

**LES PASSEPORTS D'IMMUNITÉ AU REGARD
DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE**

Document adopté à la 692^e séance de la Commission,
tenue le 14 mai 2021, par sa résolution COM-692-4.1.2



Jean-François Trudel
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

M^e Marie Carpentier, conseillère juridique
Direction de la recherche

Collaboration à la recherche :

Arielle Thiffault, stagiaire
Direction de la recherche

Traitement de texte :

Sylvie Durand
Direction de la recherche

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. LES PASSEPORTS D'IMMUNITÉ	4
2. LES DROITS QUI POURRAIENT ÊTRE COMPROMIS PAR LE RECOURS À UN PASSEPORT D'IMMUNITÉ	6
2.1 Le droit à l'intégrité	6
2.2 Les libertés	10
2.3 Le droit au respect de sa vie privée	11
2.4 Le droit à l'égalité	15
2.4.1 <i>Le handicap</i>	16
2.4.2 <i>L'âge et la condition sociale</i>	16
2.4.3 <i>La « race » et l'origine ethnique ou nationale</i>	17
3. LA CLAUSE JUSTIFICATIVE	18
CONCLUSION	24

INTRODUCTION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse¹ assure le respect et la promotion des principes énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec². Elle assure aussi la protection de l'intérêt de l'enfant, ainsi que le respect et la promotion des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*³. Elle veille également à l'application de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*⁴.

Dans le contexte de pandémie actuel, plusieurs États sont à la recherche de moyens de diminuer les restrictions de mouvement et des contacts tout en minimisant les risques pour la santé publique⁵. Dans cette perspective, un certain nombre de projets de passeports d'immunité⁶ sont en cours d'élaboration à travers le monde⁷. Au Québec, le gouvernement se montre intéressé par un tel outil⁸. Le Comité d'éthique de santé publique⁹ de l'Institut national de santé publique¹⁰ du Québec a d'ailleurs publié un avis dans lequel 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

¹ Ci-après « Commission ».

² *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte »).

³ *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1.

⁴ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ, c. A-2.01.

⁵ Teck Chuan Voo *et al.*, « Immunity certification for COVID-19: ethical considerations », (2021) 99 *Bulletin of the World Health Organization* 155, p. 155.

⁶ À défaut de connaître le modèle d'outil qui sera proposé au Québec, le cas échéant, nous utilisons le terme « passeport d'immunité » (ci-après « PI ») que nous définissons à section 1.

⁷ ROYAL SOCIETY, « Twelve criteria for the development and use of COVID-19 vaccine passports », 2021, p. 16, [En ligne]. <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/set-c/set-c-vaccine-passports.pdf> ; ADA LOVELACE INSTITUTE, « What place should COVID-19 vaccines passports have in society? », Rapid expert deliberation 2021, p.2-3, [En ligne]. <https://www.adalovelaceinstitute.org/summary/covid-19-vaccine-passports/>

⁸ Jérôme LABBÉ, « Dubé songe à fournir un "passeport" aux Québécois vaccinés contre la COVID », Radio-Canada, 25 février 2021, [En ligne]. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1773314/document-preuve-digitale-vaccination-gouvernement-legault-covid-19>

⁹ Ci-après « CESP ».

¹⁰ Ci-après « INSPQ ».

termes d'équité, de respect de la vie privée et d'efficience dans les domaines du voyage et des activités de loisirs ». ¹¹

Soulevant les limites de son analyse éthique¹², le Comité indique :

« Le CESP est bien conscient que l'analyse des enjeux juridiques eu égard aux éventuelles mesures proposées par les gouvernements ou le secteur privé pourrait influencer ses positions. »¹³

Pour sa part, le gouvernement du Canada préconise l'instauration d'un PI pour faciliter les voyages internationaux¹⁴.

Dans les circonstances, la Commission estime utile d'exercer le mandat qui lui incombe d'effectuer des travaux de recherche portant sur les libertés et droits fondamentaux¹⁵. Ces travaux s'inscrivent dans un exercice de veille à l'égard des conséquences de la pandémie et des mesures adoptées pour s'en protéger sur les droits et libertés garantis par la Charte. Ils permettent également de mieux répondre aux demandes d'information qui lui sont formulées ou de traiter les plaintes qu'elle recevrait à ce sujet. La Commission met donc à profit son expertise en matière de droits de la personne en se prononçant sur certaines des conditions de conformité de la mise en œuvre d'un projet de passeport vaccinal avec les dispositions de la Charte.

D'emblée, la Commission ne s'oppose pas à la création d'un PI. Elle estime cependant 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. L'analyse proposée est limitée par l'absence d'un projet concret sur lequel se

¹¹ COMITÉ D'ÉTHIQUE DE SANTÉ PUBLIQUE, « Avis sur les passeports immunitaires », INSPQ, 2021, p. 1, [En ligne]. <https://www.inspq.qc.ca/sites/default/files/publications/3123-passeports-immunitaires.pdf>

¹² *Id.*, p. 4.

¹³ *Id.*, p. 5.

¹⁴ Stéphane BORDELEAU, « Ottawa adhère finalement au principe d'un passeport vaccinal pour les voyageurs », *Ici Radio-Canada*, 3 mai 2021, [En ligne]. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1789863/covid-passeport-vaccination-ottawa> ; Mélanie MARQUIS, « Ottawa veut un passeport vaccinal de voyage », *La Presse*, 3 mai 2021, [En ligne]. <https://www.lapresse.ca/covid-19/2021-05-03/ottawa-veut-un-passeport-vaccinal-de-voyage.php>.

¹⁵ Charte, art. 71, al. 2 (5°).

prononcer et par le caractère évolutif des informations scientifiques actuellement disponibles. Il est cependant possible de poser certaines balises pouvant guider les décideurs dans l'élaboration d'un tel projet.

Rappelons que le cadre que constitue la Charte lie aussi bien les acteurs privés¹⁶ que publics¹⁷ et que ses articles 1 à 38 jouissent d'une préséance sur les dispositions des lois du Québec qui lui serait contraire¹⁸. En outre, les droits et libertés garantis par la Charte continuent d'être applicables dans le contexte d'une déclaration d'urgence sanitaire telle que celle qui est autorisée par la *Loi sur la santé publique*¹⁹.

Notons par ailleurs que la question du recours aux PI présente des enjeux similaires à ceux soulevés par les applications de notifications ou de traçage de contacts²⁰ à propos desquels la Commission s'est prononcée en 2020²¹.

Nous exposerons dans un premier temps ce en quoi consistent les PI pour ensuite examiner quels sont les droits et libertés qui pourraient être compromis par la mise en place d'un tel mécanisme. Nous nous attarderons ensuite à l'application de l'article 9.1, la clause de la Charte permettant de justifier certaines atteintes aux droits.

¹⁶ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 93.

¹⁷ Charte, art. 55.

¹⁸ Sous réserve d'une dérogation expresse : Charte, art. 52.

¹⁹ RLRQ, c. S-2.2, art. 118 et s.

²⁰ Ignacio N. COFONE, « Immunity Passports and Contact Tracing Surveillance », (2021) 24, *Stanford Technology Law Review* (forthcoming).

²¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques au sujet d'outils technologiques de notification des contacts ainsi que sur la pertinence de ce type d'outil, leur utilité et le cas échéant, les conditions de leur acceptabilité sociale dans le cadre de la lutte contre la COVID-19*, (Cat. 2.412.135), 2020, [En ligne].
https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_consultation_outils_notification_covid-19.pdf

1. LES PASSEPORTS D'IMMUNITÉ

Selon le CESP, les PI « se définissent comme l'utilisation de toute preuve produite par une autorité désignée attestant de l'immunité d'une personne contre la COVID-19 pour accéder à des activités autrement inaccessibles en temps de pandémie »²². Cette immunité pourrait être acquise par une infection antérieure ou par la vaccination.

D'un point de vue pragmatique, la Société Royale de Londres indique que les PI peuvent avoir deux objectifs, soit démontrer que le détenteur :

- Est protégé de la maladie c'est-à-dire qu'il peut poursuivre les activités autorisées par le PI tout en évitant de constituer un fardeau supplémentaire pour les services de santé ; et
- Ne peut devenir contaminé et transmettre le SARS-CoV-2 à d'autres personnes²³.

Les autres bénéfices attendus en termes de relance de l'activité économique ou de recouvrement des libertés individuelles découlent du second objectif.

Selon l'Institut Ada Lovelace, qui a réuni en urgence 17 experts de différents champs d'expertise pour discuter des éléments de consensus concernant le recours à des PI, ce type d'outil devrait contenir trois types d'informations :

- des informations de santé (par exemple, le statut vaccinal) ;
- des informations permettant de relier le détenteur à son certificat ; et
- les autorisations ou interdictions afférentes à un tel certificat²⁴.

Selon la Société Royale, les seules informations de santé qui pourraient être utiles pour la confection d'un PI et qui sont disponibles en ce moment sont un résultat de test PCR qui indique que le titulaire du passeport présente peu de risques d'être porteur du virus ou une

²² COMITÉ D'ÉTHIQUE DE SANTÉ PUBLIQUE, préc., note 11, p.1.

²³ ROYAL SOCIETY, préc., note 7, p.2.

²⁴ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p.2.

preuve de vaccination²⁵. Aucun des deux éléments ne permet de savoir si une personne est porteuse et si elle est contagieuse avec certitude²⁶.

Les PI pourraient prendre différentes formes qui présentent chacune ses enjeux propres. Des formats papier ou différents formats informatiques pourraient être envisagés.

Notons qu'une seule preuve vaccinale est actuellement prescrite par le *Règlement sanitaire international* adopté par l'Organisation mondiale de la santé [ci-après « OMS »], soit celui contre la fièvre jaune²⁷. Dans leur étude sur les considérations relatives à l'utilisation des certificats de vaccination contre la COVID-19, le groupe d'experts réunis par la conseillère scientifique en chef du Canada indique :

« En comparaison avec d'autres certificats de vaccination, comme celui de la fièvre jaune, les certificats de vaccination contre la COVID-19 présentent davantage de complexité à cause de facteurs tels que la diversité des vaccins disponibles et l'incertitude quant à leur efficacité contre les différentes souches du virus présentes dans le monde. »²⁸

L'Association canadienne des libertés civiles souligne qu'il existe des différences fondamentales entre une preuve de vaccination qui peut être exigée dans des circonstances spécifiques comme aux frontières ou au moment de l'inscription à l'école et un PI qui pourrait être requis par une variété d'acteurs privés ou publics, dans un large éventail de contextes pour lesquels les risques et les bénéfices encourus varient²⁹.

²⁵ ROYAL SOCIETY, préc., note 7, p. 2.

²⁶ *Id.*, p. 7.

²⁷ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Règlement sanitaire international*, 3^e éd., 2005, p. 67 (annexe 7) : « La vaccination contre la fièvre jaune peut être exigée de tout voyageur quittant une zone dans laquelle l'Organisation a déterminé qu'il existe un risque de transmission de la fièvre jaune. », [En ligne]. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_R13-fr.pdf

²⁸ 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, [En ligne]. http://science.gc.ca/eic/site/063.nsf/fra/h_98229.html.

²⁹ ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES, « CCLA Live Updates, FAQ : Vaccine Passports », 13 avril 2021, [En ligne]. <https://ccla.org/vaccine-passport-faq/>.

2. LES DROITS QUI POURRAIENT ÊTRE COMPROMIS PAR LE RECOURS À UN PASSEPORT D'IMMUNITÉ

Dans des conditions optimales d'utilisation, le PI est susceptible de contribuer à la mise en œuvre des droits et libertés garantis par la Charte, en permettant, par exemple, l'exercice d'une plus grande liberté de circulation³⁰ ou en assurant des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique³¹. Cependant, plusieurs des droits et libertés garantis par la Charte sont susceptibles d'être compromis par le recours à un PI. L'enjeu ici n'est pas celui de la création d'une preuve de vaccination ou d'une preuve d'immunité, mais celui de son utilisation en dehors d'un contexte strictement médical³². En effet, il existe déjà un registre de vaccination au Québec³³.

Néanmoins, certaines des atteintes appréhendées aux droits et libertés garantis par la Charte pourraient être justifiées au sens de l'article 9.1 de la Charte dont nous traiterons dans la section 3.

2.1 Le droit à l'intégrité

La *Loi sur la santé publique* autorise le gouvernement ou le ministre à ordonner la vaccination obligatoire de toute la population ou d'une certaine partie de celle-ci contre une maladie contagieuse qui menace la santé de la population au cours de l'état d'urgence sanitaire³⁴. Cela étant, cet ordre doit être conforme avec les dispositions de la Charte et respecter les droits et libertés qui y sont inscrits.

³⁰ Charte, art. 1er.

³¹ Charte, art. 46.

³² CONSEIL DE L'EUROPE, SECRÉTARIAT GÉNÉRAL, *Protection des droits de l'homme et « pass vaccinal »*, Documents d'information SG/Inf(2021)11, 2021, p. 3, [En ligne]. <https://rm.coe.int/protection-des-droits-de-l-homme-et-pass-vaccinal/1680a1fac3>; Voir également CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, *Déclaration sur les considérations relatives aux droits de l'homme concernant le « pass vaccinal » et les documents similaires*, 2021, p. 3, [En ligne]. <https://rm.coe.int/dh-bio-2021-7-final-statement-vaccines-f/1680a259de>; CONSEIL DE L'EUROPE, DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT, COMITÉ CONSULTATIF DE CONVENTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL (CONVENTION 108), *Vaccination, attestation covid-19 et protection des données*, Déclaration T-PD-BUR (2021) 6rev2, 2021, p. 5, [En ligne]. <https://rm.coe.int/t-pd-bur-2021-6rev2-declaration/1680a25712>.

³³ *Loi sur la santé publique*, préc., note 19, art. 61 et suiv.

³⁴ *Id.*, art. 123 (1°).

À l'heure actuelle, ni le gouvernement ni le ministre n'a ordonné la vaccination³⁵.

Cependant, le recours à un PI pourrait constituer une façon indirecte d'obliger les gens à se faire vacciner.

En effet, le fait d'exiger que quelqu'un présente un PI pour accéder à un lieu, à un service, à un commerce ou à son travail, par exemple, exerce une pression sur cette personne pour qu'elle se fasse vacciner.

