



Reçu le :
20 octobre 2015
Accepté le :
25 octobre 2015



Disponible en ligne sur
ScienceDirect
www.sciencedirect.com

L'employeur peut-il effectuer des tests de dépistage des drogues illicites ?

Can the employer carry out screening tests for illicit drugs?

I. Thominet-Thiébault^{a,*}, S. Fantoni-Quinton^b

^a Service de médecine préventive, centre de gestion de la fonction publique territoriale du Nord, 14, rue Jeanne-Maillotte, CS 71222, 59013 Lille cedex, France

^b EA 4487, UF pathologies professionnelles et maintien dans l'emploi – employabilité, médecine de travail, centre de droit et perspectives du droit, CHRU de Lille, université Lille 2, avenue Oscar-Lambret, 59037 Lille cedex, France

Mots clés : Drogues, Dépistage, Employeur, Réglementation, Prévention

Introduction

En raison des troubles qu'elle occasionne, la consommation croissante de stupéfiants dans notre société est une réalité qui dérange et nous préoccupe. Même en l'absence d'addiction, elle peut avoir des répercussions graves sur la santé et la sécurité au travail. Les récentes études sur l'usage des produits psychoactifs illicites montrent que leur consommation présente une tendance à l'augmentation et concerne majoritairement les jeunes travailleurs et les hommes [1–3]. Dès lors, certains de ces usagers peuvent ainsi se trouver pendant leur temps de travail sous l'influence de ces substances (même si l'usage des produits a eu lieu avant leur prise de poste), ce qui n'est pas sans conséquence sur leurs prestations professionnelles en raison de leurs effets : diminution de la vigilance et des réflexes, modification des capacités de raisonnement, réduction du champ visuel, dégradation de la perception des risques [4]. Ces altérations peuvent notamment favoriser la survenance d'accidents du travail ou de trajet parfois mortels, l'émergence de comportements inadaptés (stress, actes de violence, harcèlement...), des prises de décision erronées et présenter un danger, non seulement pour le consommateur lui-même mais aussi pour ses collègues et les tiers (clients, personnes sur voie publique...). Ces conséquences délétères soulèvent alors

des questions de responsabilité : responsabilité personnelle du salarié qui est redevable d'une obligation générale de sécurité (art. L. 4122-1 du Code du travail [CT]) mais aussi responsabilité de l'employeur, qui est tenu à une obligation de sécurité de résultat (OSR) en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise (art. L. 4121-1 CT). Certains employeurs considèrent qu'en raison de leur OSR, ils sont en droit de pouvoir, voire de devoir, réaliser des tests de dépistage de drogues au travail, à l'instar des éthylo-tests. Mais, en l'état actuel du droit, l'employeur est-il fondé à effectuer ces contrôles et à appliquer des sanctions disciplinaires au vu de résultats positifs ? La doctrine et plusieurs juridictions ont eu l'occasion d'émettre leurs avis à ce propos et nous allons essayer d'en examiner les répercussions. Notre réflexion va porter initialement sur la nature licite ou non de la réalisation des tests de dépistage par l'employeur (1) pour ensuite s'interroger sur leurs impacts en termes de sanction et leur place potentielle dans la stratégie de prévention (2). Nous essayerons de fournir enfin quelques clés pour comprendre que l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur peut être remplie sans que l'employeur recoure forcément à ces tests de dépistage et, en cas de recours, sans qu'il n'y ait de sanction à la clé (3).

L'employeur peut-il procéder à des tests salivaires en l'état actuel du droit positif ?

En France, le salarié dispose de droits fondamentaux protecteurs : respect de sa vie privée (sur le fondement de l'article 9 du Code civil) et du secret concernant sa santé (art. 226-13 du Code pénal [CP] ; art. L. 110-4 et R. 4127-4 du Code de la santé publique [CSP] ; art. L. 162-2 du Code de la sécurité

* Auteur correspondant.
e-mail : thominet.i@cdg59.fr, ithominet@yahoo.fr (I. Thominet-Thiébault).

sociale [CSS]), principe de non-discrimination (art. L. 1132-1 et suivants CT) notamment en raison de son état de santé, respect des libertés individuelles et collectives au sein de l'entreprise, auxquelles nul ne peut porter atteinte, sauf si des restrictions sont justifiées par la nature des tâches professionnelles à réaliser et proportionnées au but recherché (art. L. 1121-1 CT). Le règlement intérieur (RI) mis en place par l'employeur doit lui aussi se conformer à ces principes étant donné qu'il ne peut contenir « des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (art. L. 1321-3 CT).

