant à des groupes dits «à risques» d'être protégées contre la discrimination dont elles pourraient être victimes.

Certes, d'aucuns diront que si le législateur l'avait voulu ainsi, il l'aurait précisé; cet argument n'est pas sans valeur. Le législateur ontarien l'a fait<sup>76</sup> et le législateur québécois serait bien avisé de l'imiter. Dans le même ordre d'idées, nous pourrions ajouter que si le législateur avait voulu restreindre la notion contenue à l'article 10 à la définition de l'article 1g) de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, il l'aurait incluse dans la Charte elle-même.

Néanmoins, pour les motifs énoncés plus haut, rien n'oblige les tribunaux à attendre un tel amendement. La loi a clairement pour objet de prohiber la motivation discriminatoire et il serait ironique qu'un employeur qui a fondé une décision sur un motif illicite puisse invoquer en défense qu'il s'est trompé sur l'existence ou la véracité du fait qui l'a motivé à agir de la sorte. On voit mal par quel raisonnement, dans les mêmes circonstances, la plainte pourrait *a priori* être tenue pour irrecevable.

---

76. *Code des droits de la personne*, S.O., 1981, c. 53, art. 9(1).

«[...] « à cause d'un handicap ». En raison de l'existence présumée ou réelle, actuelle ou antérieure, de l'une des affections suivantes:

i) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie, et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, tout degré de paralysie, une amputation, l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien d'aveugle, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif,

ii) un état de déficience ou d'affaiblissement mental,

iii) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation des symboles ou de la langue parlée,

iv) un trouble mental,

v) une lésion ou une incapacité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues en vertu de la Loi sur les accidents de travail (« because of handicap »).

Quant au fond, à supposer qu'une plainte soit recevable, l'employeur pourrait s'appuyer sur l'article 20. Mais il lui faudrait démontrer que l'exclusion du sidatique est justifiée par les exigences du poste occupé ou à pourvoir, ce qui dans une large mesure est une question de fait. Pourvu que la personne soit autrement capable d'accomplir les tâches normales de la fonction (cette condition réglant pratiquement le sort du sidatique en phase avancée ou terminale), l'exclusion ne saurait être fondée que sur le danger de contagion. Nous en avons traité plus haut.

L'exclusion pourrait aussi se fonder sur le rejet du sidatique par des tiers, compagnons de travail, clients ou bénéficiaires. Nous en avons déjà parlé et nous y reviendrons.

Enfin, la présence du VIH ne justifie en rien le rejet par une institution sans but lucratif<sup>77</sup>. Le VIH, en effet, peut être transmis dans des circonstances parfaitement «morales». Dans l'hypothèse où l'homosexualité, l'adultère ou les relations sexuelles hors mariage seraient un motif légitime d'exclusion par une institution, religieuse ou autre, celle-ci devrait en faire la preuve car l'infection par le VIH ne permet pas d'inférer, si ce n'est par présomption, qu'elle résulte de telles activités. Un conjoint innocent et *a fortiori* l'enfant conçu par un porteur du virus ne peuvent être tenus responsables des actes du conjoint ou du parent «coupable». Rappelons que l'infection par le VIH, selon les données bio-médicales connues, n'est pas incompatible avec une conduite irréprochable.

## LE SIDA EN DROIT AMÉRICAIN

S'agissant de protection des libertés individuelles, il est utile d'examiner, ne serait-ce que brièvement, comment les tribunaux américains analysent la question sous étude. On connaît, en effet, la propension de notre Cour suprême à s'inspirer des solutions américaines pour l'interprétation et l'application de la législation canadienne protégeant les droits et libertés de la personne<sup>78</sup>.

77. Voir article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 73.

78. Voir: Gil RÉMILLARD, «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec» dans Daniel TURP, G.A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 221; W.F. PENTNEY, «Les principes généraux d'interprétation de la Charte», dans G.A. BEAUDOIN, E. RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 68; José WOEHRING, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne» - Rapport canadien - dans *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1986, p. 449.

Aux États-Unis, déjà, plusieurs décisions ont traité de la discrimination à l'endroit des sidatiques. Elles sont instructives à maints égards, notamment quant au sida en tant que handicap. Nous présenterons le droit américain dans ses grandes lignes. Comme le souligne Helen Hughes:

[i]n the past with other protected rights, where Canadian case law does not exist, tribunals have relied on relevant United States decisions which on many previous occasions have served as a basis for setting precedents in Canada.<sup>79</sup>

Le *Federal Rehabilitation Act of 1973 (FRA)*<sup>80</sup> interdit la discrimination en milieu de travail contre les personnes handicapées. Cette loi s'applique au gouvernement fédéral, aux entrepreneurs avec lesquels il contracte et aux organismes auxquels il accorde des subsides. Les personnes handicapées peuvent porter plainte selon l'article 504 du *FRA*. Le *FRA* définit la personne handicapée comme:

[a]ny person who has a physical or mental impairment which substantially limits one or more of such person's major life activities, has a record of such impairment or is regarded as having such an impairment.<sup>81</sup>

De plus, le *Code of Federal Regulations, Subtitle A- Department of Health and Human Services, General Administration*, définit *physical impairment*:

[a]ny physiological disorder or condition, cosmetic disfigurement, or anatomical loss affecting one or more of the following body systems:

79. *Biggs c. Hudson*, British Columbia Council of Human Rights, October 6, 1988, (Helen Hughes), p. 47.

80. 29 U.S.C 701 et s. (1982). Voir: Marvin A. APPELBAUM, «The Application of Handicap Discrimination Laws to Aids Patients», (1988) 22 *University of San Francisco Law Review* 319; José G. FAGOT-DIAZ, «Employment Discrimination Against Aids Victims: Rights and Remedies Available under the Federal Rehabilitation Act of 1973», (1988) 39 *Labor Law Journal* 150; Terry L. PABST, «Protection of Aids Victims from Employment Discrimination under the Rehabilitation Act of 1973», (1987) *University of Illinois Law Review* 367; Evelyn M. GENTEMANN, «After School Board of Nassau County v. Arline: Employees with Aids and the Concerns of the «Worried Well»», (1988) 37 *American University Law Review* 871; August W. STEINHILBER, «Aids and Employment: Legal and Policy Considerations», (1988) 35 *Federal Bar News & Journal* 378; Richard T. SAMPSON, «Aids in the Workplace», (1988) 35 *Federal Bar News & Journal* 127; Marco Leo COLOSI, «Aids: Human Rights versus the Duty to Provide a Safe Workplace», (1988) 39 *Labor Law Journal* 681; John E. BROCKHOEFT, «Aids in the Workplace: Legal Limitations on Employer Actions», (1988) 26 *American Business Law Journal* 278; Philip L. BRYDEN and Brian N. JARRET, «Aids, Employment Discrimination and the B.C. Human Rights Act», (1988) 9 *C.H.R.R.* 11; Carole C. WILSON, «From Aids to Z: A Primer for Legal Issues Concerning Aids, Drugs and Alcohol in the Workplace», (1986) 2 *The Labor Lawyer* 632.

81. 29 U.S.C.A., s. 706 (7) (B) (1982).

neurological; musculoskeletal; special sense organs; respiratory, including speech organs; cardiovascular; reproductive, digestive, genito urinary; hemic and lymphatic; skin; and endocrine<sup>82</sup>

et major life activities:

[f]unctions such as caring for one's self, performing manual task, walking, seeing, hearing, speaking, breathing, learning and working.<sup>83</sup>

Dans l'affaire *School Board of Nassau County c. Arline*<sup>84</sup>, la Cour suprême a décidé qu'un professeur atteint de la tuberculose, une maladie contagieuse, était une personne handicapée au sens de l'article 504 du FRA.

Une fois cette première question résolue, il faut que la personne soit «*otherwise qualified*» pour bénéficier de la protection de l'article 504. La Cour suprême a défini dans l'affaire *Southeastern Community College c. Davis*<sup>85</sup> le salarié «*otherwise qualified*» comme:

[o]ne who is able to meet all of a program's requirement in spite of his handicap.

Mais, la capacité de faire son travail ne suffit pas. Il faut en plus que la santé ou la sécurité d'autrui ne soit pas mise en danger à l'occasion de la prestation de service.

Ainsi, dans l'affaire *Arline*, il a fallu déterminer si les écoliers et les collègues risquaient de contracter la maladie. En accord avec les critères de l'*American Medical Association*, la Cour suprême a énuméré les facteurs à considérer dans un cas de maladie infectieuse:

a) the nature of the risk (how the disease is transmitted), b) the duration of the risk (how long is the carrier infectious), c) the severity of the risk (what is the potential harm to the third parties) and d) the probabilities the disease will be transmitted and will cause varying degrees of harm<sup>86</sup>.

À partir de ces faits, les tribunaux doivent déterminer si l'employeur peut accommoder de façon raisonnable l'employé handicapé. La Cour suprême spécifie qu'une accommodation n'est pas raisonnable:

82. 45 CFR 84. 3(j)(2)(i)(A) (1986). Ce règlement définit le handicap aux fins de l'application du *Federal Rehabilitation Act of 1973* aux programmes et activités subventionnés par des fonds fédéraux.

83. *Ibid.* 84. 3(j)(2)(ii).

84. 107 S. Ct. 1123 (1987).

85. 442 U.S. 397, 99 S. Ct. 2361 (1979).

86. Précitée, note 84, p. 1131.

if it either imposes undue financial and administrative burdens on [an employer] or requires a fundamental alteration in the nature of [the] program<sup>87</sup>.