Or, la vaccination constitue une atteinte au droit à l'intégrité de la personne³⁶. En effet, comme l'indique la Cour suprême du Canada en référant à l'article 1^{er} de la Charte :

« Toute nécessaire qu'elle puisse être, une intervention médicale, et surtout chirurgicale, comporte une atteinte à l'intégrité d'une personne, en principe inviolable, d'où la nécessité d'un consentement que la jurisprudence veut éclairé. »³⁷

La Cour supérieure a reconnu que le fait pour une commission scolaire d'exiger la vaccination constitue une atteinte au droit à l'intégrité³⁸.

Le droit à l'intégrité ainsi que la nécessité de consentir à tout traitement médical sont également inscrits au Code civil du Québec :

³⁵ L'Arrêté ministériel 2021-024 du ministre de la Santé et des Services sociaux, (2021) 153 G.O. II, 1785A, oblige les travailleurs de la santé à se faire vacciner. Il leur propose cependant une alternative, soit celle de subir trois tests de dépistage par semaine. Dans le cadre de cet avis, nous ne nous prononçons pas sur la conformité de cette ordonnance avec les dispositions de la Charte. Notons cependant qu'elle va à l'encontre de la position préconisée par l'INSPQ : INSPQ, CESP, *Avis sur la vaccination obligatoire des travailleurs de la santé contre la COVID-19*, 2021, [En ligne]. <https://www.inspq.gc.ca/sites/default/files/publications/3091-avis-vaccination-obligatoire-travailleurs-sante-covid19.pdf>.

³⁶ Charte, art. 1^{er}.

³⁷ *Marcoux c. Bouchard*, 2001 CSC 50, par 31.

³⁸ *Charbonneau c. Poupard*, [1990] R.J.Q. 1136 (C.S.). La Cour a cependant décidé que cette atteinte était justifiée dans les circonstances au sens de l'article 9.1 de la Charte. Dans une décision récente qui ne portait pas sur la COVID-19, la Cour européenne reconnaît que la vaccination a un impact sur le droit à l'intégrité : *Affaire Vavříčka et autres c. République tchèque* (Requêtes n° 47621/13 et 5 autres), 8 avril 2021, par. 261. En dissidence, le juge Wojtyczek indique « l'intégrité physique doit être protégée contre tout traitement médical non volontaire » (par. 8 de la dissidence).

« 3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont inaccessibles.

[...]

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

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

11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. Sauf disposition contraire de la loi, le consentement n'est assujéti à aucune forme particulière et peut être révoqué à tout moment, même verbalement.

[...]. » [Nous soulignons.]

En acceptant d'être vaccinée, une personne renonce donc, en partie, à son droit à l'intégrité. Or, pour être valide, une renonciation à un droit garanti par la Charte doit être libre³⁹ et éclairée⁴⁰. Dans le contexte du consentement aux soins, le Code civil retient les mêmes critères de consentement⁴¹. En d'autres termes, le consentement rend légale l'atteinte à l'intégrité de la personne⁴².

Comme la Commission l'a indiqué à l'occasion des consultations concernant les applications de notification de contacts, « pour que la renonciation à un droit soit libre et volontaire, le titulaire du droit doit avoir disposé d'un véritable choix »⁴³. Or comme l'indique la Cour suprême, le choix est illusoire si l'employeur en fait une condition d'emploi⁴⁴, ou le locateur⁴⁵, une condition de

³⁹ *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 72.

⁴⁰ *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurances et services financiers Inc.*, 2018 CSC 50, par. 43. Cette décision a été rendue à l'égard de la Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*] (1982, R.-U., c. 11), mais ses conclusions s'appliquent dans le cadre de la Charte québécoise.

⁴¹ Code civil du Québec, art. 1399.

⁴² Hélène GUAY, « Les droits de la personnalité » dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Collection de droit 2020-2021*, Volume 3 – Personnes et successions, Titre I - Les personnes physiques, Éditions Yvon Blais, 2020, 52, p. 59.

⁴³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 21.

⁴⁴ *Godbout c. Ville de Longueuil*, préc., note 39, par. 72; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des finances publiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 53, Loi sur les agents d'évaluation de crédit*, (Cat. 2.412.132), 2020, p. 24, [En ligne]. https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL53_agence_evaluation_credit.pdf.

⁴⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *id.*

location⁴⁶. Plus récemment, un tribunal d'arbitrage a conclu que l'imposition d'un traitement par un employeur constituait une atteinte à l'intégrité du travailleur et que le consentement du travailleur dans les circonstances n'était pas valide étant donné qu'il s'agissait d'une condition au maintien de l'emploi du salarié⁴⁷.

L'imposition d'un PI pour accéder à son travail, par exemple, parce qu'il ne permet pas au travailleur d'exercer un véritable choix quant à la vaccination, pourrait constituer une atteinte au droit à l'intégrité de la personne concernée⁴⁸.

Notons que le second alinéa de l'article 10 du Code civil Québec, cité plus haut, indique que la loi peut prévoir une atteinte au droit à l'intégrité de la personne sans son consentement.

Cela signifie donc, par extension, que le recours à un PI qui équivaldrait à une obligation de se faire vacciner devrait nécessairement être autorisé par la loi. Elle ne pourrait vraisemblablement pas être le fait d'une initiative privée.

Cela étant, cette atteinte au droit à l'intégrité pourrait être justifiée au sens de l'article 9.1 de la Charte. Nous y reviendrons dans la section 3.

⁴⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 98. Dans cette décision, la renonciation au droit était inscrite dans une déclaration de copropriété, mais nous croyons qu'il est possible de faire l'analogie avec la location de logement.

⁴⁷ *Association des policiers de St-Jérôme métropolitain Inc. C. St-Jérôme (Ville)*, 2019 CanLII 114594 (QC SAT), par. 6263.

⁴⁸ Notons que, dans une des rares décisions au Québec concernant l'obligation de se faire vacciner en lien avec le travail, la Cour du Québec a conclu qu'il n'y avait pas, en l'espèce, une violation au droit à l'intégrité parce que la sanction (la privation de travail) devait être considérée comme une contrainte économique : *Syndicats des professionnelles en soins infirmiers et cardio-respiratoires de Rimouski (FIQ) c. Morin*, 2009 QCCS 2883, par. 30. Les professeurs Flood, Thomas et Wilson ont cependant rappelé dernièrement que les décisions prises dans le contexte de la vaccination contre l'influenza, ce qui est le cas pour cette décision, devaient être appliquées avec circonspection dans le domaine de la COVID-19 et devaient être adaptées aux différents contextes scientifiques : Colleen M. FLOOD, Bryan THOMAS, Kumanan WILSON, « Mandatory vaccination for health care workers: an analysis of law and policy », (2021) CMAJ doi: 10.1503/cmaj.202755.

2.2 Les libertés

L'introduction d'un PI pourrait avoir un impact sur plusieurs des libertés garanties la Charte, comme la liberté de sa personne⁴⁹, et les libertés fondamentales telles la liberté de religion⁵⁰ ou la liberté de réunion pacifiques⁵¹.

La liberté de sa personne énoncée à l'article 1^{er} de la Charte s'entend notamment, sans y être limitée, de la liberté physique⁵². En ce qui concerne la liberté de religion, la Cour suprême la définit de la façon suivante :

« Le droit à la liberté de religion consacré à l'al. 2a) de la Charte [canadienne] 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. L'accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse. »⁵³ [Renvoi omis.]