Dès lors, le dépistage systématique de substances psychoactives (SPA), qu'il s'agisse d'alcool ou de stupéfiants, sur l'ensemble du personnel est impossible car il est trop attentatoire aux libertés individuelles et collectives des travailleurs (arrêt Corona, Conseil d'État [CE], 1^{er} février 1980, n° 06-361), étant donné que la justification du contrôle trouve son fondement dans le risque accidentogène lié à la consommation de ces produits et la proportionnalité consiste à prévenir ou faire cesser une situation dangereuse pour la santé ou la sécurité. C'est en application de ces principes que la jurisprudence est venue préciser que le recours à l'éthylotest est licite (arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation [Cass. soc.], 22 mai 2002 n° 99-45.878 et 24 février 2004, n° 01-47.000) dès lors que le dépistage est prévu par le règlement intérieur, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation (réalisation d'une contre-expertise à la charge de l'employeur), et qu'en raison de la nature du travail confié, un état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger (c'est-à-dire que le dépistage est par conséquent réservé aux postes à risques définis par l'employeur, en présence d'un état laissant suspecter une imprégnation aiguë et afin d'assurer la sécurité des biens et des personnes, ce qui exclut la possibilité d'une recherche inopinée). L'employeur doit aussi désigner les personnes autorisées à effectuer le test (à l'exclusion du médecin du travail et des autres membres de l'équipe pluridisciplinaire qui ne sont pas assujettis au RI de l'entreprise utilisatrice) et prévoir l'information préalable du salarié sur le déroulement du contrôle et de ses conséquences en cas de refus ou de positivité (Circulaire n° 90-13 du 9 juillet 1990 relative au dépistage de la toxicomanie en entreprise, Bulletin officiel du ministère chargé du travail n° 90/18), sachant que le refus ne devra pas s'interpréter systématiquement comme étant un résultat positif [5,6].

En revanche, concernant les produits illicites, il existe des incertitudes, étant donné que les règles sont, à l'heure actuelle, moins bien définies.

Les tests salivaires de dépistage de SPA souffrent en premier lieu d'une absence de corrélation entre les effets cliniques et la positivité du test [7], et cette difficulté s'ajoute à d'autres questionnements concernant la réalisation de ces tests salivaires. Actuellement, les tests de dépistage des drogues

disponibles en ambulatoire utilisent des supports biologiques, c'est-à-dire des substrats contenant des cellules organiques, tels que l'urine ou la salive (par exemple, les tests fabriqués par NarcoCheck® ou par Biotech Detech®), mais souffrent d'une fiabilité encore insuffisante (proportion de faux positifs estimée entre 11 et 16 % selon l'avis n° 114 du Comité consultatif national d'éthique [CCNE]) [8]. Or, selon les dispositions du Code de la santé publique, « un examen de biologie médicale est un acte médical » (art. L. 6211-1 CSP) : par conséquent, à la lecture de cet article, ces examens ne peuvent être effectués que par certaines professions de santé autorisées et l'employeur ou un représentant de l'entreprise ne peuvent les réaliser eux-mêmes ni les prescrire. De même, il leur est impossible d'obliger le médecin du travail (ou un autre membre de l'équipe du service de santé au travail [SST]) de les effectuer à leur place, étant donné que le praticien est indépendant (art. R. 4127-5 et R. 4127-95 CSP), non tributaire des clauses du RI et soumis au secret professionnel médical (art. R. 4127-4 CSP ; art. 226-13 CP), ce que le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) a rappelé, dans une lettre du 3 septembre 2012 (CNOM, réponse du Dr M. Legmann, Président, aux Drs B. Salengro secrétaire national des conditions de travail, handicap et santé au travail et C. Expert secrétaire du Conseil national professionnel de médecine du travail, réf. ML/FJ/cp/Exercice professionnel R 12 142 052 (1), Paris, 3 septembre 2012).

Mais, selon le même code, « un test, un recueil et un traitement de signaux biologiques, à visée de dépistage, d'orientation diagnostique ou d'adaptation thérapeutique immédiate » ne constituent pas un examen de biologie médicale (art. L. 6211-3 alinéa 1 CSP). Un arrêté du ministre de la santé est prévu pour fixer la liste des tests et signaux non biologiques avec les catégories de personnes pouvant les effectuer, ainsi que, si besoin, les conditions de leur réalisation (art. L. 6211-3 alinéa 2 CSP). Bien qu'annulé par le Conseil d'État en avril 2015 en raison d'un vice de procédure, l'arrêté en question, publié au *Journal officiel* en 2013, était totalement muet sur les dépistages de stupéfiants par test salivaire ou sur autre support (arrêté du 11 juin 2013 déterminant la liste des tests, recueils et traitements de signaux biologiques qui ne constituent pas un examen de biologie médicale, les catégories de personnes pouvant les réaliser et les conditions de réalisation de certains de ces tests, recueils et traitements de signaux biologiques. Annulé pour excès de pouvoir par une décision du CE du 8 avril 2015, n° 37/1236, *Journal officiel de la République française* [JORF], n° 85 du 11 avril 2015). Ainsi, à ce jour, le législateur ne s'est pas positionné sur la nature biologique ou non des tests salivaires de dépistage des drogues. Ce silence a pour conséquence que la réalisation de ces tests par l'employeur, un chef de service, un directeur ou toute autre personne désignée par l'autorité hiérarchique n'est ni autorisée, ni interdite par la réglementation.

