

# Arrêts de cour d'appel

## ■ SANTÉ AU TRAVAIL

### 396-14 **Règlement intérieur et licéité des tests de dépistage salivaire**

CAA Marseille, 21 août 2015, n° 14MA02413

**La clause du règlement intérieur autorisant l'employeur à pratiquer un test salivaire de dépistage de l'usage de stupéfiant pouvant entraîner une sanction porte une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles dès lors qu'il se heurte au secret médical et manque de fiabilité.**

DELSOL | AVOCATS  
LA QUALITÉ DE LA RELATION

Philippe Pacotte,  
Avocat associé,  
Delsol Avocats

Julie Layat-Le  
Bourhis,  
Avocat,  
Delsol avocats

#### Les faits

Dans le cadre de l'envoi pour contrôle par l'inspecteur du travail de son règlement intérieur, une entreprise s'est vu enjoindre de modifier la clause prévoyant un dispositif de contrôle aléatoire effectué sur les lieux de travail par le recours à des tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants.

L'entreprise ayant une activité de construction dans le domaine du bâtiment avait mis en place un dispositif de contrôle aléatoire effectué sur les lieux de travail par le recours, pour les salariés affectés à des postes hypersensibles, à des tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants pratiqués par un supérieur hiérarchique ayant reçu une information appropriée sur la manière d'administrer les tests concernés et d'en lire les résultats, avec l'accord de la personne contrôlée et en présence d'un témoin minimum. Le règlement intérieur disposait qu'en cas de contrôle positif, le salarié

pouvait faire l'objet d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement.

Sur recours de l'entreprise, le tribunal administratif a annulé la décision de l'inspecteur du travail. Le ministre du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social a exercé un recours devant la cour administrative d'appel.

#### Les demandes et argumentations

Selon le ministre, le test salivaire de dépistage s'analysait en un examen de biologie médicale au sens des dispositions de l'article L. 6211-1 et 2 du Code de la santé publique. En conséquence, ils devaient être soumis au secret médical et l'employeur ne pouvait en avoir connaissance et en tirer des conséquences sur le terrain disciplinaire.

Selon le Ministère, seul un médecin pouvait les pratiquer et demander, si nécessaire, des

examens complémentaires. Ainsi, cette disposition portait aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions non justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

Selon l'entreprise, la décision de l'inspection du travail faisait obstacle à la pleine mise en œuvre de l'obligation générale de sécurité à laquelle les employeurs sont soumis en application de l'article L. 4121-1 du Code du travail.

## La décision, son analyse et sa portée

La cour administrative d'appel a infirmé le jugement du tribunal administratif :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, si les tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants, qui ne répondent pas aux critères définis par les dispositions précitées des articles L. 6211-1 et suivants du Code de la santé publique, ne constituent pas en eux-mêmes un examen de biologie médicale au sens desdites dispositions, ils 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 ainsi que le prévoyait le projet de règlement intérieur de la SAS Sud Travaux ; qu'en outre, si de tels tests peuvent éventuellement indiquer une consommation de drogue, ils ne permettent pas, à la différence encore des contrôles d'alcoolémie par éthylotest, de déterminer un seuil à partir duquel le salarié devrait être regardé comme étant dans l'incapacité de tenir son poste de travail, étant en particulier précisé que la fenêtre de détection peut, dans certains cas, s'étendre jusqu'à 24 heures après usage, ainsi que cela ressort notamment de la notice d'utilisation d'un test salivaire produite ; qu'au surplus, si le résultat positif de tels tests salivaires permet de détecter la présence de substances psycho-actives, il n'indique pas avec certitude une consommation de drogue, dès lors notamment que ces tests peuvent aboutir à de faux résultats positifs ou de faux résultats négatifs dans une proportion non négligeable et que, par ailleurs, la prise de certains médicaments, qui relève du secret médical, peut être susceptible de rendre positif un résultat, certaines des substances détectées étant utilisées dans le traitement médicamenteux de pathologies ou d'affections ; que, dans ces conditions, le recours à des tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants tel qu'il était mis en place par le projet de règlement intérieur de la SAS Sud Travaux, c'est-à-dire en faisant pratiquer ces tests par un supérieur hiérarchique et en prévoyant la possibilité d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement dans l'hypothèse d'un résultat positif, porte, eu égard à l'absence de respect du secret médical et, au surplus, de fiabilité suffisante, en l'état des tests salivaires existant à ce jour, d'un résultat positif, une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives par rapport au but recherché ».