La liberté de religion ne protège pas seulement les croyances, mais aussi les pratiques dictées par ces croyances⁵⁴, ce qui pourrait inclure la fréquentation d'un lieu de culte ou le refus de certains traitements médicaux.

Pour sa part, la liberté de se réunir pacifiquement protège « l'acte physique de se rencontrer pour communiquer et échanger des paroles et des émotions »⁵⁵. Elle comporte donc une dimension collective⁵⁶.

⁴⁹ Charte, art. 1^{er}.

⁵⁰ Charte, art. 3; CONSEIL DE L'EUROPE, SECRÉTARIAT GÉNÉRAL, préc., note 32, p. 3.

⁵¹ Charte, art. 3; CONSEIL DE L'EUROPE, SECRÉTARIAT GÉNÉRAL, *id.*

⁵² *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2004 CanLII 20542 (QC CA), par. 60.

⁵³ *Renvoi relative au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 57. Cette décision a été rendue en vertu des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais la liberté de religion s'interprète de la même façon : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 46, par. 37 et 40.

⁵⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6.

⁵⁵ Pierre BOSSET, « Les mouvements raciste et la Charte des droits et libertés de la personne », (1994) 35 :3 C. de D. 583, p. 603.

⁵⁶ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, par. 64.

Pour certains intervenants, le recours à un PI pourrait favoriser le recouvrement de libertés contraintes par les mesures sanitaires⁵⁷.

Il ne faut cependant pas négliger la possibilité que l'instauration d'un tel mécanisme incite à y recourir dans des endroits qui sont actuellement accessibles à toutes personnes qui respectent les mesures barrières comme le port du masque ou le respect d'une distance physique entre les personnes⁵⁸. On peut penser à des commerces, aux transports en commun, à certains lieux de travail et aux lieux de culte, par exemple. Des personnes qui ont actuellement accès à ces endroits pourraient donc le perdre si elles refusent ou ne sont pas en mesure de se faire vacciner. Dans ce cas, le recours à un PI constituerait une atteinte à certaines des libertés garanties par la Charte.

En outre, l'instauration de PI pour des fins spécifiques pourrait inciter d'autres acteurs qui n'y sont pas autorisés par la loi à y recourir.

Ces atteintes pourraient cependant être considérées comme justifiées au sens de l'article 9.1 de la Charte. Nous y reviendrons à la section 3.

2.3 Le droit au respect de sa vie privée

Le contexte pandémique a entraîné une perte de pudeur quant aux requêtes d'informations à caractère personnel comme l'âge ou l'état de santé des personnes⁵⁹. L'introduction de PI pourrait avoir un impact supplémentaire sur le droit au respect de sa vie privée⁶⁰ garanti par l'article 5 de la Charte.

⁵⁷ COMITÉ D'ÉTHIQUE DE SANTÉ PUBLIQUE, préc., note 11, p. 9 ; ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 2.

⁵⁸ Jay STANLEY, « There's a Lot That Can Go Wrong With "Vaccine Passports" », ACLU News & Commentary, 31 mars 2021, [En ligne]. <https://www.aclu.org/news/privacy-technology/theres-a-lot-that-can-go-wrong-with-vaccine-passports/>; ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES, préc., note 29.

⁵⁹ Tara PARKER-POPE, « How did you Qualify? For the Young and Vaccinated, Rude Questions and Raised Eyebrows », *The New York Times*, 26 mars 2021, [En ligne]. <https://www.nytimes.com/2021/03/26/well/live/vaccine-shaming-medical-privacy.html>

⁶⁰ Kumanan WILSON, Colleen M. FLOOD, « Implementing digital; passports for SARS-CoV-2 immunization in Canada », (2021) CMAJ E486.

Il est en effet fort probable que cet outil comporte des informations de santé sur son titulaire (le fait qu'il ait contracté la COVID-19 ou non, le fait qu'il soit vacciné ou non, etc.) qui seront communiquées à des tiers. Il existe en outre un risque que des questions intrusives soient posées à propos des raisons qui justifient le fait qu'une personne ne dispose pas d'un PI⁶¹ ou que des informations puissent être inférées du fait de ne pas disposer d'un PI⁶².

Or, de l'avis de la Commission, « les informations de santé sont de nature "hautement sensible " »⁶³ et soulèvent des convoitises spécifiques⁶⁴. En outre, un bris de confidentialité dans ce domaine pourrait entraîner une violation du droit au respect du secret professionnel, au respect à la réputation d'une personne ou encore favoriser la discrimination sur son état de santé⁶⁵.

Bien qu'il soit possible de valablement renoncer au droit au respect de sa vie privée⁶⁶, cette renonciation doit faire l'objet d'un consentement libre et éclairé. Or, comme dans le cas du droit à l'intégrité⁶⁷, pour être considérée comme libre et éclairée, cette renonciation devra avoir fait

⁶¹ Carolynne BURKHOLDER-JAMES, « Faut-il insister ou accommoder ? », *National Magazine*, 14 avril 2021, [En ligne]. <https://www.nationalmagazine.ca/fr-ca/articles/the-practice/workplace/2021/insist-or-accommodate>

⁶² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the Parliament and of the Council on a framework for insurance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)*, version 1.1, 31 mars 2021, p. 10 (ci-après « EDPB/EDPS ».) [En ligne]. https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_edps_joint_opinion_dgc_en.pdf

⁶³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des affaires sociales sur l'avant-projet de loi sur la Carte santé du Québec*, (Cat. 2.412.96), 2002, p. 3 [En ligne]. https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/carte_sante.pdf COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 64, Loi modernisant les dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, (Cat. 2.412.42.8), 2020, p. 72, [En ligne]. https://www.cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL64_renseignements-personnels.pdf; Voir également CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, préc., note 32, p. 3.

⁶⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de la santé et des services sociaux de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 59, Loi concernant le partage de certains renseignements de santé*, (Cat. 2.412.67.9), 2012, p. 8, [En ligne]. https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL_59_renseignements_sante.pdf ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2020), *id.*, p. 73.

⁶⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2012), *id.*, p. 7; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2020), *id.*, p. 73.

⁶⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2020), *id.*, p. 41.

⁶⁷ Voir *infra*, section 2.1.

l'objet d'un véritable choix. Ce ne sera pas le cas si l'usage d'un PI peut être imposé par un employeur, par exemple.

Par ailleurs, l'usage des technologies de l'information peut engendrer des problèmes spécifiques. Comme la Commission l'a mentionné ailleurs :

« [!] convient de situer la réflexion portant sur la recherche d'outils numériques contre la pandémie dans le contexte plus large où le développement de nouvelles technologies met en jeu des intérêts économiques qui peuvent entrer en conflit avec l'exercice de la démocratie et des droits et libertés de la personne, notamment en lien avec l'exploitation des données. »⁶⁸

La Commission s'est également dite préoccupée de la pérennisation des outils de surveillance développés dans le contexte actuel⁶⁹. D'autres acteurs ont soulevé cette préoccupation de la normalisation de la surveillance au regard du recours aux PI⁷⁰. La Commission indiquait :

« [...] [D]ans l'urgence causée par de telles crises, il arrive que les mesures ne soient pas soumises à un débat public quant à leurs effets sur les droits de la personne. Ce contexte est aussi favorable au solutionnisme où des entrepreneurs privés de l'industrie technologique proposent des solutions techniques à des problèmes sociaux complexes en court-circuitant le processus démocratique. Il ne s'agit donc pas de nier les apports des technologies dans la protection de la santé publique, mais plutôt de s'assurer que leur déploiement et leur utilisation soient bien soumis à l'exercice démocratique et à une évaluation de leurs impacts sur les droits et libertés de la personne. »⁷¹ [Renvois omis.]

