

# Obligation vaccinale et obligation de prouver qu'on est vacciné

Pierre TRUDEL\*

<b>1.- L'obligation vaccinale .....</b>	<b>2</b>
1.1.- En droit américain .....	3
1.2.- En droit européen.....	6
1.3.- En droit canadien .....	7
1.4.- Les fondements législatifs de l'imposition d'obligations vaccinales en droit québécois .....	8
<b>2.- Les droits et libertés concernés par l'imposition d'une obligation vaccinale.....</b>	<b>9</b>
2.1.- Le droit à l'intégrité.....	9
2.2.- Les libertés de conscience et de religion .....	10
2.3.- Le droit à la vie privée.....	10
2.4.- Le droit à l'égalité.....	10
<b>3.- La justification d'une obligation vaccinale.....</b>	<b>12</b>
3.1.- Le lien rationnel.....	12
3.2.- L'atteinte minimale.....	13
<b>4.- Les obligations de présenter la preuve de vaccination : le passeport vaccinal.....</b>	<b>16</b>
4.1.- Les enjeux généraux du passeport vaccinal.....	16
4.2.- Les principaux enjeux de protection des renseignements personnels .....	19
4.3.- Les obligations relatives aux données consignées sur le passeport vaccinal ...	21
4.4.- L'obligation d'informer la personne qui présente une preuve de vaccination .	21
<b>Conclusion .....</b>	<b>21</b>

---

\* Professeur, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, membre du Barreau du Québec, <<https://pierretrudel.openum.ca/>>.

## Introduction

Le vaccin est un médicament différent des autres. Son caractère prophylactique le distingue des médicaments à caractère thérapeutique. On injecte une substance à un individu en bonne santé afin de prévenir une maladie qu'il n'aurait peut-être jamais contractée. Laurent-Henri Vignaud constate qu'il est nécessaire de convaincre de l'utilité, voire de la nécessité du vaccin en se fondant sur des statistiques permettant de démontrer que « le risque de mourir de la maladie ou d'être gravement atteint par elle est plus grand. »<sup>1</sup>

Ce sont les divergences de points de vue et d'appréciation quant aux risques et bénéfices des vaccins qui alimentent les controverses à leur sujet. Comme il ne s'agit pas de traitements destinés à remédier à une maladie affectant un individu, la vaccination est envisagée comme une intrusion au regard de l'intégrité physique des personnes.

On entend souvent qu'il est impossible en vertu des chartes garantissant les droits fondamentaux d'imposer une obligation vaccinale. Pourtant, dans plusieurs pays, on se prépare à mettre en place ce type d'obligations et les tribunaux ont généralement validé les mesures gouvernementales imposant la vaccination. On convient aisément que les mesures qui obligent à la vaccination heurtent de plein fouet un ensemble de droits et libertés reconnus et protégés par les chartes des droits. Mais c'est surtout au niveau des raisonnements par lesquels on évalue la justification et le caractère raisonnable des atteintes aux droits et libertés que se révèle la vraie marge de manœuvre à la disposition des autorités confrontées à une pandémie ou à autres ravages engendrés par des maladies contagieuses.

Dans la première partie de ce texte, nous nous proposons d'explicitier la mesure dans laquelle jurisprudence vient confirmer les affirmations souvent entendues selon lesquelles la vaccination obligatoire serait en soi incompatible avec la garantie des droits fondamentaux.

Dans la seconde partie, il est fait état des enjeux spécifiques associés à l'imposition aux individus d'obligations de démontrer qu'ils sont bel et bien vaccinés. Bien qu'ils soient intimement liés, les enjeux associés à l'exigence du passeport vaccinal diffèrent à certains égards de l'imposition de l'obligation vaccinale.

### 1.- L'obligation vaccinale

L'imposition par mesure législative ou réglementaire d'une obligation de vaccination constitue une limite aux droits fondamentaux garantis. Pour cette raison, toute mesure impliquant une obligation vaccinale doit être évaluée au regard des grilles d'analyses prescrites par les chartes des droits.

---

<sup>1</sup> Laurent-Henri Vignaud, « La vaccination de Pasteur aux antivax », *Sciences Humaines*, inédit web, article mis à jour au 23-07-2021, < [https://www.scienceshumaines.com/la-vaccination-de-pasteur-aux-antivax\\_fr\\_43675.html#articlePayantAchat](https://www.scienceshumaines.com/la-vaccination-de-pasteur-aux-antivax_fr_43675.html#articlePayantAchat) >.

Les analyses des tribunaux américains et des juridictions européennes peuvent procurer des éclairages utiles sur les raisonnements par lesquels les tribunaux jugent de la validité des limites aux droits et libertés qui résultent de l'imposition d'obligations vaccinales. À ce jour, les tribunaux canadiens tendent à aller dans le sens indiqué par leurs homologues américains et européens.

### **1.1.- En droit américain**

Aux États-Unis, les tribunaux ont maintes fois rejeté les contestations des mesures étatiques imposant la vaccination obligatoire.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle, dans *Jacobson v. Massachusetts*, la Cour suprême des États-Unis validait une loi de l'État du Massachusetts imposant la vaccination contre la variole pour les adultes. C'était à une époque où cette maladie était considérée comme un danger grave et immédiat pour la population. La Cour se fonde sur les pouvoirs des États d'assurer l'ordre public (police power). Elle fait valoir que « There are manifold restraints to which every person is necessarily subjected for the common good.»<sup>2</sup>

La Cour relève que la mesure de vaccination obligatoire est en relation avec la protection de la santé publique et de la sécurité des personnes. Le fait qu'il existe un certain scepticisme en certains milieux au regard de la vaccination ne constitue pas en soi un motif privant la législature de l'État de sa capacité de prendre de telles mesures. Devant l'impossibilité pour le requérant de démontrer qu'il appartenait à une catégorie de personnes qui serait médicalement inapte à recevoir le vaccin, la Cour a n'a pas retenu son argument selon lequel il était impossible de dire à un individu que la vaccination lui serait bénéfique.

Dans *Zucht v. King*<sup>3</sup>, la Cour suprême américaine a été encore plus loin en décidant qu'une municipalité peut imposer la vaccination obligatoire des enfants qui fréquentent les écoles même en l'absence de menace immédiate d'épidémie. La mesure contestée dans cette affaire interdisait aux enfants qui ne détenaient pas une preuve de vaccination de fréquenter l'école.

Dans le même esprit, une loi de la Virginie de l'ouest obligeant à la vaccination tous les élèves sans prévoir de possibilités d'exemption pour motifs religieux a été jugée valide par la Cour d'appel du 4<sup>e</sup> circuit<sup>4</sup>. La Cour adhère à l'analyse selon laquelle le droit de pratiquer librement une religion n'inclut pas la liberté d'exposer la collectivité ou les enfants à des maladies contagieuses.

Dans un ensemble de décisions allant dans le même sens, les tribunaux américains ont unanimement maintenu la validité constitutionnelle des lois imposant la vaccination. Cette tendance jurisprudentielle marquée a amené Erwin Chemerinsky et Michele Goodwin à

---

<sup>2</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 27 pp. 29-31.

<sup>3</sup> 260 U.S. 174 (1922).