En dehors de la réglementation, d'autres institutions ont tenté de répondre à la licéité des tests de dépistage salivaires pratiqués directement par l'employeur.

Ainsi, la direction générale du travail (DGT) a souligné en 2009 la nécessité de « s'entourer de garanties supplémentaires par rapport aux alcooltests, pour renforcer leur sécurité juridique » et a préconisé d'attendre la position des juges avant d'envisager la pratique de ces contrôles (décision du 9 mars 2009, sur le règlement intérieur de la compagnie de production alimentaire). Ces garanties additionnelles seraient : « un dispositif défini dans le règlement intérieur, des circonstances et des postes de travail bien ciblés, le droit de se faire assister d'un tiers, la formation (théorique et pratique) adéquate de l'agent procédant au recueil salivaire, la contre-expertise systématique et nécessairement biologique » [9].

En 2011, le CCNE, questionné sur l'utilisation possible du dépistage de produits stupéfiants en milieu professionnel, répondait que sous certaines conditions (intervention dérogatoire de la société dans l'exercice des libertés individuelles, justifiée pour les postes de sûreté et de sécurité) « le dépistage médical [donc non effectué par l'employeur] de l'usage des produits illicites en milieu de travail est acceptable au plan éthique ». Le comité précisait qu'« un tel dépistage ne peut être mis en œuvre que sous la seule responsabilité du service de santé au travail. Il ne doit faire intervenir, en l'état actuel des connaissances, que des tests salivaires (témoin des consommations au cours des dernières 24 h). L'interprétation des données biologiques et cliniques, les recommandations de soins de suite sont du ressort exclusif du médecin du travail. Ces différentes procédures sont couvertes par le secret professionnel et le secret médical [...] » [8].

En 2012, la mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie (MILDT, devenue MILDECA, mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives) a rédigé un guide destiné à aider les employeurs dans leur démarche de prévention des risques liés aux substances psychoactives, où des contradictions quant aux possibilités de réalisation des tests salivaires figuraient (contradictions p. 40-1, 44-5, 62 : « tout examen biologique [et les tests salivaires de consommation de drogues relèvent de cette catégorie] ne peut être pratiqué que par un médecin ou un biologiste médical ») [6].

Dès lors, aucune de ces trois institutions n'apportait de réponse tangible quant à la question initiale posée.

Le silence des textes et les positions institutionnelles équivoques ont ainsi favorisé la libre expression des juges. Cependant, ces derniers n'ont pas toujours été saisis clairement de cette question, même si dernièrement, des décisions nous révèlent qu'il s'agit d'une problématique à propos de laquelle il est envisageable de penser que les contentieux vont à l'avenir abonder.

C'est initialement au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) que deux affaires ont permis aux juges de se positionner sur la validité des dépistages de SPA en milieu professionnel [10]. En effet, la Cour de Strasbourg a d'abord autorisé la pratique de ces contrôles en 2002 (CEDH, 7 novembre 2002, n° 58341/00) pour une compagnie maritime danoise

qui avait organisé, conformément aux dispositions de son règlement, un dépistage obligatoire, annuel et aléatoire de substances psychoactives licites et illicites sur échantillon urinaire, la Cour estimant que cette démarche ne représentait pas une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée (art. 8, paragraphe 2 Conv. EDH) étant donné qu'il était primordial pour la sécurité d'un bateau transportant des passagers (ferry) que les membres de son équipage soient en capacité d'assurer à tout moment les fonctions de sauvetage. Dans la seconde affaire (CEDH, 9 mars 2004, n° 46210/99), la CEDH a considéré que l'obligation faite au personnel d'une centrale nucléaire, y compris celui chargé du nettoyage, de fournir un échantillon d'urine à des fins de recherche de SPA était justifiée par l'objectif d'assurer la sécurité de l'établissement (en se fondant sur l'art. 8 Conv. EDH) et proportionnée à cette finalité, notamment grâce au caractère strictement confidentiel des contrôles.