### • Le test salivaire de dépistage et le secret médical

Si la cour administrative d'appel ne retient pas la qualification proposée par le Ministère d'examen biologique au sens des dispositions du Code de la santé publique, elle retient qu'il s'agit toutefois d'un prélèvement d'échantillons biologiques contenant des données biologiques et cliniques. Or, ces données sont

soumises au secret médical. Ainsi, il est exclu, selon la Cour, que le test soit pratiqué et que les résultats soient interprétés par l'employeur. Seul un médecin peut pratiquer ces prélèvements.

### • La fiabilité du test

La Cour retient également que le test ne permet pas de déterminer un seuil à partir duquel le salarié peut être considéré comme étant dans l'incapacité d'assumer ses fonctions. De plus, elle considère que ce type de test peut aboutir à de faux résultats positifs ou de faux résultats négatifs et que la prise de certains médicaments, relevant du secret médical, est susceptible de rendre le test positif.

### • Une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et libertés individuelles et collectives par rapport au but recherché

En considération du secret médical et du manque de fiabilité du test, la Cour estime qu'une telle disposition dans le règlement intérieur est contraire aux dispositions des articles L.1121-1 et 1321-3 du Code du travail. La Cour ne retient ainsi pas le fait que le règlement intérieur prévoyait que :

- les tests se limitaient aux salariés occupant un poste hypersensible ;
- le test nécessitait l'accord du salarié ;
- la présence d'un témoin était exigée.

Il s'agit pourtant habituellement des exigences prises en compte pour apprécier la licéité des dispositions d'un règlement intérieur relatives à des actions de contrôle des salariés.

Si le règlement intérieur est bien l'outil qui fixe les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement et que le but recherché par la mise en œuvre d'un tel test est la préservation de la santé et de la sécurité des salariés, argument que fait valoir à juste titre l'employeur, la cour administrative d'appel a décidé que le moyen retenu par l'employeur n'est pas adapté, dès lors que le test manque de fiabilité et qu'il se heurte au secret médical.

### • La comparaison avec les tests d'alcoolémie

#### L'utilisation d'un éthylotest

Une clause du règlement intérieur prévoyant le recours à l'éthylotest en toute circonstance est illégale. Toutefois, le recours à l'éthylotest de façon suffisamment espacée peut être prévu lorsqu'il s'agit de vérifier le taux d'alcoolémie d'un salarié qui manipule des produits dangereux, ou est occupé à une machine dangereuse ou conduit des véhicules automobiles, et notamment transporte des personnes<sup>(1)</sup>.

Un contrôle d'alcoolémie peut être réalisé en dehors de l'entreprise pour des raisons techniques<sup>(2)</sup>.

(1) Circ. DRT 83, 15 mars 1983, n° 1242 : BOMT n° 83-16 ; CE, 1<sup>er</sup> févr. 1980, n° 6361.

(2) Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-25.436.

Enfin, il a été jugé que les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites, dès lors que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation<sup>(3)</sup>.

Selon la Cour administrative d'appel de Marseille, l'éthylotest se distingue du test salivaire dans la mesure où il n'implique pas un prélèvement d'échantillons biologiques contenant des données biologiques et cliniques soumises au secret médical. De même, la Cour retient que l'éthylotest permet de déterminer un seuil à partir duquel le salarié devrait être regardé comme étant dans l'incapacité de tenir son poste, ce qui n'est pas le cas du test salivaire de dépistage.

### Le dépistage du taux d'alcoolémie par prise de sang

Le dépistage du taux d'alcoolémie au moyen d'une prise de sang ne peut être pratiqué que par le médecin du travail, dans le cadre de la détermination de l'aptitude médicale du salarié à son poste de travail, ou par un infirmier du service de santé au travail, sur prescription du médecin du travail, après consentement du salarié concerné.

Le résultat de la prise de sang étant protégé par le secret médical, le médecin ne peut communiquer ce résultat à l'employeur. Il doit seulement indiquer si le salarié est ou non apte à occuper son poste et pourra proposer des mesures individuelles d'adaptation du poste.