<sup>4</sup> *Workman v. Mongo County Board of Education*, 419 F. App'x 348 (4<sup>th</sup> cir. 2011).

conclure que : «laws that require vaccination need not- and should not – have exceptions for religion or for conscience. Compulsory vaccination laws are unquestionably constitutional without such exceptions.»<sup>5</sup>

En 2021, la même approche est retenue dans *Klaassen v. Trustees of Virginia University*, une décision de première instance rendue le 18 juillet 2021, rejetant une contestation à l'encontre d'une mesure universitaire imposant la vaccination obligatoire, le juge Damon R. Leichty a conclu à la page 100 que :

Recognizing the significant liberty interest the students retain to refuse unwanted medical treatment, the Fourteenth Amendment permits Indiana University to pursue a reasonable and due process of vaccination in the legitimate interest of public health for its students, faculty, and staff. Today, on this preliminary record, the university has done so for its campus communities. That leaves the students with multiple choices, not just forced vaccination.

Reconnaissant l'ampleur de la pandémie, le tribunal structure son raisonnement concluant à la validité des mesures imposées par l'Université en examinant la raisonnable des limites imposées aux droits constitutionnels qui sont affectés par les obligations vaccinales<sup>6</sup>. Le juge fait valoir à la page 35 et suivantes que :

We live in the era of the COVID-19 virus—worldwide seeing to nearly 189 million cases and 4 million deaths, with these numbers changing daily. The United States hasn't been immune. Our citizens have recovered or struggled to recover from over 33 million cases of this novel coronavirus when over 606,000 tragically have passed.<sup>67</sup> A public health crisis of this magnitude begs the question: how should the law respond to state action that infringes on the People's liberties during such times?

To be sure, the Constitution isn't put on the shelf. Indeed, in times of crisis, perhaps constitutional adherence proves the very anchor we all need against irrational and overweening government intrusion that would otherwise scuttle the ship. As the arbiters of the Constitution's checks and balances, see *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176- 78 (1803); accord *Morrison*, 529 U.S. at 616, the courts play an important role in ensuring that the government doesn't simply declare a never-ending public emergency and expand its powers ad libitum to the People's detriment.

---

<sup>5</sup> Erwin Chemerinsky & Michele Goodwin, "Compulsory Vaccination Laws are Constitutional", (2016) 110 *Northwestern U. L. Rev.* 589-616.

<sup>6</sup> *Klaassen v. Trustees of Virginia University*, US District Court, Northern District of Indiana, South Bend Division, 1:21-CV-238 DR, juge Damon R. Leichty. Voir: Judge Sides With Indiana U in Vaccine Mandate Case, <<https://www.insidehighered.com/news/2021/07/20/federal-judge-upholds-indiana-universitys-covid-19-vaccine-requirement>>. *Klassen v. Trustees of Indiana University* <[https://www.insidehighered.com/sites/default/server\\_files/media/indiana\\_lawsuit.pdf](https://www.insidehighered.com/sites/default/server_files/media/indiana_lawsuit.pdf)>.

Under our country's federalist system, state and federal governments share regulatory authority over public health matters. States traditionally exercise most authority under their inherent police power—and reasonably so when public health may flux and evolve by locale. States thus have the power, within constitutional limits, to pass laws that “provide for the public health, safety, and morals[.]” *Barnes v. Glen Theatre*, 501 U.S. 560, 569 (1991); accord *Glucksberg*, 521 U.S. at 729-31; *Zucht v. King*, 260 U.S. 174, 176- 77 (1922), *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. 11, 24-25 (1905).

To answer the question today, the court travels back in time to 1905: a time before the modern tiers of constitutional analysis (strict scrutiny and rational basis) and one rampaged by the smallpox epidemic. In that year, the United States Supreme Court issued a leading decision in answer to this question.

Le tribunal conclut qu'aucun étudiant, y inclus ceux qui ne sont pas encore exemptés, n'a pu démontrer que l'obligation vaccinale imposée par de l'Université de l'Indiana ne repose pas sur des fondements rationnels. Le tribunal explique, à la page 83 que:

Overall, the students' arguments amount to disputes over the most reliable science. But when reasonable minds can differ as to the best course of action—for instance, addressing symptomatic versus asymptomatic virus spread or any number of issues here—the court doesn't intervene so long as the university's process is rational in trying to achieve public health. See, e.g., *Phillips*, 775 F.3d at 542 (“plaintiffs argue that a growing body of scientific evidence demonstrates that vaccines cause more harm to society than good, but as *Jacobson* made clear, that is a determination for the [policymaker], not the individual objectors”). There is a rational basis for making distinctions here. No student, including those not yet exempt, have shown that Indiana University's vaccine mandate as applied to them violates rational basis review. The court thus denies their request to enjoin it preliminarily.

À la page 94, le juge observe que:

The balance of harms against the parties and the public interest favor denying the preliminary injunction. This is a sliding scale analysis. The court “weighs the balance of potential harms” against “the movant's likelihood of success.” *Turnell*, 796 F.3d at 662. The more likely the plaintiff is to win, the less the balance of harms needs to favor them; the less likely, the more it must weigh in their favor. *Id.* The court has already said the students' likelihood of success is low, and the odds favor the university.

To be sure, the students have a significant liberty interest in refusing unwanted medical treatment. Telling them they must take unwanted medical treatment is a significant intrusion on their liberty. And under the harm principle, “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.” *John Stuart Mill, On Liberty* 9 (1859); see *Cassell*, 990 F.3d at 550. If the students' decision

to refuse the vaccine affected themselves alone, the balance of harms would almost certainly weigh in favor of granting a preliminary injunction.

But the evidence reasonably shows that they aren't the only ones harmed by refusing to get vaccinated: refusing while also not complying with heightened safety precautions could "sicken and even kill many others who did not consent to that trade-off."

Ce qui amène le tribunal à conclure, à la p. 97, que la politique universitaire attaquée n'est pas une vaccination forcée. Les étudiants ont des options : se faire vacciner, demander une exemption religieuse, demander une exemption médicale, demander un report médical, prendre un semestre de congé ou fréquenter une autre université. Cette politique s'applique pour le semestre d'automne 2021 seulement. Les étudiants peuvent faire leur choix après avoir été informés des risques et des avantages des vaccins, donnant ainsi un consentement éclairé. Le tribunal reconnaît que pour certains étudiants, cela peut s'avérer un choix difficile, mais un choix quand même. Le choix n'est pas si coercitif qu'il constitue un préjudice constitutionnel irréparable.

De toute évidence, les effets d'exclusion ressentis par les personnes non vaccinées ne génèrent pas un surcroît d'émotion auprès du tribunal.

## **1.2.- En droit européen**

En avril 2021, la Cour européenne des droits de l'homme validait une mesure étatique imposant des obligations de vaccination. Cette décision est éclairante car elle traite des conditions que les autorités publiques doivent satisfaire lorsqu'elles décident d'imposer une obligation ou une preuve de vaccination<sup>7</sup>. Dans cette décision majoritaire (16 juges pour et un juge dissident), la Cour européenne des droits a validé l'exigence de vaccination imposée par la république tchèque. C'est un rappel que les droits et libertés garantis peuvent être soumis à des limitations. La véritable question est celle de savoir si les limites sont raisonnables.

La Cour européenne des droits avait à juger de la conformité d'une mesure mise en place par les autorités de la République tchèque obligeant de vacciner les enfants contre neuf maladies bien connues de la médecine. Les parents qui, sans motif valable, ne se conformaient pas à cette obligation s'exposaient à devoir payer une amende. Les enfants non vaccinés ne pouvaient accéder aux écoles maternelles. La réglementation tchèque prévoyait une exception pour ceux qui ne pouvaient être vaccinés pour des raisons de santé.