Plusieurs décisions concernant la discrimination à l'égard des sidatiques ont été rendues. Par exemple, dans l'affaire *Chalk c. United States District Court Central District of California*<sup>88</sup>, la *United States Court of Appeal, ninth Circuit*, en se fondant sur la décision *Arline*, a ordonné la réintégration du réclamant à son poste de professeur: le jugement est à l'effet que Chalk est une personne handicapée au sens de l'article 504 du *FRA* et qu'il est «*otherwise qualified*».

Dans l'affaire *Shuttleworth c. Broward County et al.*<sup>89</sup>, la *Florida Human Relations Commission* a décidé que Shuttleworth, un sidatique, était handicapé et qu'il bénéficiait de la loi de l'État interdisant la discrimination fondée sur le handicap.

Dans l'affaire *Department of Fair Employment and Housing c. Raytheon Co.*<sup>90</sup>, la *California's Fair Employment and Housing Commission* a décidé que le sida constitue un handicap selon le *Fair Employment and Housing Act*.

Finalement, aux États-Unis, les personnes qui sont perçues comme des personnes handicapées sont également protégées contre la discrimination<sup>91</sup>. Naturellement, vu la diversité de la législation appli-

87. *Ibid.*

Une accommodation raisonnable peut signifier la restructuration du travail, la modification ou la compression des horaires de travail, l'acquisition ou la modification de l'équipement de travail. Voir: 45 CFR 84. 12(b) (1986). Les critères permettant de déterminer si une accommodation est raisonnable sont la taille de l'organisation, le type d'organisation et les coûts engendrés par l'accommodation proposée. Voir: 45 CFR 84. 12 (c) (1986).

88. 840 F. 2d 701 (1988). Il importe de préciser que les travailleurs oeuvrant dans le milieu des services de santé peuvent avoir de la difficulté à prouver qu'ils ont été victimes de discrimination au sens de l'article 504 du *FRA*. En effet les hôpitaux, en vertu de la *state law*, sont tenus d'élaborer une politique en ce qui concerne les maladies transmissibles. (Aux États-Unis, le sida a été déclaré une maladie transmissible). Ainsi, ce qui semble *a priori* un acte discriminatoire ne l'est pas, étant donné que l'hôpital ne fait que mettre en application sa politique. Voir: *Lecklet c. Board of Commissioner*, 49 FEP Cases 541 (1989). (U.S. District Court, Eastern District of Louisiana) et *Nursing Home c. Union*, 88 LA 681 (1989).

89. 639 F. Supp. 654 (S.D. Fla. 1986).

90. Fair Employment and Housing Commission of the State of California Case N°. FEEp83-84; L1-031p; L- 33676 and 87-04 (February 5, 1987), citée dans *Biggs c. Hudson*, précité, note 79, p. 20.

91. *Doe c. The New York Hospital et al.*, Case No. GA-00035041487-DN; *Dairy Equipment Co. c. Dept. of Industry*, 95 Wisc. 2d, 319, 299 N.W. 2d, 330 (Wisc. Sup. Court, 1980); *Wolf & John W. c. Barton & Laurence*, No. 04986 (City of New York Commission on Human Rights complaint); *Peff c. Caro*, Superior Court of New Jersey, Docket No. 07306, citées dans *Biggs c. Hudson*, précité, note 79, p. 20.

cable dans le territoire américain, une proposition aussi générale sera valable dans certains cas — par exemple, selon l'article 504 du *FRA* — sans nécessairement l'être sous une autre loi (dont cependant nous n'avons pas trouvé d'exemple en jurisprudence). Seul un examen de chaque loi fédérale ou d'état permettrait de vérifier dans quelle mesure la proposition est exacte.

## LA JURISPRUDENCE CANADIENNE

Dans une décision québécoise récente<sup>92</sup>, une éducatrice en centre d'accueil est séropositive depuis mars 1986. En octobre 1987, elle s'absente du travail en raison de la malaria contractée lors d'un voyage au Guatemala. Son retour au travail est prévu pour le 1er mars 1988. La veille, elle participe à une émission de télévision où elle dévoile sa séropositivité. Malgré son déguisement grossier, l'employeur la reconnaît et exige qu'elle se soumette à un examen médical avant de réintégrer ses fonctions. Cette décision donne lieu à un premier grief.

La réclamante consent finalement à se présenter le 25 mars chez le médecin. Ce dernier conclut qu'elle est apte à reprendre son travail<sup>93</sup>. Le rapport médical ne fait aucune allusion à la déficience du système immunitaire causée par le virus du sida, ce qui amène l'employeur à demander à son employée de se soumettre à un second examen médical, mais dans le but de confirmer son état de séropositivité<sup>94</sup>. L'employeur désire obtenir une confirmation écrite afin de la déclarer «porteur sain de germe» et ainsi, par le jeu de l'article 22.01 de la convention collective, la déplacer à un autre poste<sup>95</sup>. La réclamante conteste cette demande en déposant un deuxième grief et ne se présente à aucun des rendez-vous fixés par son supérieur.

92. *Centre d'accueil Sainte-Domitille et Union des employés de service, local 298 (FTQ)*, [1989] T.A. 439. Le sida ne soulève pas des problèmes uniquement dans le milieu de travail. En effet, une décision en droit de la famille a été rendue. Voir: *J. c. R.*, 18 avril 1989, C.S.M., no 500-12-165160-874 (j. Victor Melançon). Dans cette décision, la Cour supérieure a jugé qu'un parent homosexuel, infecté du virus de même que son compagnon de vie, avait le droit de recevoir son fils à domicile. On retrouve aux États-Unis des décisions semblables. Voir: *Jane W. c. John W.*, (1987) 519 N.Y.S. 2d, 603; *Doe c. Roe*, (1988) 526 N.Y.S. 2d, 718; *Stewart c. Stewart*, (1988) 521 North Eastern Reporter, 2d Series, 956.

93. Le médecin qui l'a traitée pour la malaria l'avait déjà déclarée apte à travailler à compter du 1er mars 1988.

94. Il est difficile de comprendre pourquoi l'employeur exigeait un examen médical relatif à sa séropositivité étant donné que Louise Lamothe avait révélé son état de santé lors de son passage à la télévision. Cet aveu extrajudiciaire était suffisant pour la preuve qu'il désirait obtenir.

95. Selon l'avis du service juridique du ministère de la Santé et des Services sociaux, le VIH n'est pas considéré comme un «germe». Voir: *Centre d'accueil Sainte-Domitille c. Union des employés de service*, précité, note 92, p. 444.

Le directeur du centre d'accueil décide alors de cesser de lui verser son salaire, ce qui donne naissance à un troisième grief. Pour remédier à la situation, elle exige un certificat de cessation d'emploi afin de recevoir des prestations d'assurance chômage<sup>96</sup>.

L'arbitre saisi du litige note que plusieurs questions de droit ont été soulevées dans cette affaire<sup>97</sup>. Cependant, il décide que la question fondamentale concerne le droit de l'employeur d'exiger un examen médical avant d'autoriser le retour au travail de l'employée.

Il reconnaît que l'employeur a l'obligation de voir à ce que la santé de ses employés ne soit pas menacée par le milieu de travail. Or, dans le cas présent, c'est le risque de transmission du virus du sida aux bénéficiaires qui le préoccupe. À cet égard, des témoins-experts ont affirmé que, vu les tâches effectuées par l'éducatrice<sup>98</sup> et les modes de transmission du VIH, il n'existe aucun risque réel pour la santé des bénéficiaires. Par conséquent, l'arbitre déclare que l'employeur n'a aucun motif raisonnable d'exiger l'examen médical et ordonne la réintégration de la réclamante.

Dans une autre affaire<sup>99</sup>, un gardien du pénitencier de Kingston est affecté au bloc de l'hôpital. Il refuse d'ouvrir les cellules de prisonniers réputés atteints du virus du sida ou de l'hépatite B. Walton soutient que ces prisonniers pouvaient mettre sa santé et même sa vie en danger.

---

96. L'employeur n'a pas congédié Louise Lamothe. Toutefois, le fait d'avoir contraint la réclamante à demander un certificat de cessation d'emploi, en coupant son salaire, pourrait être interprété comme un congédiement déguisé (démission induite) ou une résiliation par suite de l'inexécution d'une obligation essentielle par le cocontractant.

97. En effet, plusieurs des problèmes soulevés font référence à des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Toutefois, l'arbitre conclut qu'il n'est pas nécessaire d'étudier ces aspects du problème, étant donné que l'employeur n'avait aucun motif raisonnable d'exiger que Louise Lamothe se soumette à un test de dépistage du sida.

98. Les bénéficiaires du centre sont des jeunes mésadaptées socio-affectives. L'arbitre conclut que cet élément n'augmente pas le risque de contagion même s'il peut arriver que le personnel soit impliqué dans des échauffourées. Ne sont pas retenues non plus les manifestations occasionnelles d'affection pratiquées communément dans ce milieu.

99. *Walton c. Treasury Board*, (1987) 16 C.C.E.L. 190 (Public Staff Relations Board). Pour une décision récente à l'effet que le contact avec le sang s'échappant d'une coupure ou le vomir d'un sidatique ne constitue pas un danger justifiant le renvoi, voir: *S.T.E. c. Bertelsen* 89 CLLC par. 17017 (Alberta Human Rights Board of Inquiry).

À l'appui de ses prétentions, il invoque la possibilité de contamination par contact avec des matières biologiques (fécales ou autres) ou par agression physique.

L'employeur a informé les gardiens de se laver avec de l'eau et du savon, en cas de contact avec les matières biologiques d'un prisonnier. De plus, il a mis à leur disposition des vêtements protecteurs, soit des gants et des souliers de plastique, une robe protégeant le tronc et un chapeau de papier. Walton considère qu'ils ne sont pas sûrs, d'une part parce que les jambes et les bras ne sont pas protégés, et d'autre part parce que l'endroit où sont rangés ces vêtements est accessible aux prisonniers.