Plusieurs instances ont fait des recommandations pour limiter les atteintes possibles au droit au respect de sa vie privée que pourrait engendrer le recours à un PI. Elles ont notamment invité les responsables concernés notamment à :

- S'efforcer de limiter les risques d'utilisation secondaire des données récoltées⁷² ;

⁶⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 21, p. 10.

⁶⁹ *Id.*, p. 12.

⁷⁰ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 7; LIBERTY, « Liberty's View on Immunity Passports », 9 février 2021, [En ligne]. <https://www.libertyhumanrights.org.uk/issue/libertys-view-on-immunity-passports/>

⁷¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 21, p. 12-13.

⁷² EDPB/EDPS, préc., note 62, p. 7; T. C. VOO *et al.*, préc., note 5, p. 157; ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 7; CONSEIL DE L'EUROPE, SECÉTARIAT GÉNÉRAL, préc., note 32; p. 4; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, préc., note 32, p.4.

- Limiter la collecte des données au minimum requis⁷³ ;
- Éviter la centralisation des données⁷⁴ ;
- Éviter que les données ne soient conservées par les personnes qui les consultent⁷⁵ ;
- S'assurer que les PI soient temporaires⁷⁶ ;
- S'assurer que le mécanisme de fonctionnement des PI soit transparent⁷⁷ ; et
- Éviter la géolocalisation⁷⁸.

Dans la même perspective, la Commission a indiqué ailleurs que pour être considéré comme libre et éclairé, le consentement à la collecte et à l'utilisation de données personnelles devait être donné à des fins déterminées⁷⁹, ne porter que sur des renseignements nécessaires à la réalisation des fins recherchées⁸⁰ et n'être valable que pour la durée des fins pour lesquelles il a été demandé⁸¹.

La mise en place de telles précautions est susceptible de minimiser l'atteinte au droit au respect de sa vie privée garanti par la Charte que pourrait engendrer le recours à des PI. Il n'en

⁷³ EDPB/EDPS, *id.*, p. 8; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, *id.*; CONSEIL DE L'EUROPE, DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT, COMITÉ CONSULTATIF DE CONVENTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL (CONVENTION 108), *préc.*, note 32, p. 3-4.

⁷⁴ EDPB/EDPS, *id.*, p. 8; J. STANLEY, *préc.*, note 58; CONSEIL DE L'EUROPE, DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT, COMITÉ CONSULTATIF DE CONVENTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL (CONVENTION 108), *id.*, 2021, p. 3.

⁷⁵ EDPB/EDPS, *id.*, p.8.

⁷⁶ EDPB/EDPS, *id.*, p. 8 et 10; VOO *et al.*, *préc.*, note 5, p. 157; CONSEIL DE L'EUROPE, DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT, COMITÉ CONSULTATIF DE CONVENTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL (CONVENTION 108), *préc.*, note 32, p. 2.

⁷⁷ EDPB/EDPS, *id.*, p. 14; STANLEY, *préc.*, note 58; CONSEIL DE L'EUROPE, DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT, COMITÉ CONSULTATIF DE CONVENTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL (CONVENTION 108), *id.*, p. 6.

⁷⁸ STANLEY, *préc.*, note 58; ROYAL SOCIETY, *préc.*, note 7, p. 11.

⁷⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale sur le document d'orientation intitulé « Plus de transparence, pour une meilleure gouvernance : Plus de transparence dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels »*, (Cat. 2.412.42.6), 2015, p. 8, [En ligne].
https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_transparence-gouvernance.pdf; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2020), *préc.*, note 63, p. 68.

⁸⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2012), *préc.*, note 64, p. 13-14; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2015), *id.*, p. 10.

⁸¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, Projet de loi n° 83, Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, (Cat. 2.412.67.5), 2005, p. 12 [En ligne].
https://cdpdj.qc.ca/storage/app/media/publications/Memoire_PL_83_LSSSS.pdf ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2015), *id.*, p. 10.

demeure pas moins que cette atteinte devra se justifier au sens de l'article 9.1. Nous en traiterons dans la section 3.

2.4 Le droit à l'égalité

L'article 10 de la Charte garantit à toute personne le droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne. L'interdiction de discrimination est le corollaire du droit à l'égalité.

On reconnaît une discrimination à la présence d'une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur un des motifs de discrimination énoncés par la Charte et qui compromet un droit ou une liberté qui y est garanti⁸².

La Commission rappelait récemment :

« [...] qu'il faut évaluer l'impact des [technologies] non pas uniquement en fonction de leurs objectifs ou des fins poursuivies, mais également en fonction des résultats effectifs qui découlent de leur utilisation. En effet, le droit à l'égalité consacré par la Charte protège toute personne contre la discrimination sans égard à l'intention ou à la bonne foi de son auteur. »⁸³

En tout état de cause, les PI ne devraient être implantés que si les vaccins et/ou les tests de dépistages sont disponibles à l'ensemble de la population⁸⁴. Par exemple, en Ontario, on a soulevé le caractère potentiellement discriminatoire de la distribution vaccinale envers certaines

⁸² Charte, art. 10.

⁸³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission d'accès à l'information sur le document de consultation « Intelligence artificielle »*, (Cat. 2.412.133), 2020, p.4, [En ligne]. https://cdpdj.gc.ca/storage/app/media/publications/memoire_consultation_CAI_IA.pdf; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 21, p. 17.

⁸⁴ STANLEY, préc., note 58; Ana BEDUSHI, *Digital Health Passports for COVID-19: Data Privacy and Human Rights Law*, Policy Brief, University of Exeter, Economic and Social Research Council, 2021, p. 4, [En ligne]. https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/awimages/research/Policy_brief_-_Digital_Health_Passports_COVID-19_-_Beduschi.pdf; ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 6; ROYAL SOCIETY, préc., note 7, p. 13; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, préc., note 63, p.3.

personnes en situation de handicap, les personnes âgées confinées, les résidents de quartier fortement touchés et les personnes itinérantes.⁸⁵

Parce qu'il pourrait déterminer l'accès à des lieux, à des services ou à l'emploi, le recours à des PI est susceptible de compromettre l'exercice des droits et libertés de certaines personnes en raison de leur appartenance à un groupe visé par un motif de discrimination prohibé, dont le handicap, l'âge, la condition sociale, la « race » ou l'origine ethnique ou nationale.

2.4.1 Le handicap

Certaines personnes pourraient ne pas pouvoir recevoir le vaccin ou être plus à risque de complications que d'autres personnes en raison de leur état de santé. D'autres personnes pourraient avoir de la difficulté à se faire vacciner en raison de problèmes de mobilité. Ces personnes risquent d'être désavantagées dans l'exercice de leurs droits par l'imposition d'un PI, à moins que des exceptions ne soient prévues à leur égard.