En France, c'est en 2012 que la Cour de cassation a eu l'occasion de s'exprimer pour la première fois (Cass. soc., 8 février 2012, n° 11-10.382) en confirmant un arrêt rendu le 25 octobre 2010 par la Cour d'appel (CA) de Paris au sujet d'un projet de modification du RI du département Bus de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) [11]. Ce projet envisageait la mise en place de dépistages salivaires par des agents d'encadrement, avec la possibilité d'effectuer une contre-expertise en utilisant le même procédé, et dont le résultat positif était susceptible d'exposer les agents à des sanctions disciplinaires (quid de la fiabilité de cette contre-expertise puisque le procédé proposé était encore un test salivaire, avec ses failles, et non un dosage sanguin). En raison de l'impact potentiel de cette nouvelle disposition du RI sur les conditions de travail des salariés concernés, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) de la RATP avait sollicité l'avis d'un expert agréé, selon les dispositions prévues à l'article L. 4614-12 du CT, ce qui fut contesté par l'employeur au motif que la mise en œuvre de ces contrôles ne faisait pas partie des situations dans lesquelles le CHSCT pouvait requérir une expertise. La Régie avait alors saisi en référé le Tribunal de grande instance (TGI) de Paris qui avait donné raison au comité, et dont la décision fut confirmée en appel puis en cassation où la chambre sociale considéra que le CHSCT était fondé à demander une expertise étant donné que « le dispositif soumis au CHSCT ayant pour objet de contrôler l'activité des machinistes receveurs en les exposant à des sanctions disciplinaires dépendant du résultat de tests de dépistage de stupéfiants effectués sans intervention médicale », était un « projet important de nature à affecter les conditions de travail des agents concernés ». Cependant, en l'absence de questionnement, les juges n'ont pas eu le loisir de se positionner sur la capacité ou non pour l'employeur d'effectuer des dépistages de SPA illicites. Ils relevèrent que ces contrôles étaient conçus « sans intervention médicale »

mais ne se prononcèrent pas sur le caractère biologique ou non biologique des tests salivaires.

En 2013, à la suite d'un licenciement pour faute grave, le conseil de prud'hommes de Grenoble (20 septembre 2013, n° 13/01736) s'est prononcé sur la licéité du test de dépistage salivaire de drogues par un employeur et a conclu qu'il devait être prévu par le RI, mais, ici aussi, sans s'exprimer sur la nature biologique ou non dudit test.

Puis en 2014, un jugement du tribunal administratif (TA) de Nîmes (27 mars 2014, n° 12/01512) a consenti pour une entreprise du bâtiment la réalisation de dépistages salivaires par l'employeur selon les conditions prévues dans son RI, et lui a accordé la possibilité de sanctionner au vu de résultats positifs, sans exiger la pratique d'une contre-expertise par dosage biologique (malgré une existence estimée entre 11 et 16 % de faux positifs) [8]. Ce jugement, relevé en appel par le ministre du Travail, a été annulé le 30 juin 2015 par la Cour administrative d'appel (CAA) de Marseille (n° 14MA02413), les juges d'appel estimant que le recours à ces tests salivaires portait une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives quant au but recherché, en raison de la transgression du secret médical et d'une fiabilité insuffisante de ces tests (proportion non négligeable de faux négatifs et surtout de faux positifs, notamment en présence de certains médicaments, détection de substances psychoactives sans considération de la quantité consommée ni analyse des répercussions sur l'aptitude du salarié à occuper son poste et avec une fenêtre de détection pouvant s'étendre jusque 24 heures après usage). De plus, la Cour considère que ces tests « ne constituent pas en eux même un examen de biologie médicale » au sens des articles L. 6211-1 et suivants du CSP mais « consistent toutefois, à la différence notamment des contrôles d'alcoolémie par éthylotest, en un prélèvement d'échantillons biologiques contenant des données biologiques et cliniques soumises au secret médical, ce qui exclut qu'ils puissent être pratiqués et leurs résultats interprétés par un supérieur hiérarchique ».

Par conséquent, en l'état actuel du droit, les dépistages salivaires de stupéfiants par l'employeur ne sont pas licites en raison d'une fiabilité insuffisante des tests existants, du non-respect du secret médical, d'où la CAA de Marseille en déduit que leurs réalisation et analyse ne peuvent être effectuées par une personne désignée par l'employeur. Cependant, grâce à l'amélioration à venir des performances des tests salivaires, ou à l'arrivée de tests de dépistage sur l'air expiré [12], il est fort probable que cette interdiction soit ultérieurement levée. Toutefois, ces évolutions prévisibles ne pallieront jamais l'absence de corrélation entre test positif et aptitude du salarié à occuper son poste de travail (au contraire de l'alcool pour lequel les effets sont proportionnellement liés au taux d'alcoolémie) [7].