La Cour rappelle que la vaccination obligatoire, en tant qu'intervention médicale non volontaire, est une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Sa validité ne va pas de soi; une telle mesure étatique, comme toutes celles qui limitent l'un ou l'autre des droits et libertés, doit reposer sur des justifications et être proportionnée aux objectifs visés.

---

<sup>7</sup> *Vavricka et autres c. République Tchèque*, 8 avril 2021, < <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209377> >.

Pour la Cour, une telle politique de vaccination poursuit les objectifs légitimes de protection de la santé ainsi que des droits d'autrui. La politique mise en place par les autorités de la République tchèque protège à la fois ceux qui reçoivent les vaccins et ceux qui ne peuvent se faire vacciner pour des raisons médicales et qui sont donc tributaires de l'immunité collective pour se protéger contre les maladies contagieuses en cause. La Cour reconnaît que l'État a une importante marge d'appréciation lorsque vient le temps d'évaluer le bien fondé des mesures à mettre en place pour protéger la santé. Elle relève que l'obligation vaccinale est fortement soutenue par les autorités médicales. L'obligation de faire vacciner les enfants est une réponse au besoin social impérieux de protéger la santé individuelle et publique contre les maladies visées. L'imposition d'une telle obligation vise aussi à éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants. Pour la Cour, l'objectif de l'exigence de vaccination doit être de veiller à ce que tout enfant soit protégé contre les maladies graves car l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent.

La Cour a aussi évalué le caractère proportionné de la réglementation imposant une obligation de se faire vacciner. Elle constate que la portée et la teneur de l'obligation vaccinale, les exceptions prévues et les garanties procédurales disponibles sont proportionnés avec les buts légitimes poursuivis par l'État tchèque, à savoir la protection contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé. Elle rappelle qu'en de telles situations, la question à trancher n'est pas de savoir si une autre politique aurait pu être adoptée. Il s'agit plutôt de déterminer si, en mettant en balance les intérêts en jeu, les autorités tchèques avaient mené une appréciation raisonnable. La Cour conclut que les mesures litigieuses sont « nécessaires dans une société démocratique ». Du coup elles constituent une limite justifiée au droit à la vie privée garanti dans la Convention européenne des droits fondamentaux.

### **1.3.- En droit canadien**

Au Canada, bien que les tribunaux n'aient pas été saisis directement de la question, les auteurs d'une analyse sur la légalité de la vaccination obligatoire des membres du personnel des établissements de santé estiment que ce type de mesures constituent des limites raisonnables aux droits fondamentaux à la condition d'être clairement justifiées et adéquatement proportionnées<sup>8</sup>.

Pour déterminer si les limites sont raisonnables, il faut tenir compte de la situation engendrée par la pandémie. Les autorités publiques auront alors à exposer au tribunal, les données probantes sur lesquelles elles se fondent pour imposer une mesure limitant les droits et libertés comme le port obligatoire du couvre-visage ou l'obligation de présenter une preuve de vaccination. Il faut alors convaincre que la mesure est raisonnable, compte tenu de l'état des connaissances. Le fardeau des autorités n'est pas de démontrer qu'aucune autre mesure pourrait venir à bout du mal à combattre. Il faut établir que la mesure fait

---

<sup>8</sup> Colleen M. Flood, Bryan Thomas, Kumanan Wilson, "Mandatory vaccination for health care workers an analysis of law and policy", *CMAJ*, vol. 193, issue 6, Feb. 8, 2021, E217-E220.

partie de celles qui ont des chances réelles de venir à bout des effets les plus graves de la pandémie.

Le caractère proportionné de la mesure sera aussi examiné. On doit considérer la sévérité de la limite imposée aux droits et libertés en fonction de la gravité des périls qu'il s'agit de combattre. Le caractère raisonnable d'une limite aux droits et libertés sera aussi tributaire des accommodements possibles pour les personnes qui ne peuvent satisfaire aux exigences pour des raisons de santé ou autres.

#### **1.4.- Les fondements législatifs de l'imposition d'obligations vaccinales en droit québécois**

En matière de vaccination, le cadre législatif québécois accorde d'importants pouvoirs aux autorités de santé publique. Lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré, l'article 123 de la *Loi sur la santé publique* habilite le gouvernement ou le ministre responsable à décréter sans délai ni formalité un ensemble de mesures destinées à protéger la population. Au regard de l'obligation vaccinale, les pouvoirs suivants énoncés à l'article 123 sont particulièrement pertinents :

1° ordonner la vaccination obligatoire de toute la population ou d'une certaine partie de celle-ci contre la variole ou contre une autre maladie contagieuse menaçant gravement la santé de la population et, s'il y a lieu, dresser une liste de personnes ou de groupes devant être prioritairement vaccinés; (...)

3° ordonner à toute personne, ministère ou organisme de lui communiquer ou de lui donner accès immédiatement à tout document ou à tout renseignement en sa possession, même s'il s'agit d'un renseignement personnel, d'un document ou d'un renseignement confidentiel;

4° interdire l'accès à tout ou partie du territoire concerné ou n'en permettre l'accès qu'à certaines personnes et qu'à certaines conditions, ou ordonner, lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de protection, pour le temps nécessaire, l'évacuation des personnes de tout ou partie du territoire ou leur confinement et veiller, si les personnes touchées n'ont pas d'autres ressources, à leur hébergement, leur ravitaillement et leur habillement ainsi qu'à leur sécurité;

On remarquera que les obligations vaccinales ne peuvent être imposées qu'en vertu de l'urgence sanitaire. Elles sont conditionnées à la nécessité de remédier à de graves périls pour la santé des populations. Les restrictions imposées aux droits et libertés sont importantes. Par exemple, l'article 126 de la *Loi sur la santé publique* permet à un juge de contraindre une personne à la vaccination s'il est démontré que le refus de se faire vacciner met en péril la santé de la population.

La gravité de la situation qui motive l'état d'urgence sanitaire est une considération primordiale lorsqu'il s'agit d'examiner la validité de mesures, par nature exceptionnelles, que permet de prendre la *Loi sur la santé publique*. Car il est évident que plusieurs droits et libertés sont concernés par les mesures que permet d'imposer la législation destinée à assurer la protection de la santé publique.



## **2.- Les droits et libertés concernés par l'imposition d'une obligation vaccinale**

L'imposition par une mesure législative ou réglementaire d'une obligation vaccinale interpelle un ensemble de droits protégés par les chartes des droits et libertés. Parmi les plus évidents, il y a le droit à l'intégrité de la personne, les libertés de conscience et de religion, le droit à la vie privée et le droit à l'égalité.

### **2.1.- Le droit à l'intégrité**

Un individu qui accepte d'être vacciné renonce, à tout le moins partiellement à son droit à l'intégrité physique. Une telle renonciation à un droit fondamental protégé par la Charte doit être libre et éclairée. D'où l'impératif du consentement libre et éclairé.

Pour qu'un consentement à renoncer à un droit soit valable, il faut que le titulaire puisse faire un vrai choix. Il n'y a pas de réel choix si l'obligation de renoncer à son droit constitue une condition d'emploi ou une condition pour accéder à un lieu ou un service.