2.4.2 L'âge et la condition sociale

Le format du PI pose un enjeu pour certains groupes, notamment s'il est sous forme électronique et qu'il requiert l'usage d'un téléphone intelligent ainsi qu'un certain niveau de littératie numérique⁸⁶.

Dans le cadre des consultations sur les applications de notification de contact, la Commission a montré que la possession d'un téléphone intelligent était distribuée de façon inégale en fonction du revenu, du niveau de scolarité et de l'âge⁸⁷. Elle indiquait :

« Notons qu'un accès différencié à une application de notification d'exposition s'inscrirait dans un contexte d'inégalités accrues en contexte de pandémie où l'accès aux technologies numériques est devenu une nécessité en matière d'information et de

⁸⁵ Voir *Daneshvar c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 3186 qui reconnaît l'importance des questions d'équité dans l'accès aux vaccins dans le contexte de la pandémie mais qui rejette la demande de contrôle judiciaire en raison d'un défaut de compétence.

⁸⁶ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 6.

⁸⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 21, p. 25.

services, mais aussi d'activités économiques, d'éducation, de loisir et d'interaction sociale. Cet accès différencié pourrait bien être discriminatoire. »⁸⁸ [Renvoi omis.]

Pour éviter la discrimination, il apparaît donc nécessaire de s'assurer que les PI soient disponibles dans des formats accessibles à toute personne.

Par ailleurs, les recommandations quant à la vaccination varient selon les âges. De fait, aucun vaccin n'est approuvé au Canada pour les personnes de moins de 12 ans⁸⁹. Les personnes mineures risquent d'être désavantagées dans l'exercice de leurs droits par l'imposition d'un PI, à moins que des exceptions ne soient prévues à leur égard.

En outre, les personnes dont le statut migratoire est précaire disposent d'un accès restreint aux soins de santé, notamment en raison des craintes relatives à la divulgation de ce statut⁹⁰. Le recours à un PI risque donc d'être discriminatoire à leur égard en raison de leur condition sociale.

2.4.3 La « race » et l'origine ethnique ou nationale

Le groupe d'experts réunis par la conseillère scientifique en chef du Canada a dit craindre les effets du recours à des PI sur les droits des personnes appartenant à certaines communautés racisées ou défavorisées. Il indique :

« [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

⁸⁸ *Id.*, p. 27.

⁸⁹ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL DE L'IMMUNISATION, *Recommandations sur l'utilisation des vaccins contre la COVID-19, à jour au 5 mai 2021*, [En ligne]. <https://www.canada.ca/content/dam/phac-aspc/documents/services/immunization/national-advisory-committee-on-immunization-naci/recommandations-use-covid-19-vaccines/recommandations-utilisation-vaccins-covid-19-fr.pdf>.

⁹⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de la santé et des services sociaux de l'Assemblée nationale concernant le projet de loi n° 83, Loi concernant principalement l'admissibilité au régime général d'assurance médicaments de certains enfants dont les parents ont un statut migratoire précaire*, (Cat. 2.412.139), 2021, [En ligne]. https://cdpdc.gc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL83_RAMQ_enfants.pdf.

médical, entraînant une intention relativement faible de se faire vacciner. »⁹¹ [Renvois omis.]

On a par ailleurs soulevé les risques d'erreur à l'égard des personnes racisées si la technologie recourait à la reconnaissance faciale⁹².

Par ailleurs, l'imposition de PI pourrait engendrer des effets discriminatoires et exiger l'aménagement d'exceptions à l'égard de personnes visées par d'autres motifs de discrimination que ceux énumérés ci-dessus, comme la religion ou les convictions politiques, par exemple⁹³.

3. LA DISPOSITION DE JUSTIFICATION

L'article 9.1 de la Charte prévoit une disposition justificative que le législateur ou une personne privée pourrait, selon les circonstances, invoquer en cas de violation des libertés et droits fondamentaux consacrés aux articles 1 à 9. Cette disposition se lit comme suit :

« Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, 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. »

La détermination de la conformité à la Charte des atteintes aux droits et libertés garantis par la Charte commande un examen minutieux. La démarche à suivre est bien définie et largement confirmée par les tribunaux⁹⁴. La Cour suprême a ainsi établi que « pour se prévaloir de l'article 9.1, le gouvernement doit démontrer que la loi restrictive n'est ni irrationnelle ni arbitraire et que les moyens choisis sont proportionnés au but visé »⁹⁵.

⁹¹ BUREAU DE LA CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE EN CHEF, préc., note 28.

⁹² STANLEY, préc., note 58, p. 13.

⁹³ C. M. FLOOD, B. THOMAS, K. WILSON, préc., note 48, p. 3.

⁹⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale concernant le Projet de loi n° 60, Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, (Cat. 2.113-2.13), 2013, p. 29.

⁹⁵ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 63.

Le groupe d'experts réunis par la conseillère scientifique en chef du Canada indique :

« Lorsqu'on utilise les certificats de vaccination en dehors des dossiers d'immunisation, les questions d'équité, de droits de la personne et de vie privée doivent éclairer l'équilibre délicat entre nécessité et proportionnalité dans le contexte de l'évolution de la science des vaccins contre la COVID-19. »⁹⁶

Les critères de justification développés par la jurisprudence sont les mêmes pour l'article 9.1 de la Charte québécoise que pour l'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés⁹⁷.

La première étape pour déterminer si une atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la Charte est justifiée est de vérifier si l'objectif poursuivi par la mesure en cause correspond « à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »⁹⁸.

Nous l'avons mentionné plus haut, les PI peuvent avoir deux objectifs distincts, soit :

1. Permettre que le détenteur poursuive les activités autorisées par le PI tout en évitant de constituer un fardeau supplémentaire pour les services de santé ; et/ou
2. Démontrer que le détenteur ne peut devenir contaminé et transmettre le SARS-CoV-2 à d'autres personnes⁹⁹.

Ces objectifs participent notamment à la mise en œuvre du droit à la vie, à la sûreté et à l'intégrité des personnes¹⁰⁰, à la liberté de sa personne¹⁰¹ et aux libertés fondamentales¹⁰². La réalisation de ces objectifs est également conforme avec le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respecte la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs¹⁰³. Ce dernier s'incarne entre autres dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*

⁹⁶ BUREAU DE LA CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE EN CHEF DU CANADA, préc., note 28.

⁹⁷ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 95, par. 63.

⁹⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139

⁹⁹ ROYAL SOCIETY, préc., note 7, p. 2.

¹⁰⁰ Charte, art. 1^{er}.

¹⁰¹ Charte, art. 1^{er}.

¹⁰² Charte, art. 3.

¹⁰³ Charte, art. 46.

qui oblige les employeurs à « prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et protéger la sécurité et l'intégrité du travailleur »¹⁰⁴.

En tout état de cause, il est rare qu'une justification soit rejetée à cette étape de l'analyse¹⁰⁵.

Dans un deuxième temps, pour vérifier si une atteinte à une liberté ou un droit garanti par la Charte est justifié, on doit appliquer un test de proportionnalité. Celui-ci se compose de trois parties : démonstration d'un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif poursuivi, démonstration que la mesure porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause, démonstration que les effets préjudiciables sont proportionnels aux effets bénéfiques¹⁰⁶.