Néanmoins, il apparaît qu'en ré-envisageant la finalité de tels tests, ils pourraient peut-être intégrer l'arsenal des outils de prévention à la disposition de l'employeur.

Des tests qui n'auraient pour objectif que la stricte prévention pourraient-ils être licites ?

Selon que leur objectif s'inscrive dans une logique préventive ou répressive, il semble toutefois pouvoir se profiler un avenir dans la pratique de tels tests par l'employeur.

La logique répressive découlant de l'obligation de sécurité du salarié

Vis-à-vis de l'alcool, et originellement, le Conseil d'État avait considéré que la finalité des tests de dépistage était « de prévenir ou de faire cesser immédiatement une situation dangereuse, et non de permettre à l'employeur de faire constater par ce moyen une éventuelle faute disciplinaire » (arrêt RNUR, CE, 9 octobre 1987, n° 72-220). Puis il est apparu, aux yeux de la Cour de cassation, que l'obligation de sécurité à laquelle chaque salarié est tenu de veiller sur sa sécurité et sur celle d'autrui (art. L. 4122-1 CT) pouvait justifier une sanction en cas de manquement à cette obligation, notamment en présence d'éthylotest positif réalisé dans des conditions conformes (Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878 et CEDH, 9 mars 2004, n° 46210/99. À noter que la possibilité de sanctionner sur la base des résultats d'un test positif n'a pas été validée par le CE). Disposant d'un pouvoir disciplinaire sur ses salariés, l'employeur serait alors légitime à émettre une sanction en présence d'une faute commise afin de prévenir les risques d'accident du travail (AT) ou d'autres dommages liés à la consommation de SPA [4] (l'expertise de l'Inserm rapporte que 10 à 20 % des AT seraient dus directement à l'alcool ; l'étude SAM [stupéfiants et accidents mortels] montre que le risque d'accident routier mortel est multiplié par 8,5 chez le conducteur ayant consommé de l'alcool et par 1,8 lors de conduite sous l'influence de cannabis), qui engagent ses responsabilités civile et pénale (art. L. 411-1 CSS définissant l'AT et art. L. 452-1 pour la faute inexcusable ; art. 221-6 CP pour l'homicide involontaire, art. 222-19 et 222-20 CP pour les blessures involontaires, art. 223-1 CP pour la mise en danger de la vie d'autrui et art. 223-6 CP pour la non-assistance à personne en péril). Pour pouvoir sanctionner, l'employeur doit s'appuyer sur des faits objectifs tels que le flagrant délit (qui peut déboucher d'emblée sur un licenciement en raison du caractère illicite des drogues), un trouble du comportement (par exemple, un état d'ivresse selon l'art. R. 4228-21 CT), une insuffisance professionnelle (caractérisée lorsque le salarié n'accomplit pas la mission qui lui est dévolue par son contrat de travail comme par exemple en raison d'incompétence, d'erreurs, d'échecs, de refus de mise à niveau professionnelle, d'absence de ponctualité dans les rendez-vous professionnels, faits pouvant conduire à un licenciement pour motif personnel et non à un licenciement pour faute), ou encore des absences prolongées ou répétées perturbant gravement le fonctionnement de l'entreprise et l'obligeant à procéder au remplacement définitif du salarié

absent par l'embauche d'une personne à temps de travail équivalent en contrat à durée indéterminée (CDI) (Cass. soc., 16 juillet 1998, n° 97-43.484 et 13 mars 2001, n° 99-40.110). Ces faits peuvent être en lien avec une consommation de SPA et donc justifier un licenciement sans avoir recours à un test de dépistage mais la charge de la preuve est souvent difficile pour l'employeur.

En l'absence de faits irrévocables, le doute bénéficie au salarié et par conséquent, l'employeur ne peut le sanctionner. Le chef d'entreprise peut alors tenté d'objectiver un comportement fautif via un test de dépistage afin de pouvoir motiver une éventuelle sanction qui doit, par définition, être justifiée et proportionnée (art. L. 1121-1 CT. Par exemple, la sanction doit tenir compte des antécédents du salarié, de son ancienneté dans l'entreprise, du comportement antérieur de l'employeur face à des fautes équivalentes).