Comme le dispose l'article 10 du Code civil, la loi peut prévoir des situations dans lesquelles il peut être porté atteinte à l'intégrité d'un individu. Mais une telle loi doit constituer une limite raisonnable et se justifier.

La vaccination implique nécessairement une intrusion dans le corps. C'est donc une atteinte à l'intégrité physique. Dans *Marcoux c. Bouchard*<sup>9</sup>, la Cour suprême ne manque pas de souligner que même si elle se révèle nécessaire, une intervention médicale comporte une atteinte à l'intégrité d'une personne. Cela justifie de subordonner une telle atteinte au consentement libre et éclairé de la personne concernée.

Dans *Charbonneau c. Poupard*<sup>10</sup>, le tribunal a convenu que l'obligation de vaccination est une atteinte à l'intégrité. Mais il a estimé qu'une telle atteinte était justifiée. Dans cette affaire, un enfant a été expulsé de l'école parce qu'il n'était pas vacciné contre une maladie qui avait à ce moment-là un caractère épidémique. Le tribunal conclut que l'objectif de protection des autres enfants qui fréquentent l'école de même que les autres membres de la société sont suffisamment importants pour justifier une limite que le juge estime mineure au droit à l'intégrité physique. La décision d'expulser l'enfant a été accompagnée de mesures alternatives afin de lui permettre de compléter son programme scolaire. Pour cette raison, le juge fait valoir que l'atteinte à l'intégrité est indirecte. Le défaut d'être vacciné engendre la mise en place de mesures alternatives afin de pallier à l'impossibilité de fréquenter l'école.

---

<sup>9</sup> *Marcoux c. Bouchard*, 2001 CSC 50 (CanLII), [2001] 2 RCS 726, <<https://canlii.ca/t/520n>>.

<sup>10</sup> [1990] RJQ 1136.

## **2.2.- Les libertés de conscience et de religion**

Tel que défini par la Cour suprême dans *Le Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* : « Le droit à la liberté de religion consacré à l'al. 2a) de la *Charte* englobe le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement nos croyances religieuses et le droit de les manifester par leur enseignement et leur propagation, par la pratique religieuse et par le culte (...). » Cette liberté protège les différentes pratiques dictées par les croyances auxquelles adhèrent les adeptes d'une religion. Il paraît certain que l'imposition par la loi à une personne d'une obligation d'être vacciné peut venir en conflit avec ses croyances religieuses.

## **2.3.- Le droit à la vie privée**

En droit civil québécois, le droit à la vie privée emporte une protection à l'égard d'informations et de processus de décision relatifs à l'intimité et à la faculté de libre arbitre de son titulaire. La teneur du droit protégé au titre de la vie privée comporte des dimensions informationnelles, c'est-à-dire des informations qui révèlent, identifient des traits caractéristiques d'une personne.

Ces traits caractéristiques associés à un individu ont trait à sa liberté de décider de son devenir aussi bien que de limiter les informations qui le concernent. L'autonomie de la personne constitue une composante du droit à la vie privée. La faculté de décider de la façon de mener sa vie relève de la marge d'autonomie reconnue à l'individu. Dans l'arrêt *Godbout c. Ville de Longueuil*, la Cour suprême, par la plume du juge La Forest [...] que la portée du droit à la vie privée n'a pas été entièrement délimitée et que des cas pourront se présenter où il sera possible de juger que la protection prévue à l'art. 5 s'applique à d'autres aspects de la « vie privée ». À mon avis, la sphère limitée d'autonomie personnelle où se forment des choix intrinsèquement privés est l'un de ces autres aspects. »<sup>11</sup>

## **2.4.- Le droit à l'égalité**

Les lois sur la protection des droits de la personne, tant au niveau fédéral que provincial, garantissent le droit à l'égalité de tous les Canadiens en prohibant toute discrimination exercée tant par des personnes privées que par les gouvernements et basée sur des motifs précis qui sont limitativement énumérés dans différentes lois. Sous réserve de certaines variantes, il peut s'agir de la race, de la couleur, de l'origine ethnique ou nationale, de la religion ou des croyances religieuses, du sexe (y compris les caractéristiques associées telle la grossesse), de l'orientation sexuelle, de l'état matrimonial, de l'âge – sauf dans la mesure prévue dans la loi, des convictions politiques, du handicap, de la condition sociale, des sources de revenu et des antécédents judiciaires, etc.

L'imposition d'une obligation vaccinale peut se révéler discriminatoire. Au nombre des motifs prohibés de discrimination qui pourraient être concernés, il y a l'âge, le handicap, la condition sociale de même que la race et l'origine ethnique ou nationale.

---

<sup>11</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 RCS 844, par. 97.

Comme le rappelle la Commission des droits de la personne et de la protection de la jeunesse (CDPDJ), certaines personnes, en raison d'un handicap ne peuvent recevoir de vaccin. Il en est de même des personnes qui pour des raisons de santé ne peuvent être vaccinées. L'imposition d'une obligation vaccinale engendre à leur égard des conséquences discriminatoires. Se faire refuser l'accès à un lieu ou à une activité alors qu'une personne ne peut, en raison d'un handicap ou de son état de santé se conformer à l'obligation engendre forcément des effets discriminatoires.

Les mêmes enjeux concernent les personnes qui, en raison de leur âge, ne peuvent être vaccinées.

De même l'imposition d'une obligation vaccinale peut induire de la discrimination qui serait relative à la condition sociale. Dans son analyse sur les passeports vaccinaux, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse donne l'exemple des personnes dont le statut migratoire est précaire et qui de ce fait ont un accès limité aux soins de santé. Ces personnes pourraient subir de la discrimination si les mesures ne prévoient pas des façons de faire qui assurent qu'elles ne pourront être préjudiciées au regard de leur statut migratoire.

Les obligations vaccinales peuvent aussi avoir des conséquences au regard de la race et l'origine ethnique ou nationale. S'agissant des personnes racisées, la Conseillère scientifique en chef du Canada faisait observer que :

« [U]ne attention particulière doit être portée à certaines communautés racisées ou défavorisées, et à certaines communautés autochtones, qui peuvent manquer de confiance dans les institutions médicales ou leurs gouvernements en raison de préjudices historiques, comme les expériences menées sans consentement dans les pensionnats, ou en raison de soins inéquitables persistants vécus dans le système médical, entraînant une intention relativement faible de se faire vacciner. »<sup>12</sup>

En somme, l'imposition d'obligations vaccinales peut engendrer des effets discriminatoires à l'égard de personnes faisant partie de certaines minorités.

Une fois que l'on convient que les obligations vaccinales peuvent venir en conflit avec un ensemble de droits et libertés garantis, il faut garder à l'esprit que ces divers droits et libertés doivent se conjuguer avec l'obligation de fournir un lieu de travail sûr et sain prévue notamment à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*<sup>13</sup>. C'est dire l'importance des raisonnements par lesquels on fonde une obligation vaccinale.

---

<sup>12</sup> BUREAU DE LA CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE EN CHEF, *Considérations scientifiques relatives à l'utilisation des certificats de vaccination contre la COVID-19, Rapport de la conseillère scientifique en chef du Canada*, 31 mars 2021, p. 9 [En ligne]. < [https://science.gc.ca/eic/site/063.nsf/fra/h\\_98229.html](https://science.gc.ca/eic/site/063.nsf/fra/h_98229.html) >.