Quant au lien rationnel, la personne responsable de l'imposition d'un PI doit démontrer qu'il existe « un lien causal, fondé sur la raison et la logique, entre la violation et l'avantage recherché »¹⁰⁷. Ce lien ne doit être ni arbitraire, ni inéquitable, ni fondé sur des considérations irrationnelles¹⁰⁸. La Cour suprême indique :

« Dans l'examen de la proportionnalité, le tribunal doit déterminer quel est le lien qui existe entre l'objectif de la loi et ce que cette loi réussira effectivement à accomplir, dans quelle mesure la loi restreint le droit en question et, enfin, si l'avantage que la loi vise l'emporte sur la gravité de la restriction du droit. »¹⁰⁹

L'atteinte aux droits et libertés énumérés à la section 2 pourrait donc être justifiée si le PI permettrait d'atteindre les objectifs énumérés plus haut, soit de permettre au détenteur d'exercer les activités autorisées sans constituer un fardeau supplémentaire pour le système de santé et de permettre au détenteur d'exercer les activités autorisées par le PI sans être un vecteur de transmission de la maladie.

¹⁰⁴ RLRQ, c. S-2.1, art. 51.

¹⁰⁵ Voir : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, par. 26.

¹⁰⁶ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 889; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

¹⁰⁷ *Carter c. Procureur général du Canada*, 2015 CSC 5, par. 99; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, par. 68.

¹⁰⁸ *R. c. Oakes*, préc., note 98, par. 70.

¹⁰⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199, p. 331.

Or, plusieurs instances indiquent que les preuves scientifiques actuellement disponibles ne permettent pas de conclure que l'objectif B peut être atteint par la vaccination¹¹⁰ ou par l'immunisation naturelle¹¹¹.

Les experts de l'Institut Ada Lovelace indiquent :

« La raison principale qui incite quelqu'un à partager des informations personnelles avec des tiers malgré les atteintes potentielles à ses droits et libertés individuels est que ce partage permet à ces tiers de se protéger d'un sérieux danger. En d'autres termes, le recours à un PI repose sur la prémisse que mon statut vaccinal vous informe du danger que je représente pour vous et non simplement du risque que je cours moi-même.

Pour le moment, la vaccination n'offre pas de preuve claire ou concluante quant aux risques que représente un individu vis-à-vis les autres. »¹¹² [Notre traduction. Nous soulignons.]

De même, dans sa position rendue publique le 5 février 2021, l'OMS déconseille aux autorités nationales de recourir à des PI comme condition préalable aux voyages internationaux en raison des incertitudes concernant la faculté des vaccins à réduire la transmission¹¹³.

La situation est la même en ce qui concerne l'immunisation naturelle, soit celle qui découle du fait d'avoir déjà contracté la maladie. L'OMS indique :

« À l'heure actuelle, il n'y a pas suffisamment de preuves quant à l'effectivité de l'immunité induite par les anticorps pour garantir l'exactitude d'un « passeport d'immunité » ou d'un « certificat d'absence de risque ». Les personnes qui présumant être protégées contre une seconde infection parce qu'ils ont reçu un premier résultat positif sont susceptibles d'ignorer les recommandations de la santé publique. L'usage de certificats est donc susceptible d'accroître la transmission. »¹¹⁴ [Notre traduction.]

¹¹⁰ COMITÉ D'ÉTHIQUE DE SANTÉ PUBLIQUE, préc., note 11, p.3; COMITÉ D'ÉTHIQUE DE SANTÉ PUBLIQUE, *Avis sur la vaccination obligatoire des travailleurs de la santé contre la COVID-19*, INSPQ, 2021, p. 7, [En ligne]. <https://www.inspq.gc.ca/sites/default/files/publications/3091-avis-vaccination-obligatoire-travailleurs-sante-covid19.pdf>; EDPB/EDPS, préc., note 62, p. 6; ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES, préc., note 29, ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p.1; ROYAL SOCIETY, préc., note 7, p. 5; BUREAU DE LA CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE EN CHEF, préc., note 28; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, préc., note 32, p.4.

¹¹¹ Voo *et al.*, préc., note 5, p. 159; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, *id.*, p. 4.

¹¹² ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 4.

¹¹³ OMS, « Interim position paper : considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers », 5 février 2021, [En ligne]. <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-covid-19-vaccination-for-international-travellers>.

¹¹⁴ Organisation mondiale de la Santé, « "Immunity passports" in the context of COVID-19 », Scientific Brief, 24 avril 2020, [En ligne]. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

Il apparaît important de prendre également en compte le fait que l'utilisation de PI risque de créer un faux sentiment de sécurité à l'égard du danger que présentent les personnes qui en disposent¹¹⁵.

Le contexte est susceptible d'évoluer rapidement suivant les développements scientifiques à venir. Pour le groupe d'experts réunis par la conseillère scientifique en chef :

« L'utilité des certificats de vaccination contre la COVID-19 au-delà du cadre des soins de santé repose sur l'efficacité des vaccins pour éliminer ou réduire la transmission virale et sur la durée de la protection qu'ils confèrent. Des réponses à ces importantes questions scientifiques continueront d'apparaître au cours des prochains mois. Les résultats peuvent différer entre les divers vaccins autorisés contre la COVID-19 actuellement administrés dans le monde. La durée de validité d'un certificat de vaccination avant qu'un nouveau certificat ne soit requis devra être établie pour chaque vaccin et dépendra de la durée de l'immunité. En outre, il faudrait tenir compte du fait que chaque type de vaccin démontre des capacités variables de réduire la propagation virale et de combattre les nouveaux variants. »¹¹⁶

Notons cependant que le gouvernement n'a pas nécessairement à recourir à une preuve scientifique pour démontrer le lien rationnel entre la mesure mise en place, en l'espèce le recours à des PI, et l'objectif recherché¹¹⁷. Le gouvernement « doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement ».¹¹⁸ Un lien causal doit cependant pouvoir être rationnellement inféré¹¹⁹.

¹¹⁵ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 5.

¹¹⁶ BUREAU DE LA CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE EN CHEF, préc., note 28; Notons que le 13 mai 2021, le gouvernement américain a décidé de réduire ses exigences en ce qui concerne le port du couvre-visage « à la lumière d'études scientifiques ayant montré que les vaccins étaient également efficaces contre les infections asymptomatiques et les variants en circulation » et que « les rares personnes tombant malades bien qu'elles aient été vaccinées restaient toutes moins contagieuses ». Les instances gouvernementales ont également indiqué que ces recommandations pouvaient être modifiées si la situation sanitaire empirait : AGENCE FRANCE-PRESSE, « Fin du masque à l'intérieur pour les Américains vaccinés » *Le Devoir*, 14 mai 2021, [En ligne]. <https://www.ledevoir.com/monde/etats-unis/601067/le-port-du-masque-n-est-plus-de-mise-pour-les-americains-vaccines-estiment-les-cdc>.

¹¹⁷ *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, par. 64; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 109, par. 154.

¹¹⁸ *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, par. 359.

¹¹⁹ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 56, par. 145 à 148.