De fait, un des prisonniers est atteint d'une hépatite B; six prisonniers sont séropositifs, deux ont une maladie reliée au sida (SAS) et un autre est sidatique.

Tout le litige porte sur la question suivante: Walton encourait-il un risque d'être infecté par le sida ou l'hépatite B dans l'exécution de ses fonctions?

Le président du conseil convient que l'analyse sur les dangers concernant le sida et l'hépatite B doit se faire séparément, étant donné la nature et les modes de transmission particuliers à chacune des maladies.

À la lumière des données bio-médicales sur le sida, le président Bendel conclut qu'il n'y a pas de danger de contracter le virus du sida dans les circonstances. Pour qu'il y ait danger au sens du *Code canadien du travail*, il faut un risque réel de contamination<sup>100</sup>. Les risques théoriques ne permettent pas de conclure qu'il y a danger au sens du Code.

Dans le cas de l'hépatite B, la situation est différente car cette maladie peut, contrairement au sida, se transmettre par simple contact. Ainsi, la salive constitue l'un des principaux modes de transmission. Par contre, l'hépatite B est une maladie curable.

Le président Bendel conclut que l'hépatite B constitue un danger au sens du Code. Par conséquent, en vertu des articles 129(4), 130(1) et 145(2)<sup>101</sup>, le salarié a droit à des mesures de protection particulières.

L'employeur avait plaidé que l'exposition au virus de l'hépatite B constituait une condition normale de l'emploi et que par conséquent un

100. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985) c. L-2, art. 122 (1) qui se lit: «danger: risque ou situation susceptible de causer des blessures à une personne qui y est exposée, ou de la rendre malade, avant qu'il ne puisse y être remédié.»

101. *Id.*, art. 129(4), 130(1) et 145(2).

salarié, en vertu de l'article 128(2)<sup>102</sup>, ne pouvait refuser de travailler en invoquant cette condition. Le tribunal conclut que la possibilité d'être assailli par un prisonnier est une condition normale de travail d'un gardien. Mais on ne peut en dire autant quant au risque de contracter l'hépatite B.

Cette décision met en relief le faible degré de transmissibilité du sida, par contraste avec une autre maladie contagieuse. La transmission du VIH par contact autre que ceux que nous avons énumérés précédemment est jugée théorique et ne constitue donc pas un danger pour la santé et la sécurité en milieu de travail où les relations avec les malades n'ont pas le caractère spécifique que nous avons décrit.

Enfin, dans l'arrêt *Pacific Western Airlines*<sup>103</sup>, un commissaire de bord a été suspendu avec solde, le 14 juin 1986, en raison des rumeurs voulant qu'il soit sidatique. Ces rumeurs circulaient déjà depuis plusieurs mois.

En fait, le réclamant était séropositif depuis l'automne 1985. En décembre 1985, il était atteint du sarcome de Kaposi. Malgré quelques absences, l'employé a pu continuer de travailler. Un examen médical subi trois jours avant la suspension indiquait qu'il était apte à travailler.

La question à traiter consiste à se demander si l'employeur pouvait suspendre l'employé uniquement parce qu'il croyait qu'il avait le sida<sup>104</sup>.

L'employeur prétend que les pilotes auraient refusé de travailler avec le réclamant. Les y obliger aurait nui à leur concentration, et par conséquent, affecté leur rendement. De plus, la présence d'un employé séropositif aurait compromis la sécurité de trois façons: par la baisse de rendement des pilotes; deuxièmement, par la diminution de ses capacités physiques ou intellectuelles; enfin, par le risque de contamination de ses collègues de travail.

L'arbitre conclut à l'absence de preuve à l'effet que les pilotes auraient refusé de travailler avec le réclamant ou que sa présence aurait

102. *Id.*, art. 128(2) qui se lit:

«L'employé ne peut invoquer le présent article pour refuser de faire fonctionner une machine ou une chose ou de travailler dans un lieu lorsque, selon le cas:

- a) son refus met directement en danger la vie, la santé ou la sécurité d'une autre personne
- b) le danger visé au paragraphe (1) est inhérent à son emploi ou en constitue une condition normale.»

103. *Pacific Western Airlines Ltd. c. Canadian Air Line Flight Attendants Association*, (1987) 28 L.A.C. (3d) 291, [1987] T.A. 589.

104. En fait, deux questions ont été traitées dans cette affaire. Pour les fins de notre étude, nous avons décidé d'aborder uniquement celle concernant le sida. La deuxième question était de savoir si le décès du réclamant rendait la procédure caduque.

nui à leur concentration. Quant à la capacité de l'employé, son dernier examen médical avait révélé qu'il était apte à travailler. Finalement, l'arbitre conclut, à partir des données bio-médicales, qu'il ne représentait aucun risque pour la santé de son entourage.

L'arbitre note que son jugement aurait été différent si l'employeur avait démontré que la présence de l'employé séropositif avait eu un effet négatif sur les intérêts de l'entreprise (*business interests*)<sup>105</sup>. En d'autres mots, si l'employeur avait démontré que le virus du sida avait rendu l'employé incapable de fournir un rendement convenable ou que sa séropositivité représentait un risque réel, et non hypothétique, à la sécurité de son entourage, il aurait pu le suspendre de ses fonctions.

### **LES TESTS DE DÉPISTAGE DU SIDA: LÉGALITÉ, NÉCESSITÉ, OPPORTUNITÉ**

Les tests de dépistage des anticorps anti-VIH soulèvent une foule de questions à caractère légal: l'employeur peut-il exiger des candidats qu'ils se soumettent à un test de dépistage au moment de l'embauchage? Peut-il ordonner à ses employés de passer un test de dépistage en cours d'emploi?

Bien d'autres questions peuvent être soulevées à savoir: l'employeur peut-il exiger un test de dépistage lors de l'examen médical annuel? Les employés peuvent-ils renoncer à leurs droits constitutionnels dans une convention collective ou par entente individuelle?

En dépit de l'intérêt que présentent toutes ces questions, nous limiterons notre étude aux deux premières.

Avant d'aborder ces questions, rappelons que les tests de dépistage nécessitent un prélèvement sanguin afin d'identifier les anticorps produits par l'organisme en réaction à la présence du virus. Actuellement, ces tests ne permettent pas d'établir avec certitude qu'un individu est infecté par le virus car plusieurs cas se sont révélés de faux positifs ou de faux négatifs. Il importe également de préciser qu'une personne dont le résultat s'avère positif n'est pas nécessairement inapte au travail. En effet, il peut s'écouler un bon nombre d'années avant qu'un séropositif développe certaines maladies reliées au sida ou le sida proprement dit. De plus, l'expérience à l'égard de cette maladie, soit huit années, montre

105. *Pacific Western Airlines Ltd. c. Canadian Air Line Flight Attendants Association*, précitée, note 103, p. 307. La notion de «*business interests*» suggère d'autres hypothèses: comprend-elle le refus de travailler avec un sidatique? S'étend-elle à une diminution de la clientèle par suite d'une politique de maintien en poste de ses employés infectés par le VIH? Nous reviendrons sur ces questions.

que certaines personnes infectées sont demeurées séropositives asymptomatiques de sorte qu'il paraît possible que cet état se prolonge indéfiniment.

### *Les tests de dépistage à l'embauchage*

Le test de dépistage lors de la sélection des candidats à l'emploi peut avoir des conséquences importantes. En effet, il est probable qu'un postulant dont le test est positif ne soit pas engagé. Pour étudier la légalité des tests de dépistage à l'embauchage, nous ferons état des droits des employeurs ainsi que de ceux des employés.

#### *A) Droits des employeurs*

L'employeur a le droit de déterminer les exigences de l'emploi, de même que les qualités, les aptitudes, et les qualifications que doit posséder le candidat. Toutefois, ces dernières doivent être reliées directement à l'emploi. Les conditions d'engagement peuvent être détournées à des fins discriminatoires. Par conséquent, l'imposition des tests de dépistage des anticorps anti-VIH est légitime uniquement dans le cas où l'employeur est en mesure de démontrer que le fait de ne pas être infecté par le virus du sida est une exigence fondamentale pour accomplir le travail demandé.

Toutefois, l'employeur est tenu, en vertu de l'article 19 du Code civil<sup>106</sup>, d'obtenir au préalable le consentement des individus. Benyekhlef<sup>107</sup> est d'avis que le postulant à un emploi consent implicitement aux exigences de l'emploi, en l'occurrence au test de dépistage. Selon lui, le consentement paraît libre et volontaire car la décision de postuler appartient uniquement au candidat. Benyekhlef ne nie pas qu'un refus de subir le test exigé risque d'entraîner le rejet de la candidature; mais, dans l'état actuel du droit, cette possibilité ne vicie pas le consentement.

Il n'en demeure pas moins que les droits des postulants limitent ceux de l'employeur. Rappelons que pour imposer à bon droit le test de dépistage des anticorps anti-VIH lors du processus de sélection,

106. *Code civil*, art. 19 qui se lit:

«La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi».

Voir également l'arrêt *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438. La Cour supérieure déclare qu'on ne peut contraindre une personne à subir un examen médical sans son consentement.

