



OSLER

DROIT DE LA SANTÉ

# La deuxième année de la COVID-19 : Une situation sanitaire en pleine mutation

Au cours de l'année 2021, les milieux de travail de toutes les industries et de tous les secteurs ont été confrontés à des défis en constante évolution lors de la mise en œuvre et de l'adaptation de leurs politiques et procédures en réponse à la pandémie de COVID-19. Tout particulièrement, les conseils d'administration devaient s'acquitter de leurs obligations fiduciaires et de diligence dans un environnement où les normes de diligence changeaient de manière considérable, alors que les normes industrielles, les restrictions gouvernementales et les connaissances scientifiques évoluaient rapidement.

Les conseils d'administration et les équipes de direction ont fait l'objet d'une surveillance accrue lorsqu'ils ont pris des décisions quant au moment du retour au travail et des conditions de travail attendues pour les employés. Ces décisions peuvent avoir des répercussions importantes sur la santé et la sécurité des travailleurs et, dans certains cas, sur la capacité des employeurs à poursuivre leurs activités ou à continuer d'employer une partie de leur personnel. Lorsqu'ils prennent des décisions concernant la réponse de leur organisation à la COVID-19, les conseils d'administration sont tenus de satisfaire à certaines obligations prescrites par la common law, les contrats ou les lois, dont celles en vertu de la législation en matière de santé et de sécurité au travail en ce qui a trait aux hôpitaux et aux autres milieux à risque élevé, comme nous l'avons souligné dans notre article, [Mise à jour de la politique ontarienne de vaccination contre la COVID-19 dans les milieux à risque élevé : principales considérations pour les hôpitaux et les organisations de soins de santé](#).

Lorsqu'ils examinent ce qui est raisonnable dans les circonstances, les conseils d'administration doivent prendre en considération de nombreux facteurs, dont les risques relatifs de la mise en œuvre de politiques de vaccination obligatoire et d'autres mesures d'intervention, l'incidence de leur décision sur les principales parties prenantes, les circonstances entourant la COVID-19 à cette période et les mesures et politiques adoptées par d'autres employeurs et organisations dans des secteurs similaires.

Les troisième et quatrième vagues de la COVID-19 vécues en 2021 ont généré une variété de nouvelles questions juridiques, dont certaines sont décrites ci-dessous.

## Le chaos causé par la campagne de vaccination contre la COVID-19 au Canada

En plus d'autoriser de nouveaux médicaments et dispositifs médicaux pour lutter contre la COVID-19, le gouvernement fédéral a été chargé d'obtenir des vaccins pour les Canadiens, qu'il distribue ensuite aux gouvernements provinciaux et territoriaux, qui sont les premiers responsables en matière de santé, pour qu'ils les mettent à la disposition de leurs résidents. Tout comme les réponses des gouvernements provinciaux et territoriaux lors des premiers enjeux liés à la COVID-19, les stratégies mises en œuvre par les autorités de santé publique au Canada en matière de distribution des vaccins différaient et manquaient de cohésion.

L'accès du Canada aux vaccins a pris du retard par rapport à celui d'autres pays en raison de l'absence de fabricants à l'échelle locale. Au début de 2021, de nombreux employeurs internationaux qui exercent des activités au Canada ont tenté de mettre en œuvre de manière proactive des politiques de vaccination dans leurs milieux de travail au Canada, à un moment où les résidents américains pouvaient facilement se faire vacciner, alors que leurs homologues canadiens devaient attendre des mois avant d'être considérés comme admissibles. Cette situation a mis les employeurs ayant des activités transfrontalières dans une position particulièrement difficile. Il était impossible d'encourager, d'inciter ou d'exiger la vaccination à un moment où les employés canadiens n'avaient pas accès au vaccin et où les autorités de santé publique canadiennes n'avaient pas encore publié de directives quant à l'assouplissement des mesures de santé publique, telles que le port du masque et la distanciation sociale, pour les personnes vaccinées.