En dehors des comportements survenus au temps et au lieu de travail, il est de jurisprudence constante qu'un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne puisse être utilisé par l'employeur pour le sanctionner (Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 et 9 mars 2011, n° 09-42.150). Il existe cependant des exceptions. La Cour de cassation a admis que le licenciement pour faute grave d'un personnel navigant ayant consommé de la cocaïne lors d'une escale entre deux vols long courrier était valable étant donné qu'il s'agissait d'un personnel critique pour la sécurité qui n'avait pas respecté ses obligations de sécurité prévues par son contrat de travail car il se trouvait sous l'emprise de stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions et faisait ainsi courir un risque pour les passagers (Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915) [13,14]. En effet, compte tenu des impératifs sécuritaires extrêmement importants liés au poste de personnel navigant (arrêté du 4 septembre 2007 relatif aux conditions d'aptitude physique et mentale du personnel navigant commercial, JORF n° 236, 11 octobre 2007), « poste « critique » en relation directe avec la sauvegarde de la sécurité des passagers » [15], et parce que la consommation de stupéfiants avait eu lieu pendant une escale (période relativement brève à l'issue de laquelle le salarié doit reprendre son travail) et non au cours de congés ou de longues périodes de repos, cette décision est compréhensible étant donné que le salarié se trouvait toujours sous l'emprise de cocaïne lors de son retour à son poste de travail.

Une telle décision n'aurait pu être prononcée pour tout poste dit « à risque », étant donné que tous ne peuvent être considérés comme étant des postes « critiques » dans le domaine de la sécurité des personnes. En revanche, elle serait envisageable pour des professions qui requièrent un très haut niveau de vigilance et de maîtrise, telles que celles qui nécessitent l'avis d'un médecin expert sur l'aptitude physique conformément à plusieurs arrêtés qui concernent le transport ferroviaire (arrêté du 30 juillet 2003 relatif aux conditions d'aptitude physique et professionnelle et à la formation du personnel habilité à l'exercice de fonctions de sécurité sur le réseau ferré national, JORF n° 195, 24 août 2003), le transport aérien (arrêté du 27 janvier 2005 relatif à l'aptitude physique et mentale du personnel

navigant technique professionnel de l'aéronautique civile, FCL 3.205, conditions d'aptitude psychiatrique, JORF n° 61, 13 mars 2005 et arrêté du 4 septembre 2007 relatif aux conditions d'aptitude physique et mentale du personnel navigant commercial, JORF n° 236, 11 octobre 2007), le transport terrestre (arrêté du 31 août 2010 modifiant l'arrêté du 21 décembre 2005 fixant la liste des affections médicales incompatibles avec l'obtention ou le maintien du permis de conduire ou pouvant donner lieu à la délivrance de permis de conduire de durée de validité limitée, JORF n° 213, 14 septembre 2010) et les marins (arrêté du 30 janvier 2015 modifiant l'arrêté du 16 avril 1986 relatif aux conditions d'aptitude physique à la profession de marin, à bord des navires de commerce, de pêche et de plaisance, JORF n° 34, 10 février 2015).

La possibilité d'effectuer des tests de dépistage de substances illicites par l'employeur assortie de sanction en cas de positivité se heurte donc à de nombreuses difficultés dont certaines pourraient être levées si l'objectif de prévention était exclusif.

La logique préventive comme aboutissement de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur

Serait-il envisageable que l'employeur utilise les tests salivaires dans un dessein exclusivement préventif ? Si l'on se réfère à la jurisprudence sur l'alcool, nous avons souligné précédemment que le Conseil d'État avait toujours admis que la finalité des éthylotests était « de prévenir ou de faire cesser immédiatement une situation dangereuse, et non de permettre à l'employeur de faire constater par ce moyen une éventuelle faute disciplinaire » (arrêt RNUR, CE, 9 octobre 1987, n° 72-220). Il est vraisemblable que la Haute juridiction administrative considérerait la finalité du dépistage de stupéfiants par l'employeur de manière comparable.

Au-delà de cette position et des polémiques, à la fois sur la nature biologique ou non des tests et sur l'addiction sous-jacente du salarié (donc sa maladie), la pratique de tests pourrait avoir pour unique but l'éviction d'un danger et donc la prévention, sans que cela ne soit utilisé contre le salarié pour le sanctionner.

Ainsi, l'employeur pourrait recourir aux tests salivaires lorsqu'il se trouverait en présence d'un salarié au comportement manifestement anormal laissant suspecter l'existence d'une imprégnation aiguë de SPA, en vue de l'écarter de son poste de travail sur la base de critères objectifs et de l'orienter vers une prise en charge médicale adaptée à la situation critique du moment (service d'urgences, médecin traitant...).

En tout état de cause, une consultation auprès du médecin du travail, serait à organiser en vue de recueillir son avis sur l'aptitude au poste et de mettre en place, si besoin était, une surveillance médicale préventive adaptée et surtout un accompagnement.

Le recours aux tests salivaires dans cette optique exclusivement préventive se justifierait par la volonté de mettre en

place une prévention effective et serait proportionné au but recherché eu égard à l'absence de corrélation entre l'intensité (ou la présence) des signes cliniques présentés par l'usager et la positivité du test.