107. Karim BENYekhLEF, «Réflexions sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi», (1988) 48 *Revue du Barreau* 252,253.

l'employeur doit démontrer que cette condition est essentielle pour assurer la bonne exécution du travail. En d'autres mots, l'employeur doit faire la preuve qu'il s'agit d'un emploi comportant un risque de contamination pour l'entourage. À notre avis, rares sont les emplois rencontrant cette condition étant donné les modes particuliers de transmission du virus. À cet égard, Santé et Bien-être Social Canada affirme<sup>108</sup> que les travailleurs de la santé (médecins, infirmières et préposés) infectés par le virus peuvent continuer de prodiguer leurs soins aux patients et bénéficiaires. Par mesure de précaution, seuls sont écartés de leur poste les employés travaillant dans des zones effractives (salle d'opération), encore qu'une infirmière porteuse du virus pourra travailler en salle d'opération à condition qu'elle ne soit pas l'assistante directe du chirurgien.

### B) Droits des employés

Les employés, selon l'entreprise pour laquelle ils travaillent (privée, publique, parapublique, de juridiction fédérale ou provinciale), recourent aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>109</sup>, de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>110</sup> ou de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>111</sup>, lorsqu'ils croient que certaines pratiques de l'employeur vont à l'encontre de leurs droits.

Avant d'aborder les droits garantis par chacune de ces législations, soulignons la complexité de l'article 32 de la Charte canadienne. En effet, son champ d'application pose plusieurs problèmes. Pendant plusieurs années, la plupart des auteurs ont prétendu que tous les citoyens, et non seulement l'État, étaient tenus de respecter les dispositions de la Charte. Cependant, une décision récente, *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 et al. c. Dolphin Delivery Ltd. et al.*<sup>112</sup> a déclaré que la Charte ne s'applique pas aux rapports de droit

108. SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA, «Recommandations visant à prévenir la transmission du VIH en milieu de soins», novembre 1987, vol. 13s3, 11 p.

109. Précitée, note 38.

La Charte s'applique:

«a) Au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature» (art. 32(1)).

110. Précitée, note 38. Cette loi s'applique à tous les secteurs publics et privés qui relèvent de la compétence fédérale. Elle vise à compléter la législation canadienne en matière de discrimination et de protection de la vie privée.

111. Précitée, note 54. Cette loi s'applique aux employeurs et employés du secteur privé ainsi que du secteur public.

112. [1986] 2 R.C.S. 573.

privé<sup>113</sup>. Seul l'État fédéral ou provincial est tenu de respecter les droits et libertés garantis par la Charte. Mais, que faut-il entendre par l'État? Cette expression comprend-elle toutes ses activités législatives, exécutives et judiciaires? Selon l'article 32, le Parlement et les législatures provinciales, dépositaires du pouvoir législatif de l'État canadien, sont assujettis à la Charte. Mais, qu'en est-il du Sénat et de la Chambre des communes lesquels sont des composantes du Parlement? De plus, est-ce que les procédures d'enquêtes ou les procédures entreprises par la Chambre des communes, l'appareil administratif du Sénat et de la Chambre des communes, les responsables de ces appareils de même que les Présidents des deux Chambres ou encore les personnes qui ont des rapports avec l'appareil administratif sont assujettis aux dispositions de la Charte? Qu'en est-il de la législation déléguée, des territoires du Nord de même que des municipalités?

L'article 32 étend l'application de la Charte aux gouvernements, dépositaires du pouvoir exécutif de l'État canadien. Les difficultés découlent principalement de la notion de gouvernement. Que signifie ce mot? Comprend-il les ministères, les conseils, les offices, les commissions, les sociétés d'État, les sociétés dont les activités sont réglementées par l'État, les sociétés commerciales en général, les corporations municipales, les universités et les collèges communautaires, les commissions scolaires, les centres hospitaliers, les corporations professionnelles, etc.?

Enfin, le pouvoir judiciaire est-il tenu à l'obligation de respect? En d'autres mots, les tribunaux sont-ils assujettis à la Charte?

Toutes ces questions reflètent la complexité de l'article 32 de la Charte canadienne. À la lumière de l'analyse effectuée par Roger Tassé<sup>114</sup> en regard du champ d'application de la Charte, il faut conclure que le Parlement et les législatures provinciales sont assujettis aux dispositions de la Charte de même que tous ceux qui ont obtenu le pouvoir de légiférer à leur place. Les personnes qui ont eu recours à un texte législatif afin d'appuyer leur action sont tenues également à l'obligation de respect.

---

113. Le juge McIntyre dans l'affaire *Dolphin Delivery*, précitée, note 112, p. 603, ne reconnaît formellement l'application de la Charte aux rapports de droit privé que «lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la Charte...»

114. Roger TASSÉ, «À qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés?» dans Gérald-A. BEAU-DOIN (dir.), *Vos clients et la Charte - Liberté et Égalité*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, p. 35. Voir également, Henri BRUN, *op. cit.*, p. 224 à 229.

L'affaire *Dolphin Delivery* n'est pas décisive en ce qui concerne l'application de la Charte aux rapports de droit privé. Selon Hogg et Baudouin<sup>115</sup>, le droit commun québécois, soit le Code civil et le droit québécois dans son ensemble, est soumis à la Charte, contrairement à la common law. Ce raisonnement s'appuie principalement sur le fait que le droit privé québécois est codifié tandis que l'élaboration de la common law est l'oeuvre des tribunaux judiciaires lesquels ne sont pas, sauf pour certaines dispositions particulières, assujettis à la Charte<sup>116</sup>.

La Charte canadienne reconnaît certains droits qui peuvent restreindre considérablement l'utilisation des tests de dépistage. En effet, les articles 7 et 8<sup>117</sup>, lesquels visent la protection de la vie privée, édictent que:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

La question qui nous intéresse consiste à se demander si le test de dépistage des anticorps anti-VIH constitue une fouille au sens de l'article 8. Jusqu'ici, aucune décision n'a traité cet aspect. Pour étudier cette question, on doit se rapporter aux analyses et décisions rendues au Canada et aux États-Unis en regard du dépistage de drogue, qui soulève sensiblement les mêmes problèmes<sup>118</sup>.

115. Peter W. HOGG, «Who is Bound by the Charter?» dans Gérald-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 17 à 26, *passim*; Jean-Louis BAUDOIN, «Qu'en est-il du droit civil? Commentaires», dans Gérald-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 27 à 32, aux pages 28 et 29.

116. Peter W. HOGG, *id.*, p. 19; Jean-Louis BAUDOIN, *id.*, p. 29; Roger TASSÉ, *op. cit.*, p. 104.

117. Précitée, note 38. Plusieurs auteurs ont analysé le sens et la portée de l'article 8. Voir notamment: Bernard AUGER, «Ce qui est abusif au sens de l'article 8 de la Charte canadienne lors de la recherche de preuves», (1986) 27 *Les Cahiers de Droit* 965; Marie CHOQUETTE, «Les articles 8, 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés», (1984) 25 *Les Cahiers de Droit* 677; François CHEVRETTE, «Les notions de fouilles, perquisitions et saisies abusives: une interprétation littérale ou téléologique?» (1988) 13 *Manitoba Law Journal* 573. Voir également la décision *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. L'article 8 de la Charte canadienne a été interprété comme établissant un certain droit à la vie privée.

118. Voir: Karim BENYEKHFLEF, *loc. cit.*, p. 315-364; Claude FOISY, «L'examen médical comme moyen de dépistage de drogue et du sida», texte présenté à l'occasion du congrès annuel de la Conférence des arbitres du Québec, 1988, p. 1-43; Jon BIBLE, «Employee Urine Testing and the Fourth Amendment», (1987) 38 *Labor Law Journal* 611; Robert PREER, «The Impact of Drug Testing», (1988) 40 *Labor Law Journal* 51; Martin ARON, «Drug Testing: the Employer's Dilemma», (1987) 38 *Labor Law Journal* 157.

Dans un arrêt<sup>119</sup>, la Cour supérieure du Québec a décidé qu'un projet-pilote fédéral relatif au dépistage de drogue autorisé par certains règlements de la *Loi sur les pénitenciers*<sup>120</sup> allait à l'encontre de l'article 7 de la Charte canadienne.

Quant aux prélèvements sanguins, la jurisprudence canadienne<sup>121</sup> a reconnu qu'il s'agissait d'une fouille au sens de l'article 8 de la Charte canadienne. Par ailleurs, dans l'affaire *Pohoretsky*<sup>122</sup>, le juge Lamer de la Cour suprême déclare que:

[...] la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile...

Aux États-Unis, le dépistage a été reconnu comme une pratique contraire au Quatrième Amendement<sup>123</sup> lequel correspond à l'article 8 de la Charte canadienne.

Ainsi, par analogie au test de dépistage de drogue de même qu'aux décisions rendues à l'égard des prélèvements sanguins, on peut affirmer

119. *Re Dion et La Reine*, (1986) 30 C.C.C. (3d) 108.

120. *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), c. P-6.

121. Voir: *R. c. John*, (1987) 24 C.R.R. 105 (C.A.C.-B.); *R. c. Dymont*, (1986) 26 D.L.R. (4th) 399 (C.A.I.P.-E.); *R. c. Laframboise*, J.E. 85-653 (C.S.P.); *R. c. Horth*, J.E. 85-654 (C.S.P.); *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Tomasso*, April 20, 1989, Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O., Brooke and Tarnopolsky J.J.A.). Dans cette dernière affaire, un automobiliste avait été blessé et transporté à l'hôpital. Un technicien avait recueilli un échantillon de son sang répandu sur sa voiture. Une analyse démontra que son taux d'alcoolémie dépassait la norme de 0,08. Comme il n'avait pas consenti à ce que son sang soit recueilli (et non prélevé sur sa personne), la preuve fut jugée irrecevable.

122. Précitée, note 121, p. 949. Cependant, les résultats d'un test déjà contenus au dossier médical pourraient être accessibles à la partie adverse, s'ils se rapportent directement à l'objet du litige, (comme une réclamation fondée sur la faute professionnelle), par application de la règle générale relative à la protection du dossier médical posée par le juge Bourgeois dans: *Morrow c. Royal Victoria Hospital et al.*, [1972] C.S. 549.