<sup>13</sup> RLRQ, c. s-2.1

### 3.- La justification d'une obligation vaccinale

Une fois qu'il est établi qu'une loi ou une mesure prévue ou autorisée par la loi impose une obligation vaccinale, se pose la question du caractère raisonnable et justifiable des limites que la mesure impose aux droits et libertés.

Au Québec, l'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit que « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »

Lorsqu'ils sont appelés à examiner une mesure qui limite un droit ou une liberté, les tribunaux examinent s'il existe un lien rationnel entre la mesure limitant une liberté et les maux que l'on cherche à prévenir ou enrayer. Il faut aussi déterminer si l'atteinte est minimale, compte tenu des fins recherchées ou du péril à conjurer. Une fois établi que l'atteinte est la moins intrusive possible, il faut se demander s'il y a une pondération adéquate entre les effets préjudiciables et les bénéfiques de la mesure attaquée. Bref, les limites doivent reposer sur des motifs démontrables et être proportionnées à la gravité des maux à combattre<sup>14</sup>.

Par son caractère exhaustif, la décision de la Cour européenne des droits<sup>15</sup> est de nature à refléter le type de raisonnements qui a toutes les chances de prévaloir si les juridictions canadiennes étaient appelées à évaluer la raisonnable de mesures imposant des obligations vaccinales.

#### 3.1.- Le lien rationnel

Pour évaluer la pertinence et la qualité du lien rationnel entre les périls à conjurer et les mesures d'imposition d'obligations vaccinales, il faut tenir compte de la gravité de la situation engendrée par la pandémie. Les autorités publiques auront alors à exposer les données probantes sur lesquelles elles se fondent pour imposer une mesure limitant les droits et libertés comme l'obligation de présenter une preuve de vaccination. Il faut alors convaincre que la mesure est raisonnable, compte tenu de l'état des connaissances. Le fardeau des autorités n'est pas de démontrer qu'aucune autre mesure pourrait venir à bout du mal à combattre. Il faut établir que la mesure fait partie de celles qui ont des chances réelles de venir à bout des effets les plus graves de la pandémie.

Dans sa décision *Vavricka et autres c. République Tchèque* sur la vaccination obligatoire, la Cour européenne des droits écrit, au paragraphe 272 que :

---

<sup>14</sup> *Singh c. Montréal Gateway Terminals Partnership*, 2019 QCCA 1494 (CanLII)

<sup>15</sup> *Vavricka et autres c. République Tchèque*, 8 avril 2021, < <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209377> >.

« l'objectif de la législation pertinente est la protection contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé. Sont concernées aussi bien les personnes qui reçoivent les vaccins en question que celles qui ne peuvent pas se faire vacciner et qui se trouvent donc dans une situation de vulnérabilité, dépendant d'un taux élevé de vaccination qui serait atteint parmi l'ensemble de la population pour être protégées contre les maladies contagieuses en cause. Cet objectif correspond aux buts que sont la protection de la santé et la protection des droits d'autrui, visés à l'article 8 de la Convention. »

Il est bien établi qu'une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. L'état des connaissances et des consensus des communautés médicales et scientifiques pèsent pour beaucoup dans l'appréciation judiciaire des besoins auxquels l'État entend répondre en imposant des obligations vaccinales. Si les consensus scientifiques reflètent les engagements énoncés dans les textes internationaux comme ceux qui visent la prévention des maladies ou la protection de la santé, la probabilité qu'une instance judiciaire reconnaisse que la mesure répond à un besoin social impérieux s'accroît.

Par exemple, dans *Vavricka et autres c. République Tchèque*, la Cour européenne des droits après avoir relevé que la vaccination des enfants étant reconnue de manière générale comme une mesure clé de la politique de santé publique, elle s'attache à rechercher si le choix du législateur tchèque de rendre obligatoire cette vaccination peut être considéré comme répondant à un besoin social impérieux (au par. 281). La Cour observe que les textes garantissant le droit à la vie obligent ou minimalement permettent aux autorités étatiques de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes relevant de leur juridiction.

De même, le degré de consensus au sein des milieux médicaux et scientifiques « au regard de la nécessité qu'une obligation légale et du risque que ferait peser sur la santé individuelle et publique une éventuelle baisse du taux de vaccination si cet acte devenait une procédure simplement recommandée. » est pris en compte. De tels arguments amènent la Cour à conclure que « l'obligation vaccinale constitue la réponse des autorités nationales au besoin social impérieux de protéger la santé individuelle et publique contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants. » (au par. 282).

### **3.2.- L'atteinte minimale**

Il va de soi qu'une obligation comportant des possibilités d'intrusion dans l'intégrité physique et l'intimité des personnes comme celle d'être vacciné doit répondre aux impératifs d'atteinte minimale. Cette obligation s'analyse comme une limitation aux droits et une telle limitation doit être la plus circonscrite possible pour ne viser que les situations clairement relatives aux objectifs poursuivis par l'imposition d'une exigence de vaccination.

Le caractère proportionné de la mesure s'évalue à la lumière du but poursuivi, il faut évaluer les caractéristiques pertinentes du régime de l'obligation vaccinale. Dans *Vavricka et autres c. République Tchèque*, la Cour européenne des droits observe que : « L'obligation vaccinale concerne neuf maladies contre lesquelles la vaccination est estimée sûre et efficace par la communauté scientifique, il en va de même de la dixième vaccination, administrée aux enfants présentant des indications médicales spécifiques » (au par. 291). Le caractère limité ou non-absolu de l'obligation vaccinale, est une donnée à prendre en compte. Est-ce qu'il y a des dérogations possibles, notamment au bénéfice des personnes qui présentent une contre-indication permanente à la vaccination (au par. 291).

De même, la Cour rappelle qu'il n'est pas possible d'imposer directement l'observation de l'obligation vaccinale. Aucune disposition ne permettant d'administrer un vaccin par la force. Les dispositifs étudiés par la Cour, sont assortis de sanctions indirectes pour faire respecter l'obligation. La mesure contestée prise en République tchèque était assortie d'une sanction relativement modérée. Une sanction administrative qui ne pouvait être infligée qu'une seule fois. (par. 293)

Quant à la conséquence imposée aux enfants qui ne sont pas vaccinés de se voir refuser l'admission à l'école maternelle, la Cour (au par 294) considère qu'elle est clairement prévue par les textes législatifs qu'elle vise à préserver la santé des jeunes enfants et surtout qu'elle est de nature essentiellement protectrice, et non punitive.

La transparence du régime et la mesure dans laquelle les autorités encouragent le débat public est également un facteur à considérer. Au, la Cour observe (par 298) que la publication d'informations détaillées comme les comptes rendus des réunions des instances du ministère de la Santé ménage à cet égard une certaine transparence.

S'agissant de la participation des citoyens, la Cour retient que le dispositif dans le cadre duquel la politique de vaccination est confiée à un organe spécialisé fonctionnant sous l'égide du ministère de la Santé conformément au modèle choisi par le législateur, auquel il doit en définitive rendre des comptes, n'est pas affecté d'un défaut de transparence propre à remettre en question la validité de la politique de vaccination suivie par la République tchèque.(par. 298)

Les questions relatives à l'efficacité et l'innocuité des vaccins de même que leurs potentiels effets néfastes sur la santé, y compris à long terme. Sont évalués à la lumière de facteurs comme la latitude dans le choix du vaccin et la latitude au regard du calendrier vaccinal.