La seconde étape du test de proportionnalité qui découle de l'application de l'article 9.1 de la Charte est qualifiée « d'atteinte minimale » et « exige seulement que le gouvernement choisisse le moyen le moins attentatoire *d'atteindre son objectif* »¹²⁰. À cette étape, on doit se demander « s'il existe un autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle »¹²¹. Notons qu'un nombre restreint de personnes affectées ne constitue pas un facteur de détermination de l'atteinte minimale :

« La question à cette étape-ci de l'analyse n'est pas de savoir combien de citoyens sont touchés, mais consiste à se demander si l'atteinte portée au droit est minimale. L'atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d'une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la Charte. Il s'ensuit que cette législation ne peut être justifiée du seul fait qu'elle est moins restrictive qu'une exclusion générale [...]. »¹²²

En ce qui concerne les PI, des instances européennes en matière de protection des données recommandent d'en évaluer les impacts et de les comparer avec ceux de mesures qui apparaissent moins intrusives¹²³. *Voo et al.*, en matière de certificat fondé sur l'immunité naturelle, soutiennent :

« Les certificats d'immunité ne devraient pas servir à dicter quels individus ou quels groupes peuvent accéder à un secteur ou à une activité durant la pandémie (ou après, si les vaccins ne sont pas accessibles) quand d'autres mesures comme les couvre-visages, la distanciation physique et l'hygiène des mains peuvent être mises en place pour réduire les risques à un niveau acceptable. »¹²⁴ [Notre traduction.]

Les experts de l'Institut Ada Lovelace invitent, pour leur part, les décideurs à considérer les coûts d'opportunité du recours à des PI :

« Il y a des coûts d'opportunité à se concentrer sur les PI plutôt que sur d'autres interventions. Il peut y avoir une fenêtre d'opportunité étroite durant laquelle la confiance scientifique quant à l'impact de la vaccination sur la transmission est établie et le nombre de personnes vaccinées suffisant pour discriminer. Cependant, une fois l'immunité collective atteinte, le traitement différentiel des personnes n'aurait plus de sens et les PI seraient inutiles.

¹²⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, par. 54 [en italiques dans l'original].

¹²¹ *Id.*, par. 55.

¹²² *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, préc., note 105, par. 55.

¹²³ EDPB/EDPS, préc., note 62, p. 6.

¹²⁴ *Voo et al.*, préc., note 5, p. 157.

Les PI peuvent constituer une distraction tentante. Ils engendrent cependant des coûts politiques, financiers et humains qui doivent être mesurés à l'aune des bénéfices attendus. Ils peuvent supplanter d'autres mesures plus importantes pour rouvrir la société plus rapidement pour tous, comme la vaccination, les tests de dépistage, le traçage, les mesures d'isolement ainsi que d'autres mesures de santé publique. »¹²⁵
[Notre traduction.]

À la dernière étape du test de proportionnalité, « la Cour doit soupeser les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure contestée »¹²⁶. Si les effets préjudiciables l'emportent sur les avantages que comporte la mesure, la proportionnalité n'est pas respectée¹²⁷.

CONCLUSION

La Commission est favorable à la mise en place de mesures de protection de la santé publique dans le contexte de la pandémie actuelle. Elle estime cependant nécessaire d'évaluer les impacts spécifiques de chacune des mesures instaurées sur la mise en œuvre des droits et libertés garantis par la Charte.

Il apparaît, dans un premier temps et suivant les dispositions du Code civil sur le droit à l'intégrité, que la mise en place d'un système de PI doit faire l'objet d'un cadre légal.

Par ailleurs, la mise en place d'un tel système est susceptible d'affecter plusieurs des droits et libertés garantis par la Charte, dont le droit à l'intégrité, le droit à la liberté de sa personne, les libertés fondamentales, le droit au respect de sa vie privée ainsi que le droit à l'égalité des personnes notamment en raison du handicap, de l'âge, de la condition sociale et de la « race » et de l'origine ethnique ou nationale.

En ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux garantis par les articles 1 à 9 de la Charte, leur violation pourrait être considérée comme justifiée en application de l'article 9.1 de la Charte.

¹²⁵ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 6.

¹²⁶ *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, par. 119.

¹²⁷ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, par. 147.

En matière de PI, l'application de la clause justificative de l'article 9.1 de la Charte variera en fonction des contextes de son utilisation.

Ainsi, les acteurs privés ne peuvent pas revendiquer les mêmes objectifs que les acteurs gouvernementaux, notamment en ce qui concerne la possibilité des détenteurs de poursuivre leurs activités sans constituer un fardeau supplémentaire pour le système de santé.

Dans le cas des autres objectifs, en particulier celui de protéger la santé des tiers, l'état actuel des connaissances scientifiques ne permet pas de conclure qu'ils peuvent être atteints à l'aide de PI.

Par ailleurs, si l'état de connaissances scientifiques devait évoluer vers une reconnaissance de l'effet protecteur des vaccins contre la transmission, il faudrait tout de même tenir compte de l'effet sur les droits des différents contextes d'utilisation. En effet, certaines personnes estiment qu'au-delà d'une possible discrimination, certaines utilisations des PI peuvent avoir un impact direct sur les droits et libertés des personnes concernées¹²⁸. Par exemple, une utilisation par les employeurs, par les services publics ou par les commerces essentiels n'affecte pas de la même façon les droits et libertés des personnes exclues que l'utilisation par une salle de spectacle.

En Europe, des instances de protection des données ont indiqué que le recours au PI pour toute autre fin que la circulation des personnes entre les États membres de l'Union européenne devrait faire l'objet d'une évaluation de son effectivité, de sa nécessité et de sa proportionnalité et devrait comporter des mesures protectrices, notamment pour éviter les abus et les risques de discrimination¹²⁹.

Les experts de l'Institut Ada Lovelace recommandent également une articulation claire du recours au PI :

¹²⁸ Michel C. AUGER, « Passeport vaccinal au Canada ? Entrevue avec Vardit Ravitsky », Midi Info, Ici.Radio-Canada, 3 mai 2021, [En ligne]. <https://ici.radio-canada.ca/ohdio/premiere/emissions/midi-info/episodes/530164/rattrapage-du-lundi-3-mai-2021/7>

¹²⁹ EDPB/EDPS, préc., note 62, p. 8.

« Alors que les PI sont considérés par certains comme une façon d'accroître la liberté, pour d'autres, ils constitueraient un déni de droit. Dans ces circonstances, il est nécessaire d'articuler clairement les justifications pour relâcher les mesures de restrictions actuellement en place à l'égard des uns alors qu'on les maintient pour les autres. »¹³⁰

Enfin, le format du PI, papier ou informatisé, et dans ce dernier cas, les caractéristiques spécifiques de la technologie auront des effets différenciés sur les droits et libertés garantis par la Charte, notamment sur le droit au respect de la vie privée et sur le droit à l'égalité. Ces effets différenciés commandent certaines précautions en ce qui concerne la collecte, la conservation et l'usage des données de santé, notamment.

De l'avis de la Commission, l'ensemble de ces considérations doivent être prises en compte par les instances gouvernementales dans leur décision de mettre en place un système de PI afin que ce dernier soit conforme avec les dispositions de la Charte.

¹³⁰ ADA LOVELACE INSTITUTE, préc., note 7, p. 3.