123. Voir: Karim BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 335; Claude FOISY, *op. cit.*, p. 19; Susan LEVY, «The Constitutional Implications of Mandatory Testing for Acquired Immunodeficiency Syndrome-Aids», (1988) 37 *Emory Law Journal* 233; Susan WEBRECK et William JONES, «Organizational Health Screening: Reliability and Legality», (1988) 113 *Library Journal* 136; August STEINHILBER, «Aids and Employment: Legal and Policy Considerations», (1988) 35 *Federal Bar News & Journal* 379. La première décision qui a reconnu le prélèvement d'un échantillon de sang comme étant contraire au Quatrième Amendement est: *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966). Dans l'article de BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 333, ce dernier précise que: «Le 4<sup>e</sup> Amendement ne s'applique pas aux relations purement privées. La théorie du «state action» restreint son application entre partie privée et l'État ou l'une de ses composantes. Le même raisonnement s'applique à l'article 8 de la Charte.» Pour une comparaison des procédures canadienne et américaine de dépistage, voir: William F. FLANAGAN, «Equality Rights for People with Aids: Mandatory Reporting of Infection and Contact Tracing», (1989) 34 *McGill Law Journal* 530.

que les tests de dépistage des anticorps anti-VIH briment les droits fondamentaux des individus garantis aux articles 7 et 8 de la Charte canadienne.

Par ailleurs, relativement à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'employeur devra porter attention à l'article 7<sup>124</sup> édictant que:

[c]onstitue un acte discriminatoire le fait

- a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou
- b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi directement ou indirectement pour un motif de distinction illicite.

Les motifs de distinction illicites sont énumérés à l'article 3<sup>125</sup> où l'on retrouve le motif de «déficience» défini à l'article 20<sup>126</sup> de cette même Loi. Par conséquent, dans la mesure où les tribunaux reconnaîtront le sida comme un handicap, les employeurs visés par cette loi devront en tenir compte afin d'éviter les plaintes.

Cependant, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet aux employeurs de faire une «distinction» lorsque le motif invoqué constitue une exigence professionnelle justifiée<sup>127</sup>. Encore une fois, l'employeur devra démontrer que l'absence d'infection par le VIH, et donc le test de dépistage, constituent une telle exigence. Si l'on reprend les critères énoncés dans l'affaire *Etoibicoke*<sup>128</sup>, l'employeur doit croire honnêtement que l'imposition des tests de dépistage est essentielle pour assurer la bonne exécution du travail. Le deuxième critère consiste à démontrer objectivement la pertinence d'un test par rapport aux exigences de l'emploi.

À notre avis, il apparaît extrêmement difficile dans le cadre d'une exigence professionnelle justifiée de démontrer le fondement objectif des tests de dépistage. Il devra faire sa preuve en s'appuyant sur les données bio-médicales actuelles lesquelles ne justifieront que rarement l'imposition des tests de dépistage des anticorps anti-VIH<sup>129</sup>.

La *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>130</sup> reconnaît également plusieurs droits aux employés.

À l'instar de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Charte québécoise interdit certaines formes de discrimination en emploi.

124. Précitée, note 38, art.7.

125. *Id.*, art. 3.

126. *Id.*, art. 20.

127. *Id.*, art. 14.

128. Précitée, note 46.

129. Voir l'affaire *Rodger c. Canadian National Railways*, (1985) 6 C.H.R.R. 2899 (T.D.P.).

130. Précitée, note 54.

L'article 10 fait état des motifs de distinction prohibés<sup>131</sup>. Parmi ces motifs, on retrouve celui du «handicap».

Dans l'hypothèse où les tribunaux reconnaîtraient le sida comme un handicap, les employeurs devraient respecter les dispositions suivantes:

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.<sup>132</sup>

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.<sup>133</sup>

Aux termes de ce dernier article (18.1), l'absence du VIH ne pourra être exigée que si elle est une exigence professionnelle légitime au sens de l'article 20<sup>134</sup> et conséquemment il en ira de même de l'imposition du test de dépistage.

La Charte québécoise garantit également qu'une personne ne peut être contrainte de subir un test de dépistage abusif. En effet, les articles 1, 4, 5 et 24.1<sup>135</sup> reconnaissent les droits suivants:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

24.1. Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives.

Ainsi, l'imposition d'un test de dépistage c'est-à-dire le prélèvement d'un échantillon de sang sans consentement porterait atteinte au droit à l'intégrité de la personne (art.1). De plus, le fait de chercher à savoir si une personne est porteuse du virus ou le fait de divulguer cette information violerait le droit à la vie privée (art. 5)<sup>136</sup>. Enfin, la divul-

---

131. *Id.*, art. 10.

132. *Id.*, art. 16.

133. *Id.*, art. 18.1.

134. *Id.*, art. 20.

135. *Id.*, art. 1, 4, 5 et 24.1.

136. Voir Patrick GLENN, «Le droit au respect de la vie privée», (1979) 39 *Revue du Barreau* 879.

gation d'informations concernant l'état de santé d'une personne porterait atteinte, selon les circonstances, au droit reconnu à l'article 4.

L'article 5 de la Charte québécoise (nous parlerons tantôt de l'article 24.1) joue sensiblement le même rôle que l'article 8 de la Charte canadienne. Ces articles garantissent le droit au respect de la vie privée. Selon l'analyse de Benyekhlef<sup>137</sup>, les principes retenus par nos tribunaux en ce qui a trait à la Charte canadienne peuvent être transposés dans le cadre de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Toutefois, étant donné que l'article 5 mentionne expressément le droit à la vie privée, il serait normal qu'il reçoive une interprétation plus large que l'article 8 de la Charte canadienne qui traite des fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

Par ailleurs, l'article 24.1 de la Charte québécoise est l'équivalent de l'article 8 de la Charte canadienne. Les textes de ces deux articles étant pratiquement identiques, l'article 24.1 devrait être analysé de la même façon que son homologue. Comme le souligne André Morel<sup>138</sup>:

[...] On peut comprendre la réaction de celui placé devant deux textes législatifs dont les dispositions sont équivalentes, les interprète de façon semblable. Et comme la jurisprudence rendue en application de la Charte canadienne est considérable, on a pris l'habitude de puiser largement à cette source nationale pour interpréter les dispositions correspondantes de la Charte québécoise. On l'a fait pour les libertés fondamentales d'expression et de religion (art. 2) comme pour le droit de tout être humain à la liberté de sa personne (art. 1). On l'a fait également pour de nombreux droits judiciaires qu'il s'agisse notamment de la protection contre les perquisitions abusives (art. 24.1)...

Enfin, soulignons, à l'instar de Benyekhlef<sup>139</sup>, que l'article 24.1 ne peut être interprété sans référence au droit à la vie privée consacré à l'article 5. Ce dernier élargit en quelque sorte le champ d'application de l'article 24.1.

En résumé, le test de dépistage des anticorps anti-VIH au moment de l'embauchage peut être imposé uniquement lorsqu'il correspond à une exigence professionnelle justifiée. Ainsi, la crainte de la transmission du virus<sup>140</sup>, la curiosité, ou les préférences de l'employeur ne sont pas des exigences professionnelles légitimes. L'imposition des tests de

137. Karim BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 360. Voir aussi Paul LESAGE, communication présentée à l'occasion d'une journée d'étude organisée par l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal, le 1<sup>er</sup> octobre 1988, p. 20.

138. André MOREL, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: Problèmes d'interaction», (1986) 17 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 80.

139. Karim BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 362.

140. Voir l'affaire *Arline*, précitée, note 84.

dépistage ne se justifie que dans la mesure où l'employeur peut démontrer qu'il est essentiel que les candidats ne soient pas infectés du virus pour exécuter de manière sûre et efficace les principales fonctions de l'emploi.

### *Les tests de dépistage en cours d'emploi*

Les problèmes que soulève l'exigence d'un test de dépistage en cours d'emploi sont principalement de deux ordres: soit celui des motifs justifiant cette demande et celui du consentement. Avant d'aborder ces deux aspects, précisons que les dispositions des lois fédérales et provinciales discutées dans le premier volet de ce thème s'appliquent également dans la situation présente.

L'employeur qui désire soumettre un employé à un test de dépistage doit être en mesure de se justifier. L'occupation du poste signifie que le salarié a été reconnu apte à remplir les tâches de l'emploi; il y a donc présomption de fait qu'il a conservé cette aptitude. Ainsi, l'employeur doit avoir des motifs raisonnables pour exiger le test de dépistage des anticorps anti-VIH. Les critères pour déterminer la raisonnablement d'une fouille ont été dégagés dans l'article de Benyekhlef<sup>141</sup>. Bien que son analyse concerne les tests de dépistage de drogue, nous sommes d'avis qu'elle s'applique aussi à notre sujet. L'analyse de l'auteur repose sur l'interprétation donnée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*<sup>142</sup> de l'article 8 de la Charte canadienne. La Cour suprême se prononçait pour la première fois sur la portée de cet article. Selon cette décision, l'article 8 impose une évaluation des intérêts opposés de l'État et de l'individu. Ce concept d'équilibre des intérêts est au coeur de chacun des problèmes soulevés par le sida<sup>143</sup>. D'une part, la santé publique doit être protégée contre cette maladie incurable. D'autre part, les droits individuels méritent protection également. Dans ce débat, il est essentiel de faire la distinction entre le sida (données bio-médicales) et le phénomène du sida (crainte irraisonnée).

Il appert qu'un test de dépistage est justifié uniquement lorsque la santé et le bien-être de l'entourage est menacé. Seul cet argument est raisonnable pour permettre une intrusion dans la vie privée d'un salarié en cours d'emploi.