### • Une décision en cohérence avec l'état du droit

Cette décision est en cohérence avec la jurisprudence administrative et judiciaire, ainsi qu'avec la position du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie de la santé (CCNE) et l'administration. Ainsi, si la licéité de telles clauses n'est pas remise en cause, les modalités de mise en œuvre en fonction de la nature des tests doivent être strictement définies.

Cette décision pose le difficile équilibre entre, d'une part, l'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur et, d'autre part, le principe de respect des libertés individuelles des salariés.

Le CCNE et l'Administration, dans un guide édité par le ministère du Travail et la mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie, recommande notamment un recensement précis des postes pour lesquels un tel contrôle peut être réalisé. Ce recensement pourrait résulter d'un accord collectif ou annexé au règlement intérieur. Il est également recommandé que les dépistages soient mis en œuvre sous la responsabilité du service de santé au travail.

Une coordination avec les médecins de travail s'imposent donc, ce qui démontre que l'enjeu de ces contrôles n'est pas simplement disciplinaire mais relève aussi de la question de l'aptitude du salarié à occuper son poste.

Cette solution ne facilite toutefois pas la mise en œuvre par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat, pourtant lourde de responsabilité.

### TEXTE DE L'ARRÊT (EXTRAITS)

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, si les tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants, qui ne répondent pas aux critères définis par les dispositions précitées des articles L. 6211-1 et suivants du code de la santé publique, ne constituent pas en eux-mêmes un examen de biologie médicale au sens desdites dispositions, ils 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 ainsi que le prévoyait le projet de règlement intérieur de la SAS Sud Travaux ; qu'en outre, si de tels tests peuvent éventuellement indiquer une consommation de drogue, ils ne permettent pas, à la différence encore des contrôles d'alcoolémie par éthylotest, de déterminer un seuil à partir duquel le salarié devrait être regardé comme étant dans l'incapacité de tenir son poste de travail, étant en particulier précisé que la fenêtre de détection peut, dans certains cas, s'étendre jusqu'à 24 heures après usage, ainsi que cela ressort notamment de la notice d'utilisation d'un test salivaire produite ; qu'au surplus, si le

résultat positif de tels tests salivaires permet de détecter la présence de substances psycho-actives, il n'indique pas avec certitude une consommation de drogue, dès lors notamment que ces tests peuvent aboutir à de faux résultats positifs ou de faux résultats négatifs dans une proportion non négligeable et que, par ailleurs, la prise de certains médicaments, qui relève du secret médical, peut être susceptible de rendre positif un résultat, certaines des substances détectées étant utilisées dans le traitement médicamenteux de pathologies ou d'affections ; que, dans ces conditions, le recours à des tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants tel qu'il était mis en place par le projet de règlement intérieur de la SAS Sud Travaux, c'est-à-dire en faisant pratiquer ces tests par un supérieur hiérarchique et en prévoyant la possibilité d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement dans l'hypothèse d'un résultat positif, porte, eu égard à l'absence de respect du secret médical et, au surplus, de fiabilité suffisante, en l'état des tests salivaires existant à ce jour, d'un résultat positif, une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives par rapport au but recherché, en méconnaissance des dispositions précitées des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, contrai-

rement à ce qu'ont retenu les premiers juges ; que le ministre est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal a annulé la décision de l'inspectrice du travail du 30 mars 2012 au motif que l'utilisation du test salivaire de dépistage de l'usage des produits stupéfiants ne portait pas atteinte aux droits et libertés des salariés ;

(...) 8. Considérant que la SAS Sud Travaux a soutenu devant le tribunal que la décision contestée faisait obstacle à la pleine mise en œuvre de l'obligation générale de sécurité à laquelle elle était soumise en application des dispositions précitées de l'article L. 4121-1 du code du travail ; que, toutefois, ainsi que cela a été précédemment dit au point 6, le recours à des tests salivaires de dépistage de la consommation de produits stupéfiants tel qu'il était mis en place par le projet de règlement intérieur de la SAS Sud Travaux, c'est-à-dire en faisant pratiquer ces tests par un supérieur hiérarchique et en prévoyant la possibilité d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement dans l'hypothèse d'un résultat positif, porte, eu égard à l'absence de respect du secret médical et, au surplus, de fiabilité suffisante d'un résultat positif, une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives par rapport au but recherché ; (...).

(3) Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878 ; Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-47.000.