Cela revient à se demander : dans quelle mesure l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur est-elle tributaire de la pratique de dépistages ?

L'obligation de sécurité de résultat peut-elle être assurée sans que l'employeur ne pratique des dépistages de substances illicites ?

Eu égard à la nature illicite des stupéfiants et des problèmes de sécurité engendrés par leur usage, et afin de répondre à l'OSR qui lui est dévolue selon les dispositions des articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail et la jurisprudence inhérente (les arrêts dits « Amiante », Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-17.201 ; l'arrêt Propara, Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914 ; l'arrêt SNECMA, Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, et les arrêts sur le tabagisme passif, Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44.412 ; Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-65.103 ; Cass. soc., 3 juin 2015, n° 14-11.324 et n° 14-11.339), l'employeur ne peut occulter ce risque pour le bien-être de son entreprise, de ses salariés et d'autrui (travailleurs intérimaires, sous-traitants, clients, tiers). Il doit ainsi mettre en place toutes les ressources adaptées en vue de prévenir les risques professionnels engendrés par ces produits. Pour garantir l'effectivité de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise (Cass. soc., 28 février 2006, n° 05-41.555 et 13 décembre 2006, n° 05-44.580), l'employeur doit mettre en œuvre une démarche globale de prévention des risques [16] qui comprend l'identification et l'évaluation des risques professionnels (art. L. 4121-3 CT), y compris ceux liés aux SPA, leur inscription dans un document unique (art. R. 4121-1 CT) assortie à la mise en place d'actions de prévention au moyen d'un plan de prévention, ainsi que l'information et la formation des travailleurs sur les risques auxquels ils peuvent être exposés dans leur cadre professionnel (art. L. 4141-1 et suivants CT).

Afin d'organiser l'ensemble de ces mesures de prévention, une démarche pluridisciplinaire intégrant l'employeur, les salariés, les institutions représentatives du personnel (IRP), le service de santé au travail et les éventuels organismes et personnes-ressources externes, va permettre de déterminer ces risques, de trouver leurs origines, notamment en termes d'organisation du travail et de management, et de proposer des solutions préventives consensuelles tout en veillant au respect des libertés des personnes [5].

En l'état actuel du droit, il pourrait être envisageable qu'après la mise en place effective et opérationnelle de cette politique de prévention décrite ci-dessus, la réalisation de dépistages salivaires par l'employeur soit possible, à la condition impérative que ces contrôles soient effectués dans un objectif

exclusivement préventif et assortis de garanties complémentaires à celles exigées pour les éthylotests.

Dès lors, le test salivaire devra être prévu par le RI, respecter les principes de justification et de proportionnalité (postes à risques et uniquement en présence d'une suspicion d'imprégnation aiguë en vue d'assurer la sécurité), être accepté par le salarié qui devra recevoir une information préalable sur les modalités du test et ses conséquences et qui pourra se faire assister par un tiers, être effectué par un agent ayant reçu une formation théorique et pratique adéquate et être contestable en cas de positivité avec la réalisation d'une contre-expertise comprenant un dosage biologique.

Il est légitime de se questionner sur la nécessité de prévoir de telles précautions pour un dépistage qui n'a qu'une vocation préventive. Or, un test effectué par une personne qui n'en maîtrise ni le fondement ni le mode d'emploi, peut porter atteinte à la crédibilité du contrôle. De même, en raison de la fiabilité intrinsèque des tests salivaires actuellement disponibles sur le marché (dont les interférences qui existent avec certains médicaments), il apparaît légitime de prévoir la possibilité de réalisation d'une contre-expertise en cas de positivité, même dans une démarche strictement préventive, ceci en vue de préserver l'image du salarié, sachant que l'employeur n'a pas la main mise sur cette décision, étant donné qu'il s'agit d'un examen biologique, donc ne pouvant être prescrit que par un médecin.

Dès lors, la positivité d'un test ne devra pas constituer le mobile d'une sanction disciplinaire, l'employeur devant poursuivre la démarche de prévention enclenchée en soustrayant le travailleur de son poste de travail à titre conservatoire et en l'orientant vers une prise en charge médicale adaptée à la situation du moment, ainsi que vers le médecin du travail qui se déterminera sur son aptitude à occuper son poste et qui pourra le cas échéant, proposer des aménagements et surtout, un accompagnement adapté.