141. Karim BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 344-350. Voir également l'analyse de Claude FOISY, *op. cit.*, p. 19-20.

142. Précitée, note 117.

143. Voir Anne TREBILCOCK, «Le sida et le lieu de travail - Les orientations que suggèrent les normes de l'OIT», (1989) 128 *Revue Internationale du Travail* 34; Susan LEVY, *loc. cit.*, p. 217. Aux États-Unis, une décision récente fait état de la complexité de cet équilibre des intérêts opposés soit ceux de l'individu et ceux de l'État. Voir: *Plowman c. Department of the Army*, 3 IER Cases 1665 (1988). (U.S. District Court, Eastern District of Virginia).

En plus d'avoir un motif raisonnable, l'employeur doit obtenir le consentement de l'employé. Le consentement doit être libre et non le fruit de pressions indues de l'employeur<sup>144</sup>. En d'autres mots, des menaces de renvoi, de suspension, ou de rétrogradation auront pour effet d'entacher de nullité le consentement. Le consentement est également vicié lorsque l'employeur fait des menaces de façon voilée ou lorsqu'il indique à l'employé qu'un refus de subir le test équivaut à un aveu de séropositivité.

L'employeur qui fera subir le test devra aussi s'assurer que le résultat obtenu est celui de l'employé examiné et s'assurer de la qualité du test et de ses conditions d'administration. De plus, il ne pourra divulguer cette information à qui bon lui semble car le salarié a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (art. 4), au respect de sa vie privée (art. 5), et a droit au secret professionnel (art. 9).

Dans l'ensemble, nous croyons qu'il existe peu de situations justifiant l'utilisation des tests de dépistage des anticorps anti-VIH. En effet, les tests de dépistage au moment de l'embauchage seront permis uniquement s'ils constituent une exigence professionnelle, ce qui sera extrêmement rare. En cours d'emploi, les tests seront justifiés seulement si le travail comporte un danger pour la santé de l'entourage. Ces conditions restreignent considérablement l'administration des tests de dépistage.

La Commission québécoise des droits de la personne<sup>145</sup> est d'avis que le recours au test de dépistage n'est pas justifié. Elle considère que les postes où le fait de ne pas être porteur du virus soit une qualité requise de l'emploi sont très rares. La Commission recommande, dans le cas des examens à l'embauchage, que l'employeur fasse d'abord une offre écrite au candidat, celle-ci étant conditionnelle au résultat de l'examen médical. Cette directive vise à éviter que l'examen devienne un outil de discrimination. Rappelons cependant que l'examen médical doit uniquement servir à identifier si le postulant possède les aptitudes requises par l'emploi<sup>146</sup>.

La Commission canadienne des droits de la personne<sup>147</sup> tient sensiblement le même discours. Toutefois, elle souligne qu'il existe trois

144. Voir Karim BENYEKHFLEF, *loc. cit.*, p. 336-339; Paul LESAGE, *op. cit.*, p. 15-17.

145. Daniel CARPENTIER, *op. cit.*, p. 7-9.

146. Daniel CARPENTIER, *Le respect des droits fondamentaux dans le cadre des examens médicaux en emploi*, Commission des droits de la personne du Québec, n° de cat. 115, 1987, p. 7.

147. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, p. 6-7.

situations où le test de dépistage est légitime. Ces situations sont les mêmes que celles énumérées dans le cadre d'une exigence professionnelle.

Il reste à discuter du dépistage universel ou par échantillonnage aléatoire<sup>148</sup>. Certes, ces procédés éliminent la question de la discrimination individuelle; elles laissent entière celle de la violation des droits individuels.

S'il n'est pas permis d'imposer le test aux individus, il ne l'est pas davantage pour l'ensemble (ou un sous-ensemble). La violation des droits individuels ne serait que multipliée, plutôt qu'effacée, par la généralisation d'une pratique que ne permet la loi qu'en des circonstances exceptionnelles.

## LES PROBLÈMES RELATIFS AUX TIERS

Nous avons traité le sida en termes de handicap au sens de la loi, afin de savoir si les sidatiques étaient protégés contre les attitudes discriminatoires des employeurs. De plus, après avoir fait état des jurisprudences américaine et canadienne concernant le sida, nous avons analysé la question des tests de dépistage. En dernier lieu, nous traiterons des différents problèmes soulevés par les tiers, soit les collègues de travail et les personnes qui entrent en relation avec l'employeur du salarié sidatique autrement que par un lien d'emploi.

### *Les collègues de travail*

Dans une entreprise, les employés, en raison de leur travail ou de l'emplacement de leur poste de travail, sont amenés à interagir. Par conséquent, qu'arrive-t-il lorsqu'un employé refuse de travailler avec un collègue qu'il croit, à tort ou à raison, être infecté du virus? En vertu de l'article 12 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, un employé a le droit de refuser de faire un travail s'il croit sa santé menacée<sup>149</sup>. Par ailleurs, l'employeur est tenu légalement de protéger la santé et la sécurité de ses salariés et de prendre les mesures nécessaires pour éliminer la source du danger qui les menace<sup>150</sup>. Ce problème nous ramène à la question: résulte-t-il un danger réel de la présence du sidatique en

---

148. L'échantillonnage aléatoire ne se distingue du dépistage universel qu'au plan pratique, étant plus économique à tous points de vue. Au plan théorique, il soulève la question de sa représentativité en regard de la population étudiée. Cette question déborde le cadre de notre étude. Pour le reste, au plan des principes, les deux méthodes sont sur le même pied.

149. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 12.

150. *Id.*, art. 51.

milieu de travail? Au risque de nous répéter, selon les connaissances actuelles en matière de sida, aucun cas de transmission par contacts non sexuels entre collègues de travail n'a été rapporté. Par conséquent, il n'existe aucune raison médicale justifiant l'éloignement du sidatique de son milieu de travail. L'employé qui persiste à revendiquer son droit de refus pourrait faire l'objet de mesures disciplinaires, être muté ou congédié, étant donné qu'il n'a aucun motif raisonnable et qu'en refusant de travailler il ne respecte pas ses obligations<sup>151</sup>. À notre avis, ces mesures ne sont que des palliatifs. En effet, l'employeur doit tenir compte des inquiétudes de son personnel et lui donner des moyens de se renseigner sur le sujet afin de vaincre les préjugés et les craintes non fondées. L'information est la seule véritable solution en la matière.

L'employé sidatique peut aussi être victime de harcèlement. Selon la Commission des droits de la personne du Québec<sup>152</sup>, le harcèlement est:

[u]ne conduite se manifestant, entre autres, par des paroles, des actes ou des gestes répétés, à caractère vexatoire ou méprisant, à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'article 10 de la Charte. Il peut s'agir de harcèlement d'une personne en raison de sa race, son sexe, son orientation sexuelle, sa religion, son handicap, etc.

Le harcèlement en milieu de travail est prohibé par différentes législations. Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit en son article 10.1<sup>153</sup>:

Nul ne peut harceler une personne en raison de l'un des motifs visés à l'article 10.

Au niveau fédéral, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* édicte en son article 14.1<sup>154</sup>:

Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite [en l'occurrence la déficience], le fait de harceler un individu: [...]

151. L'emploi du verbe «persister», suppose que le droit de refus revendiqué en un premier temps, s'est révélé, à l'examen, sans fondement. Le motif raisonnable de croire au danger n'existe plus; le travailleur ne peut non plus se réfugier derrière sa bonne foi. Cf. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, article 19. Sur ces points, dans une perspective générale, voir: Marc RENAUD, Gilles TRUDEAU, Chantal ST-JACQUES et Louise DUBÉ, *Le droit de refus: une révolution tranquille. Étude de la mise en oeuvre d'un nouveau droit*, monographie n° 21, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1989, chapitres 1, 9 et 10.

152. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, «Le harcèlement en milieu de travail», (1987) vol. 10, n° 12, *Bulletin de la Commission des droits de la personne du Québec*, p. 1.

153. Précitée, note 54, art. 10.1.

154. Précitée, note 38, art. 14.1.

c) en matière d'emploi.

L'auteur du harcèlement, une fois reconnu, est tenu responsable des dommages causés à autrui. De plus, l'employeur est responsable de la conduite de ses employés<sup>155</sup>. En effet, ce dernier a le devoir d'assurer un climat convenable et des conditions de travail justes et raisonnables. Il est responsable des dommages causés par ses employés dans l'exécution de leurs fonctions.

### **Clients, fournisseurs, bénéficiaires et sous-traitants**

Quelles sont les obligations de l'employeur lorsque les tiers qui entrent en relation avec lui autrement que par un lien d'emploi exercent des pressions afin qu'il se départisse des services de son employé sidatique?

Si l'employé rejeté est apte à remplir ses fonctions et s'il ne représente aucun danger pour son entourage, l'employeur ne peut le congédier ou le muter en raison des pressions exercées.

Pendant, quelle sera la décision des tribunaux si la présence du sidatique affecte les intérêts économiques de l'entreprise? Pensons simplement aux clients qui boycotteraient un restaurant dont un serveur serait, à tort ou à raison, réputé porteur du virus.