S'agissant de l'efficacité de la vaccination, le consensus général existant au sujet de l'importance de la vaccination pour protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société pèse lourd dans l'analyse (par. 300). De même, les enjeux relatifs à l'innocuité doivent être considérés. Il est bien établi que les vaccins, bien que totalement sûrs pour la grande majorité des individus, peuvent dans de rares cas s'avérer néfastes pour un individu et causer à celui-ci des dommages graves et durables pour sa santé.

Compte tenu de ce risque très rare mais indéniablement très sérieux pour la santé d'un individu, il importe de prendre les précautions qui s'imposent avant la vaccination. Mais la Cour considère (par 301) que de telles précautions existent lorsque le régime institué préserve le devoir des professionnels de santé d'administrer, dans le cadre d'un protocole de routine, une vaccination qu'en l'absence de contre-indication, ce point étant vérifié en amont dans le cadre d'un protocole de routine. Ces précautions sont complétées par des mécanismes d'homologation sous la gouverne d'une agence de contrôle des médicaments. En plus, tous les professionnels de santé concernés sont tenus à une obligation spécifique de signaler tout effet secondaire grave ou non prévisible suspecté. En somme, les mesures permettant de monitorer l'innocuité des vaccins au moyen d'un contrôle permanent des autorités compétentes constituent des mesures d'atténuation des risques inhérents au vaccin.

Bien que la Cour ne se prononce pas sur ce point, elle mentionne que la possibilité d'obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité sans faute, ou responsabilité objective, pour une atteinte à la santé causée par la vaccination présente de fait un intérêt pour l'évaluation globale d'un régime de vaccination obligatoire (par. 302).

Certes, selon la Cour, l'exclusion des requérants de l'école maternelle a impliqué pour ces jeunes enfants la perte d'une occasion cruciale de développer leur personnalité et de débiter l'acquisition d'importantes aptitudes relationnelles et facultés d'apprentissage dans un environnement formateur et pédagogique. Cette perte a toutefois été la conséquence directe du choix fait par leurs parents respectifs de refuser de se conformer à une obligation légale visant à protéger la santé, en particulier celle des enfants de cette tranche d'âge (par. 306).

De plus, la possibilité de fréquenter l'école maternelle pour les enfants qui pour des raisons médicales ne peuvent pas être vaccinés dépend de l'existence parmi les autres enfants d'un taux très élevé de vaccination contre les maladies contagieuses. Pour la Cour, on ne saurait estimer disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale, pour le bien du petit nombre d'enfants vulnérables qui ne peuvent pas bénéficier de la vaccination. Il était valablement et légitimement loisible au législateur tchèque d'opérer ce choix, qui est pleinement compatible avec les raisons qui sous-tendent la protection de la santé de la population. L'existence théorique de moyens moins intrusifs qui, selon les requérants, permettent d'atteindre cet objectif ne change rien à cette conclusion.

Tout en convenant que la perte d'une chance éducative par les requérants, la Cour observe, au paragraphe 307 que ceux-ci n'ont pas été privés de toute possibilité de développement personnel, social et intellectuel, même si leurs parents ont dû consentir des efforts et des frais supplémentaires, voire considérables. De plus, les effets subis par les enfants requérants ont été limités dans le temps. La Cour retient qu' :

[...] on ne saurait estimer disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter

cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale, pour le bien du petit nombre d'enfants vulnérables qui ne peuvent pas bénéficier de la vaccination.(par. 306)

Au final, la Cour prend soin de rappeler, au paragraphe 310, que :

[...] la question à trancher n'est pas de savoir si une autre politique, moins prescriptive, aurait pu être adoptée, comme dans d'autres États européens. Il s'agit plutôt de déterminer si, en mettant en balance comme elles l'ont fait les intérêts en jeu, les autorités tchèques sont restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient en la matière. La Cour parvient à la conclusion qu'elles n'ont pas excédé leur marge d'appréciation et que dès lors on peut considérer que les mesures litigieuses étaient « nécessaires dans une société démocratique.

Bien que les mesures examinées par la Cour européenne présente des différences avec celles qui sont mises en place en contexte canadien, il est difficile de mettre de côté ses évaluations du caractère raisonnable des limites imposées aux droits et libertés par les obligations vaccinales.

#### **4.- Les obligations de présenter la preuve de vaccination : le passeport vaccinal**

L'imposition d'une obligation de présenter une preuve de vaccination soulèvent des enjeux à la fois concomitants et distincts de ceux qui sont concernés par l'imposition d'une obligation d'être vacciné. Des enjeux informationnels spécifiques doivent être considérés lorsque la preuve de vaccination est exigée ou présentée.

##### **4.1.- Les enjeux généraux du passeport vaccinal**

Dans son analyse sur les enjeux éthiques de la mise en œuvre du passeport vaccinal<sup>16</sup>, la Commission de l'éthique en science et en technologie aligne les questions à prendre en considération au sujet de l'imposition d'obligations vaccinales et des obligations de présenter une preuve de vaccination, le passeport vaccinal. Elle explique que :

La mise en œuvre d'un passeport vaccinal repose en partie sur l'idée que la vaccination confère à l'individu qui l'a reçue une forme d'immunité au virus — le protégeant ainsi de développer une maladie grave — et qu'elle contribue à réduire la transmission du virus. Pourtant, certaines incertitudes scientifiques subsistent actuellement sur « la durée de la protection offerte par les vaccins » et leur pourcentage d'efficacité. Il importe aussi de noter que les gens qui ont reçu le vaccin ne sont pas tous protégés au même niveau, notamment en raison de la variabilité des taux de protection des vaccins mis à disponibilité. À cela s'ajoute

---

<sup>16</sup> Commission de l'éthique en science et en technologie, *Les enjeux éthiques du passeport vaccinal*, 10 mars 2021, < <https://www.ethique.gouv.qc.ca/fr/actualites/ethique-hebdo/eh-2021-03-10/> >



le temps d'attente nécessaire à l'atteinte d'une immunité maximale au virus; la construction de cette dernière pouvant varier d'un vaccin à l'autre.<sup>17</sup>

Reconnaissant qu'il subsiste une incertitude quant à l'efficacité du vaccin, la Commission relève les enjeux liés à l'imposition du passeport vaccinal comme condition d'accès à des services ou à des activités. Par exemple, une personne vaccinée qui se verrait par le truchement du passeport vaccinal accorder le privilège de voyager ou de pratiquer certaines activités sociales pourrait tout de même transmettre le virus et mettre ainsi à risque les individus qui se trouvent à proximité. D'où une mise en garde à l'effet que l'obtention d'un passeport de vaccination contribue à créer un faux sentiment de sécurité chez l'individu vacciné et engendre le relâchement du respect des consignes comme la distanciation physique ou le lavage des mains.

Pour la Commission, il importe que les mesures d'imposition d'une preuve de vaccination soient effectivement garantes de remplir les objectifs qu'on lui fixe et qu'elles soient mises en perspective avec les autres droits et libertés de la personne. Dans cet esprit, la Commission insiste sur la nécessité de s'assurer et de pouvoir démontrer que les mesures mises en place afin de protéger la sécurité sont effectivement de nature à contribuer à atteindre l'objectif. Cette capacité de démontrer la capacité à atteindre les objectifs de sécurité est en grande partie tributaire de la démonstration de l'efficacité de la vaccination.