Ainsi, lorsque l'employeur met en place l'ensemble des mesures préventives visant à supprimer ou à réduire le risque lié aux SPA illicites en milieu professionnel, l'OSR peut être correctement remplie sans avoir obligatoirement recours à des tests salivaires. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la décision du 30 juin 2015 de la CAA de Marseille qui retient que le choix de l'inspectrice du travail d'annuler dans le RI litigieux le procédé de contrôle aléatoire par test salivaire pour les salariés occupant des postes « hypersensibles » ne porte pas atteinte au respect de l'obligation générale de sécurité à laquelle l'employeur est tenu. Toutefois, afin d'être en capacité de justifier l'accomplissement des mesures préventives instaurées, le chef d'entreprise devra aussi veiller à en assurer leur traçabilité.

Conclusion

Notre étude, reposant sur l'analyse des positions institutionnelles et jurisprudentielles relatives au dépistage de

stupéfiants par l'employeur, a permis de mettre en évidence que la pratique de tests salivaires par l'employeur à des fins disciplinaires n'était pas à l'heure actuelle licite, car ces contrôles portent atteinte aux droits et aux libertés des personnes (insuffisance de fiabilité des tests disponibles, non-respect du secret médical).

En revanche, le dépistage salivaire pourrait être envisageable s'il était pratiqué dans une démarche globale de prévention des risques liés aux stupéfiants (présentée dans la 3^e partie) et à des fins exclusivement préventives, à savoir s'il était effectué dans l'objectif de permettre à l'employeur d'orienter le travailleur vers une prise en charge médicale adaptée, et vers le médecin du travail, après l'avoir soustrait de son poste. Néanmoins, en cas de litige, afin de pouvoir démontrer au juge qu'il a répondu à ses obligations de prévention et par conséquent, honoré son OSR, l'employeur devra en l'occurrence établir que l'intégralité de sa politique préventive à l'égard des risques liés aux stupéfiants est bel et bien effective, sachant que cette démarche globale de prévention peut valablement se dispenser de la pratique de ces tests, étant donné que leur absence ne porte pas atteinte au respect de son OSR ni à la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs, comme l'a reconnu la CAA de Marseille le 30 juin 2015.

Déclaration de liens d'intérêts

Les auteurs déclarent ne pas avoir de liens d'intérêts.

Références

- [1] OFDT. Drogues et addictions données essentielles. OFDT; 2013: 35-9.
- [2] Beck F, Richard JB, Guignard R, et al. Les niveaux d'usage des drogues en France en 2014. OFDT Tendances 2015;99:1-8.
- [3] INPES. Des substances psychoactives plus consommées dans certains secteurs de travail. Baromètre santé INPES; 2010.
- [4] Hache P. Pratiques addictives en milieu de travail. ED 6147 INRS; 2013: 1-34.
- [5] Auvergnon P. Drogues illicites et travail salarié : agir, sans surréagir. Droit Soc 2015;5:449-56.
- [6] MILDT, DGT, INRS. Repères pour une politique de prévention des risques liés à la consommation de drogues en milieu professionnel. Documentation française; 2012: 1-71.
- [7] MILDCA, INPES. Drogues et conduites addictives. INPES; 2014: 1-226.
- [8] CCNE. Usage de l'alcool, des drogues et toxicomanie en milieu de travail. Enjeux éthiques liés à leurs risques et à leur détection. Avis n° 114; 2011;1-28.
- [9] Société française d'alcoologie, Société française de médecine du travail. Recommandations pour la pratique clinique. Dépistage et gestion du mésusage de substances psychoactives (SPA) susceptibles de générer des troubles du comportement en milieu professionnel. Alcool Addictol 2013;35(1):61-92.
- [10] Mouly J, Marguënaud JP. L'alcool et la drogue dans les épreuves de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité. Recueil Dalloz 2005;1:36-9.
- [11] Pécaut-Rivolier L. CHSCT. Expertise. Projet important. Dépistage de produits stupéfiants par tests salivaires. Droit Soc 2012;4:431-2.
- [12] Tuchtans-Torrents L, Bartoli C, Lehucher-Michel MP, et al. Dépistage de la consommation de substances psychoactives en milieu professionnel : enjeux techniques, éthiques et réglementaires. Arch Mal Prof Env 2014;75:470-7.
- [13] Rozec P, Dezandre B. Consommation de drogue en dehors du temps de travail et licenciement pour motif disciplinaire. Sem Juridique Soc 2012;23:1245.
- [14] Poissonnier G. Licenciement pour faute grave : consommation de stupéfiants. Recueil Dalloz 2012;17:1065.
- [15] Mouly J. Contrat de travail. Licenciement. Vie personnelle. Usage de drogue. Escal. Commercial navigant appartenant au « personnel critique pour la sécurité ». Faute grave. Droit Soc 2012;5:525-7.
- [16] Fantoni-Quinton S, Morgenroth T, Bossu B, et al. État du droit et responsabilité des acteurs face aux drogues illicites en entreprise. Arch Mal Prof Env 2010;71:69-75.