Cette hypothèse peut s'analyser suivant la ligne traditionnelle de la discrimination fondée sur le handicap, dont nous avons déjà traité. En effet, la cause de discrimination est l'infection par le VIH, donc le handicap. Outre le fait que la mise au ban est elle-même une discrimination causant préjudice au sidatique, il reste qu'en pratique, c'est l'employeur qui le congédiera et se rendra ainsi vulnérable à une plainte fondée sur la discrimination. Ce dernier invoquera son intérêt économique (*business interest*) et, en cas de succès, le salarié devra se retourner contre les tiers. Mais il s'agit alors d'une immixtion de tiers dans la relation contractuelle; le problème sort de l'ordre contractuel pour entrer dans l'ordre social. Un groupe en stigmatise un autre dans le corps social: il y a un problème de société plutôt qu'une faute dans les rapports juridiques individuels. C'est pourquoi, sans écarter l'analyse fondée sur la discrimination en raison du handicap (qui s'adapte très

155. Voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, précité, note 151 et Sylvain TOUPIN, «Le harcèlement sexuel en milieu de travail», (1988) 43 *Relations industrielles* 540. En jurisprudence, consulter: *Robichaud c. Canada (Treasury Board)*, précitée, note 9; *Hinds c. Canada Employment and Immigration Commission*, précitée, note 9; *Gervais c. Agriculture Canada*, précitée, note 9; *Janzen c. Platy Entreprises Ltd.*, D.T.E. n° 89T-558, 89 CLLC 17 012 (Cour suprême du Canada). Ces décisions portent sur le harcèlement sexuel mais on peut en tirer un enseignement relativement à la responsabilité générale de l'employeur d'assurer aux salariés un milieu de travail sain et donc exempt de discrimination de toute nature.

bien à la relation d'employeur à salarié), nous croyons que l'avenue de la discrimination fondée sur la condition sociale est une approche plus appropriée et prometteuse<sup>156</sup>. La notion de condition sociale est, pour ainsi dire, un terrain vierge donc propice au développement d'une jurisprudence répondant à un problème de type nouveau; par contre, la jurisprudence relative à la discrimination fondée sur le handicap serait-elle applicable au cas sous étude? Les tribunaux n'hésiteraient-ils pas à pas-

156. Voir par exemple l'affaire *De Jong c. Horlacher Holdings Ltd.*, Council of Human Rights of British Columbia, May 12, 1989, décision non publiée, résumée au *Lawyers Weekly*, le 1er sept. 1989, p. 10. Nous avons utilisé le texte intégral. Dans cette affaire, la réclamante, serveuse de restaurant, souffrait d'une forme sévère d'acné aux bras et au visage. Le seul médicament efficace contre cette forme d'affection lui était interdit à cause d'effets secondaires inacceptables. L'acné chronique fut jugée être un handicap physique (*a physical disability*) et le sida, dans sa phase active, le serait sans doute également. Aussi, la décision nous intéresse-t-elle sur d'autres plans. D'abord la maladie donna lieu à toutes sortes de diagnostics fantaisistes de la part des clients, allant du sida jusqu'à la syphilis. (Rappelons-nous que le sarcome de Kaposi, l'une des manifestations du sida, est une affection de la peau et que d'autre part le sida est considéré comme une maladie contractée et transmise sexuellement). En second lieu, des clients avaient fait pression pour que la réclamante ne soit pas affectée à leur service (p. 5). Or, les préférences des clients ne justifient pas un acte par ailleurs discriminatoire : *Varma et G. B. Allright Entreprises Inc.*, (1988) 9 C.H.R.R. 5290, 5292 (B. C. Council of H. R.). Voir également *Halja c. Nestoros and Welland Plaza Restaurant*, (1987) 8 C.H.R.R. 3875 (Ontario Board of Inquiry) et la jurisprudence qui y est citée. Troisièmement, après avoir fait droit à la réclamation, le Conseil prononce une ordonnance de cesser de commettre l'infraction prévue à l'article 17 (2) (a) du *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22. Même dans la meilleure hypothèse où telle ordonnance équivaldrait à une réintégration forcée, l'efficacité en serait douteuse comme en fait foi l'expérience vécue sous l'empire des lois établissant des normes minimales du travail, en l'absence du support moral et juridique d'une association accréditée. Par ailleurs, la réclamante a reçu une compensation de 1 500\$ pour douleur morale et humiliation (p. 9). Ces remèdes sont, selon nous, insuffisants ou inefficaces et c'est pourquoi nous suggérons, dans de telles circonstances — pression des tiers au détriment de la personne rejetée —, une approche sociale plutôt qu'individuelle. Il ne suffirait pas de considérer l'état de sidatique comme une «condition sociale» plutôt que comme une déficience ou un handicap. Ce ne serait qu'un premier pas en vue d'une solution sociale du problème vécu individuellement. Encore faut-il constater que ce premier pas reste à franchir, comme on le verra dans les paragraphes qui suivent. Dans la décision *Fontaine c. Canadian Pacific Ltd.*, 89 CLLC, parag. 17 024, D.T.E. n° 89T-1083, le donneur d'ouvrage (C.P. Ltd.) fut tenu responsable du renvoi de Fontaine, employé d'un sous-traitant chargé de fournir le gîte et le couvert aux équipes d'entretien des voies ferrées. Parce que C.P. était l'unique cliente du sous-entrepreneur et qu'elle avait le contrôle du milieu de travail, elle fut tenue pour être l'employeur. Cette décision est l'objet d'une demande en révision et annulation auprès de la Cour fédérale, division d'appel, dossier n° A-514-89. C.P. soutiendra principalement qu'elle n'était pas liée contractuellement à Fontaine et qu'elle ne peut donc être considérée comme son employeur: *The Lawyers Weekly*, 24 novembre 1989, p. 20.

ser du préjudice causé par un contractant à celui causé par un tiers? La notion prétorienne de handicap est-elle suffisamment large pour englober le cas qui nous occupe, notamment en ce qui concerne la perception subjective du sida et de ses dangers? Nous aborderons donc brièvement la notion de condition sociale<sup>157</sup>.

Un auteur écrivait, en 1987:

[a]ucun cas qui portait sur la condition sociale n'a pu trouver oreille favorable auprès des juges.<sup>158</sup>

À la lumière de la jurisprudence<sup>159</sup>, la condition sociale fait référence soit au rang, à la place, à la position qu'occupe un individu dans la société de par sa naissance, son revenu, son niveau d'éducation, son occupation, soit à l'ensemble des circonstances et des événements qui font qu'une personne ou un groupe occupe telle situation ou telle position dans la société.

Bien que la jurisprudence ait défini le concept, son application demeure problématique vu l'absence de cas accueillis favorablement jusqu'ici. D'après la jurisprudence, le fait d'avoir des antécédents médicaux ou psychiatriques<sup>160</sup>, d'être chef de famille monoparentale<sup>161</sup>, d'être bénéficiaire de l'aide sociale<sup>162</sup>, d'être titulaire d'un casier judiciaire<sup>163</sup>, d'être enceinte<sup>164</sup>, d'être sans travail en raison d'un conflit collectif<sup>165</sup> ou de jouir d'un certain niveau de rémunération<sup>166</sup> ne déter-

157. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 54, art. 10.

158. André COLLARD, «La condition sociale: est-ce vraiment un motif de discrimination?», (1987) 47 *Revue du Barreau* 188. Voir cependant, l'arrêt de la Cour d'appel, *infra*, note 159.

159. *C.D.P.Q. c. Centre hospitalier St-Vincent de Paul de Sherbrooke*, C.S. St François, n° 450-05-000856-78, le 7 novembre 1978; *C.D.P.Q. c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (C.S.); *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *C.D.P.Q. c. Équipe du Formulaire L.T. Inc.*, (1982) 3 C.H.R.R. 1141 (C.P.); *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal*, (1983) 4 C.H.R.R. 1444 (C.S.); *Johnson et al. c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

160. *C.D.P.Q. c. Centre hospitalier St-Vincent de Paul de Sherbrooke*, précitée, note 159.

161. *C.D.P.Q. c. Poisson*, C.P.M. n° 500-02-046915-786, le 16 janvier 1980.

162. *C.D.P.Q. c. Paquet*, [1981] C.P. 78.

163. *C.D.P.Q. c. Cie Price Ltée Inc.*, précitée, note 159; *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, précitée, note 159; *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal*, précitée, note 159. Ces victimes sont maintenant protégées en vertu de l'article 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 54. L'article se lit:

«Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été reconnue coupable ou s'est avouée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi, ou si cette personne en a obtenu le pardon»

164. *C.D.P.Q. c. Équipe du Formulaire L.T. Inc.*, précitée, note 159.

165. *Johnson et al. c. Commission des affaires sociales*, précitée, note 159.

166. *Rhéaume c. Association professionnelle des optométristes du Québec*, [1986] D.L.Q. 57 (C.S.).

mine pas la condition sociale. Actuellement, seul le statut d'étudiant a été considéré comme une condition sociale<sup>167</sup>.

De plus, à deux occasions<sup>168</sup>, la Commission des droits de la personne a eu recours, sans succès, aux notions sociologiques de *in group* et *out group* pour définir la condition sociale:

[l]e *out group*, pour des raisons économiques, culturelles ou psychologiques, est l'objet d'ostracisme. Il est composé d'exclus qui, volontairement ou non, vivent une forme de «déviance» que le *in group* considère menaçante. Ce pourrait être, suivant le cas, des prêtres laïcisés, des mères célibataires, des hippies, des drop-out, des écologistes, des chômeurs, des assistés sociaux, des ex-détenus, des faillis, des étudiants, des familles avec plusieurs enfants, des femmes au foyer, des retraités, etc. Le vocable de *out group* pouvant recouvrir tous les groupes victimes de discrimination, il permettrait à la «condition sociale» d'atteindre toutes les minorités qui ne font l'objet d'aucune protection spécifique des autres catégories de l'article 10.<sup>169</sup>

Notons, toutefois, que la Cour a rejeté cette interprétation dans les deux litiges au motif que cette définition dépasse le sens ordinaire des mots «condition sociale» et qu'elle fait dire au législateur plus qu'il n'en dit<sup>170</sup>. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il paraît légitime de conclure que la «condition sociale» n'a pas de signification dans le langage ordinaire, puisque les tribunaux ne lui trouvent pratiquement aucune application concrète. En d'autres termes, le législateur aurait parlé pour ne rien dire, ce qui contredit l'article 41 de la *Loi d'interprétation*<sup>171</sup>.