Quant aux conditions de déploiement du passeport vaccinal, la Commission relève que l'exigence d'une telle attestation pourrait s'étendre à vaste ensemble de situations « comme l'accès aux commerces ou à d'autres activités importantes, voire devenir un critère d'embauche ou d'accès au logement. » Elle fait remarque que de telles situations peuvent potentiellement induire des discriminations liées à l'État de santé sans que cela soit justifié.

Par contre, la Commission n'est pas convaincue du bien-fondé d'une approche qui consisterait à écarter le recours au passeport vaccinal uniquement parce que certaines personnes ne peuvent acquérir ce privilège, surtout s'il devient possible de démontrer les bénéfices d'une telle mesure pour une relance sécuritaire des activités économiques et sociales. Mais pour la Commission, il importe d'éviter « de réduire le périmètre de possibilités dont bénéficie actuellement la population en respectant les consignes sanitaires en vigueur, comme l'accès aux commerces avec port du masque. »

De plus, les enjeux d'équité ne se posent pas uniquement au niveau local. L'exigence du passeport vaccinal implique des enjeux sur le plan international. Les individus provenant de pays dans lesquels les vaccins sont accessibles seraient aussi privilégiés par rapport à ceux qui proviennent de pays moins favorisés. De façon générale, la Commission convient que les caractéristiques du passeport vaccinal peuvent permettre de répondre à des objectifs louables. Mais il importe de « s'assurer qu'il s'agit d'un moyen approprié, proportionnel et à même de maximiser les bienfaits pour la société, tout en veillant à réduire le plus possible les torts causés à certaines catégories de personnes. »

---

<sup>17</sup> *Id.*

De son côté, le Comité d'éthique de santé publique estime que l'évaluation éthique d'une mesure comme l'imposition d'obligations vaccinales procède d'une mise en équilibre en fonction de principes fondamentaux. Dans son avis publié en avril 2021, il estime que :

« les bénéfices escomptés [découlant du recours à un PI] en termes de bienfaisance, de liberté et de solidarité sont légèrement plus importants que les inconvénients définis en termes d'équité, de respect de la vie privée et d'efficience dans les domaines du voyage et des activités de loisirs ». <sup>18</sup>

De son côté, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ne s'oppose pas à la création d'un PI. Dans son avis de mai 2021<sup>19</sup> elle fait valoir que la conformité d'un tel outil avec les dispositions de la Charte est tributaire de plusieurs facteurs, notamment les contextes d'utilisation, la forme matérielle qu'il prendra et l'efficacité attendue des vaccins.

Le recours aux passeport vaccinal implique une limitation du droit à la vie privée par le partage de données plus ou moins sensibles. Pour apprécier la raisonnable des limites aux droits découlant de l'obligation de prouver qu'on est vacciné, il faut la considérer en tant qu'alternative aux mesures très lourdes de confinement qu'il faudrait mettre en place afin d'assurer la sécurité jugée nécessaire pour lutter contre la pandémie. En d'autres termes, entre deux maux -obliger presque tout le monde au confinement physique ou avoir recours à des dispositifs afin d'identifier les personnes immunisées – il paraît légitime de choisir le moindre.

L'identification obligatoire soutenue par des dispositifs connectés présente des avantages. Elle permet une plus grande mobilité des personnes, elle procure des possibilités de limiter les exigences de confinement physique à un nombre plus restreint d'individus. Mais elle peut se révéler intrusive dans l'intimité de chacun et paver la voie à la discrimination ou à l'égard de groupes ou d'individus. C'est pourquoi elle ne doit être déployée que moyennant un ensemble de conditions strictes.

L'obligation de s'identifier au moyen de dispositifs connectés doit absolument être limitée à des situations déterminées et son usage justifié par la nécessité de protéger la santé publique. Elle doit nécessairement être temporaire. Les dispositifs utilisés doivent être conçus de manière à minimiser la collecte et la circulation d'informations sur les individus et surtout présenter de fortes garanties quant à la sécurité des données.

Le caractère obligatoire ou indirectement obligatoire d'un mécanisme doit être conditionnel à des règles strictes relatives à l'utilisation des données collectées et surtout

---

<sup>18</sup> Comité d'éthique de santé publique, *Avis sur les passeports immunitaires*, 1er avril 2021, < <https://www.inspq.qc.ca/publications/3123-avis-passeport-immunitaire-covid19> >

<sup>19</sup> Commission des droits et libertés de la personne et des droits de la jeunesse, *Les passeports d'immunité au regard de la Charte des droits et libertés de la personne*, mai 2021 < [https://www.cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/avis\\_passeport-vaccin-covid.pdf](https://www.cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/avis_passeport-vaccin-covid.pdf) >

aux processus décisionnels qui se fonderaient sur de telles données. C'est de cette façon qu'il devient possible de prévenir la stigmatisation des personnes à risque.

Par exemple, une application qui permettrait d'identifier en *direct* le niveau de risque d'une personne croisée risque de renforcer la stigmatisation. Il importe de prévenir des attitudes irrationnelles de méfiances mutuelles ou de paranoïa. La stigmatisation pouvant découler de la circulation d'informations spatiales, il faut encadrer la diffusion de cartes suggérant que des commerces ou des quartiers seraient des hot spots. La stigmatisation spatiale (ex. quartier juif) peut aisément donner lieu à la stigmatisation contre des groupes que certains seraient tentés de traiter en boucs-émissaires.

#### **4.2.- Les principaux enjeux de protection des renseignements personnels**

Hormis les situations visées ou la loi ou les décrets pris en vertu de celle-ci imposent l'obligation à une personne de démontrer qu'elle est vaccinée, il n'y a pas d'obligation de présenter un passeport vaccinal.

Toutefois, des entreprises ou des organismes publics non visés par cette liste pourraient exiger une preuve de vaccination, notamment afin d'offrir un bien ou un service. Ils leur incombe alors de démontrer la nécessité d'un tel renseignement. En l'absence d'une telle démonstration, la preuve de vaccination ne peut être exigée.

Dans le secteur public, l'article 64 de la *Loi sur l'accès*<sup>20</sup> limite la capacité des organismes publics d'obtenir, de conserver ou d'utiliser des informations nominatives à ce qui est nécessaire pour réaliser les finalités poursuivies par l'organisme ou l'établissement.

Dans le secteur privé, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* prescrit un ensemble de règles à l'intention des entreprises qui se livrent à la collecte de renseignements personnels. Ces règles portent sur le droit de constituer un dossier sur une personne et imposent d'inscrire l'objet du dossier. La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* détermine les renseignements qui peuvent être recueillis et les conditions de la collecte de renseignements. Cette même loi énonce une interdiction de refuser une demande de bien ou d'un service ou une demande relative à un emploi pour cause de refus d'une personne de fournir un renseignement.

En vertu de l'article 4 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*<sup>21</sup>, «Toute personne qui exploite une entreprise et qui, en raison d'un intérêt sérieux et légitime, peut constituer un dossier sur autrui doit, lorsqu'elle constitue le dossier, inscrire son objet. Cette inscription fait partie du dossier». Le droit de constituer un dossier sur autrui est reconnu à une **crise**, dans la mesure où la constitution d'un dossier sur autrui répond à un intérêt sérieux et légitime. Le caractère sérieux et légitime de l'intérêt à constituer un dossier sur autrui s'apprécie en fonction des activités de l'entreprise, de ses

---

*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1.

<sup>21</sup> *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1.

finalités et des rapports juridiques et autres que l'entreprise entretient avec la personne concernée. Par conséquent, ce caractère découle d'une appréciation à la lumière des usages et coutumes ayant cours dans le champ de l'activité concerné.

La notion de nécessité a reçu une interprétation fort restrictive de la part de la CAI. Ainsi, le terme « nécessaire » a le sens d'indispensable, d'obligatoire, de primordial ou de *sine qua non*<sup>22</sup>. Certes, par la suite, la CAI a admis le caractère évolutif de cette notion : ce qui n'était pas nécessaire à une époque donnée peut le devenir ultérieurement et vice-versa<sup>23</sup>. Il revient à l'organisme ou à l'établissement de démontrer cette nécessité<sup>24</sup>.

Si la notion de nécessité a reçu une interprétation restrictive, la notion « d'attribution » propre à un organisme public a fait lui l'objet d'une interprétation large et généreuse. Ainsi, on a jugé que si la mission ou l'attribution première d'un établissement du réseau est d'abord de prodiguer des soins ou d'offrir des services, il faut aussi examiner ces attributions non seulement par rapport au public, mais également à l'égard des salariés de l'établissement, ce qui permet de justifier l'existence de nombreux motifs de nécessité découlant d'un ensemble de fonctions administratives<sup>25</sup>.

S'agissant des renseignements consignés sur les documents constituant des preuves de vaccination des personnes qui vont en relation avec l'entreprise, la légitimité de la conservation de renseignements relatifs à l'existence d'une preuve de vaccination relative à une personne sera intrinsèquement liée à l'ampleur des obligations incombant à l'organisation de démontrer qu'elle s'est assurée de la preuve de vaccination.

Les renseignements personnels sont confidentiels, sous réserve du consentement de la personne concernée à leur divulgation ou si cette divulgation concerne des renseignements obtenus dans le cadre des fonctions d'adjudication d'un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires et siégeant en public.

L'usage des renseignements consignés dans un passeport vaccinal est sujet à une obligation générale de prendre et d'appliquer des mesures de sécurité propres à assurer le caractère confidentiel des renseignements personnels (art. 10). Cette obligation est générale, puisqu'elle s'applique à partir de l'étape de la collecte de l'information jusqu'à celle de la communication de l'information, incluant les étapes de détention et d'utilisation de l'information.

Toute entreprise doit donc se doter de dispositifs de sécurité pour assurer le caractère confidentiel des renseignements.

---

<sup>22</sup> *Bellerose c. Université de Montréal*, [1986] C.A.I. 109 ; *Bellerose c. Université de Montréal*, [1988] C.A.I. 377 (C.Q.).

<sup>23</sup> *Bayle c. Université Laval*, [1992] C.A.I. 240, 249.

<sup>24</sup> *Tremblay c. Caisse populaire Desjardins de Saint-Thomas*, [2000] C.A.I. 154.

<sup>25</sup> *Robillard c. Hôpital Sainte-Justine*, [1989] C.A.I. 296.

### **4.3.- Les obligations relatives aux données consignées sur le passeport vaccinal**

Les organisations qui exigent la présentation d'une preuve de vaccination sont tenues de ne recueillir en principe les renseignements personnels qu'auprès de l'individu lui-même et d'informer ce dernier des fins auxquelles les renseignements recueillis sont destinés. Les renseignements ainsi recueillis ne peuvent être communiqués ou utilisés qu'aux fins auxquelles ils ont été collectés ou avec le consentement de l'individu concerné, à moins que la loi ne prévoit autrement. Lorsque la conservation est nécessaire elle vient avec une obligation de faire en sorte que les renseignements personnels utilisés sont à jour, exacts et complets et d'en assurer la sécurité.

### **4.4.- L'obligation d'informer la personne qui présente une preuve de vaccination**

En principe, la collecte de renseignements auprès de la personne concernée est assortie d'une triple obligation d'information pour l'entreprise (art. 8):

- 1- elle doit l'informer de l'objet du dossier;
- 2- elle doit l'informer de l'utilisation qui sera faite des renseignements et des personnes qui y auront accès au sein de l'entreprise;
- 3- elle doit l'informer de l'endroit où sera détenu son dossier ainsi que de ses droits d'accès et de rectification.

Mais si l'entreprise se limite à constater l'existence de la preuve de vaccination sans collecter l'information qu'il comporte, elle ne constitue pas un dossier. L'obligation d'informer peut alors prendre la forme d'une mention à l'effet qu'il n'y a aucune conservation d'information hormis celle qui atteste de la présentation et de la vérification du passeport vaccinal.

## **Conclusion**

L'imposition d'une obligation vaccinale constitue évidemment une limite significative à un ensemble de droits fondamentaux. Les autorités publiques qui imposent de telles obligations doivent être en mesure d'en démontrer la nécessité et le bien-fondé. Une telle démonstration suppose d'amener des preuves et expertises appuyées sur des données probantes. La validité des exigences de présenter une preuve de vaccination sont tributaires du respect des principes de retenue et de sécurité en matière de protection des renseignements personnels et de la vie privée.

La validité des obligations vaccinales au regard des droits fondamentaux tiennent surtout à la qualité des justifications qui sous-tendent les mesures. Si la jurisprudence émanant pour l'heure des juridictions américaines et européennes tend à indiquer que les juges font montre de retenue à l'égard des expertises sur lesquelles se fondent les décisions des autorités publiques, ils vont tout de même s'attendre à une démonstration documentée du caractère justifié et raisonnable des mesures de vaccination obligatoires.

Pour déterminer si les limites découlant d'obligations vaccinales sont raisonnables, il faut tenir compte de la situation de santé publique avec laquelle les autorités doivent composer.

Il incombera aux autorités publiques d'exposer au tribunal les données probantes sur lesquelles elles se fondent pour imposer une mesure limitant les droits et libertés l'obligation de présenter une preuve de vaccination. Il faut alors convaincre que la mesure est raisonnable, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et des données probantes disponibles. Mais le fardeau des autorités n'est pas de démontrer qu'aucune autre mesure pourrait venir à bout du mal à combattre. Il faut établir que la mesure fait partie de celles qui présente des chances réelles de venir à bout des effets les plus graves de la pandémie.

Le caractère proportionné de la mesure sera aussi examiné. On doit en effet considérer la sévérité de la limite imposée aux droits et libertés en fonction de la gravité des périls qu'il s'agit de combattre. Le caractère raisonnable d'une limite aux droits et libertés sera aussi tributaire des accommodements possibles pour les personnes qui ne peuvent satisfaire aux exigences pour des raisons de santé ou autres.

Même en situation d'urgence pandémique, les débats relatifs aux mesures qui limitent les droits et libertés sont essentiels. Il doit toujours être possible de remettre en question le bien-fondé des mesures qui limitent les droits et libertés. Mais de telles remise en question doivent se fonder sur des données probantes et des arguments rationnels à l'égard du caractère raisonnable et proportionné des mesures limitant les droits. Pour réussir à faire invalider les mesures d'imposition d'obligations vaccinales, il n'est pas suffisant de s'en tenir à répéter que les mesures « briment » les droits et libertés. Il faut convaincre que les mesures ne sont pas justifiées et sont déraisonnables, compte tenu de l'ampleur du péril à conjurer.