On s'est étonné que les tribunaux n'aient pas voulu compléter la liste des motifs de distinction illicites énoncés à l'article 10, par la notion de condition sociale.

Brun et Binette en donnent trois raisons:

- A. la nouveauté et l'ambiguïté d'une expression que le législateur n'a pas définie;
- B. les règles d'interprétation qui interdisent à nos juges d'adapter l'application des lois à des considérations sociologiques au même titre, par exemple, que leurs vis-à-vis américains;
- C. et disons-le sans ambages, une certaine idéologie de la magistrature qui se manifeste parfois sans parement.<sup>172</sup>

167. *Lévesque c. P.G. du Québec*, [1988] R.J.Q. 223, 229 (C.A.) (*obiter dictum*).

168. Arrêts *Cie Price* et *Ville de Beauport*, précités, note 157.

169. Renée LESCOP, «*La condition sociale*», Cahiers de la C.D.P., n° 2, 1980, p. 83.

170. *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, précitée, note 159, p. 298.

171. L.R.Q., c. I-16. Voir aussi les articles 1014 et 1015 C.c.

172. Henri BRUN et André BINETTE, «L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif prohibé par la Charte des droits du Québec», (1981) 22 *Cahiers de droit* 681.

Nous pensons que les juges devraient considérer la définition sociologique car la condition sociale n'est pas un concept juridique<sup>173</sup>. Ainsi, le concept de condition sociale protégerait les groupes qui seraient victimes d'ostracisme, dans le cas présent les sidatiques.

Cependant, en supposant que les personnes porteuses du VIH soient protégées et obtiennent gain de cause, quel remède procurer contre l'exclusion par les tiers? Reprenons l'exemple du restaurateur dont le serveur est réputé sidatique. Il est impensable d'obliger la clientèle à fréquenter son établissement. Dans l'hypothèse d'un renvoi, le salarié pourrait rechercher son employeur en dommages, ce dernier se retournant (par voie de mise en cause) contre les responsables du dommage. Même si la règle de la responsabilité solidaire des coauteurs du délit civil<sup>174</sup> paraît ici d'un grand secours, on perçoit au premier examen l'impraticabilité de pareille solution, en raison particulièrement des difficultés de preuve inhérentes à ce genre de problème.

Si, au contraire, l'employeur garde le salarié à son service, il devra en supporter les inconvénients. Son recours contre les instigateurs du boycottage serait à tout le moins illusoire. Par ailleurs, le retrait individuel de clientèle est encore plus problématique; en effet, si tant est qu'un recours soit ouvert, son exercice serait pratiquement impossible, vu la difficulté supplémentaire de prouver le motif illicite.

Quant au bénéficiaire d'une institution publique, (hôpital, centre d'accueil, centre local de services communautaires ou autre établissement du même genre), il n'est pas un client lié contractuellement à l'employeur<sup>175</sup>. Il ne peut exiger le renvoi d'un salarié par pression économique vu qu'il a affaire à une institution à but non lucratif<sup>176</sup>. Par

---

173. L'apport des sciences sociales a été reconnu de longue date par les tribunaux supérieurs. Voir par exemple: *Bank of Toronto c. Lambe*, (1887) 12 App. Cas. 575, 581 où le Conseil Privé fit appel à l'économie politique pour distinguer entre taxes directe et indirecte. Au même effet, voir: *Brewers and Malsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231, 236; *Atlantic Smoke Shop Limited c. Conlon et al. and Attorney-General for Canada*, [1943] A.C. 550, 554. Voir aussi les remarques du juge Laskin quant à l'utilité de l'éclairage des sciences économiques pour la qualification d'une loi: *Dans l'affaire de l'article 55 de la Loi sur la Cour suprême et dans l'affaire des questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la Loi anti-inflation, par le décret C.P. 1976-581 en date du 11 mars 1976*, [1976] 2 R.C.S. 373, 386-91.

174. Art. 1106 C.c.

175. Sur ce point, consulter: Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, n<sup>os</sup> 108 et s.

176. S'il s'agit d'une institution privée, subventionnée ou non, l'analyse présentée plus haut trouvera application. Le cas demeure théorique, toutefois, dans l'état actuel d'encombrement du réseau des affaires sociales.

ailleurs, tout autre moyen de pression semble écarté par l'illicéité des motifs qui l'animent.

Enfin, les tiers liés contractuellement à l'employeur, tel un sous-traitant, seraient tenus responsables des dommages découlant de l'inexécution de leurs obligations, y compris ceux résultant de l'adoption, par l'employeur visé, de solutions de rechange, le cas échéant. Le tiers serait quant à lui sans recours utile. En effet, dans l'hypothèse d'une rupture injustifiée de son contrat, l'exception *non adimpleti contractus* lui serait fatale. La conclusion de notre analyse est que l'employeur ne serait nullement justifié de céder à la pression de ses cocontractants.

Dans l'ensemble, cependant, les recours de droit privé ne sont pas adaptés au problème à l'étude. À un problème social, il faut remédier par une solution sociale. C'est pourquoi la société, donc l'État, doit s'acquitter de son obligation d'information et d'éducation, lesquelles constituent l'arme la plus efficace contre la discrimination, individuelle ou sociale.

## CONCLUSION

Nous avons mis en évidence les caractéristiques bio-médicales du sida. La connaissance de ces données de base est essentielle dans tous les aspects de la relation de travail axés sur la détermination des droits et obligations des parties en présence.

S'agit-il de droit de refus? La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* précise que le travailleur qui invoque un danger pour sa santé doit être de bonne foi ou avoir des motifs raisonnables de croire à l'existence de ce danger (selon l'un ou l'autre courant jurisprudentiel). L'état et la dissémination des connaissances sur les causes, les effets, les modes de transmission et autres caractères du sida sont un facteur déterminant dans l'appréciation de la perception subjective du danger de la part du salarié.

S'agit-il plutôt de l'employeur qui dit agir au nom de la protection de la santé de ses employés ou de la sécurité du public? Encore là, les données bio-médicales du problème ont une importance capitale.

Il en va de même pour le tiers — arbitre appelé à réviser la décision de l'employeur qui aurait renvoyé, suspendu ou déplacé un salarié à cause de sa condition sidatique.

Mais les connaissances bio-médicales ne servent qu'à la détermination des faits. La règle de droit doit évidemment être prise en considération. Or, nous avons vu la complexité de la règle de droit. Non

seulement n'existe-t-il pas de règle spécifique mais encore y a-t-il interaction de différentes branches de droit dans l'analyse des aspects juridiques du sida en milieu de travail.

Le droit du travail considéré au sens étroit comme une branche du droit civil ne contribue pratiquement qu'à l'élaboration de la toile de fond sous-tendant l'analyse. Si on élargit la notion de droit du travail pour y inclure la législation sur la protection de la santé des travailleurs, des ébauches de solution voient le jour. Mais, ce faisant, le caractère privé du droit du travail a cédé du terrain au droit public dans le sens que la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* limite la liberté contractuelle et fait intervenir l'appareil étatique dans l'accomplissement de la relation de travail à certaines occasions.

Il y a plus. L'analyse juridique du sida en milieu de travail ne peut être complète sans y inclure l'aspect constitutionnel et les libertés fondamentales. Ces questions se posent à plusieurs égards, par exemple, si des tests obligatoires sont mis sur pied ou encore s'il y a apparence de discrimination contre le sidatique.

Pour couronner le tout, vu l'émergence récente du syndrome et donc des conséquences juridiques qui s'y rattachent, la doctrine et la jurisprudence sont clairsemées. (Ajoutons à cela l'adoption relativement récente des législations protégeant les libertés fondamentales, le travail considérable de mise en oeuvre dévolu à la Cour suprême du Canada qui recourt extensivement à la jurisprudence américaine). Il suit de là que notre travail contient une part importante de droit comparé puisque nous avons fait référence au droit américain, fédéral et de plusieurs provinces canadiennes. Ce qui précède n'est pas pour autant un ouvrage de droit comparé au sens strict.

Cependant, nous avons fait appel à toutes les ressources disponibles, vu l'état embryonnaire du droit sur le sida en milieu de travail. Encore une fois, celui-ci n'est pas spécifique. Mais le sida comporte des particularités nombreuses de sorte que la transposition directe de règles générales à ce cas particulier ne se fait pas toujours d'emblée, bien au contraire.

Enfin, nous ne prétendons nullement avoir dit le dernier mot sur la question. Nous serions trop heureux d'avoir réalisé notre objectif: faire le point en faisant appel aux meilleures sources sur les données bio-médicales et tracer un certain nombre de pistes pour l'évolution future du droit en ce domaine.

Finalement, la dissémination de l'information n'est pas qu'un objectif politique, humanitaire ou moral destiné à modifier les comportements à l'égard du sida et des porteurs du VIH. Au contraire, les données bio-médicales du phénomène sont directement pertinentes à la

détermination du droit de refus par exemple (y a-t-il une crainte raisonnable ou de bonne foi pour la santé du travailleur?) ou du droit disciplinaire (l'infection par le VIH est-elle une cause juste de congédiement?). Nous sommes donc en présence d'un problème de droit parfaitement apte à l'analyse multidisciplinaire à laquelle nous avons voulu apporter notre modeste contribution.

tiré de : *Revue du Barreau*, tome 49, no 5, novembre-décembre 1989