Il était impossible d'encourager, d'inciter ou d'exiger la vaccination à un moment où les employés canadiens n'avaient pas accès au vaccin.

De plus, des questions juridiques intéressantes ont été soulevées lorsque certains employeurs et organisations ont mis en œuvre des programmes en vue d'offrir des vaccins directement à leurs employés au nom des autorités de santé publique, ou lorsqu'ils ont offert volontairement d'aider d'autres organisations confrontées à des éclosions de COVID-19. Comme les acteurs du secteur privé ont assumé le coût et la responsabilité d'enjeux relevant directement des autorités de santé publique dans un effort d'aide, des enjeux liés à la répartition de la responsabilité correspondante découlant de cette assistance ont présenté des défis uniques. À titre d'exemple, en vertu de la *Loi sur la protection et la promotion de la santé* (Ontario) (la *Loi*), les personnes qui travaillent sous la direction d'un médecin-hygiéniste ou conformément à une directive ou à un ordre donné en vertu de la *Loi* bénéficient d'une protection légale contre la responsabilité, pourvu qu'elles agissent de bonne foi. Par conséquent, les parties qui ont choisi de réagir et d'apporter leur aide à des situations pouvant poser problème de manière proactive et de leur propre gré ont été exposées à une responsabilité juridique éventuelle à laquelle elles n'auraient pas été confrontées si elles avaient attendu d'être contraintes par la loi d'agir conformément à une directive prise en vertu de la *Loi*.

Au fur et à mesure que la disponibilité des vaccins s'est accrue, la vaccination s'est malheureusement transformée en un enjeu politique et de santé publique, tout en générant des points de vues polarisants de part et d'autre. Les politiques de vaccination obligatoire sur le lieu de travail et dans les espaces publics ont été largement débattues. Une fois de plus, les autorités de santé publique ont mis en œuvre des ordonnances, des directives et des lois disparates sur la question à travers le Canada.

Par exemple, en août 2021, le responsable de la santé publique de la Colombie-Britannique a annoncé une ordonnance de santé publique exigeant la vaccination obligatoire de certains travailleurs de la santé, et le gouvernement fédéral a annoncé la vaccination obligatoire de certains employés fédéraux. Le 17 août 2021, le médecin-hygiéniste en chef de l'Ontario a émis une directive exigeant la mise en œuvre d'une politique de vaccination obligatoire dans les établissements de santé. Dans le cadre de ces politiques, les travailleurs sont tenus d'être vaccinés ou de se soumettre à des tests de dépistage à intervalles réguliers s'ils ne sont pas en mesure de fournir une exemption pour une raison médicale spécifique. D'autres détails figurent dans le bulletin d'actualités Osler, [Mise à jour de la politique ontarienne de vaccination contre la COVID-19 dans les milieux à risque élevé : principales considérations pour les hôpitaux et les organisations de soins de santé](#). Les conseils d'administration de nombreux hôpitaux publics de l'Ontario ont approuvé des politiques de vaccination qui allaient au-delà des exigences de la directive gouvernementale de vaccination obligatoire pour tous les travailleurs (sans leur offrir la possibilité de se soumettre à des tests de dépistage), politiques qui comprenaient des exemptions limitées relativement aux droits de la personne.

Ces annonces ont fait suite, en juillet 2021, à la décision de l'Alberta de lever la plupart des restrictions en matière de santé publique, ainsi qu'à celle de la Saskatchewan de lever toutes les restrictions en matière de santé publique. Résultat : ces écarts dans le contexte fédéral ont posé des difficultés aux employeurs qui tentaient de mettre en place des politiques à l'échelle nationale.

Si l'on considère le contexte de la pandémie mondiale en cours, les états d'urgence, les ordonnances de santé publique en vigueur, les lois et directives qui exigent l'adoption de politiques de vaccination, la common law d'avant la pandémie qui traite de politiques de vaccination contre la grippe, l'ensemble de ces outils ont fourni très peu d'indications pertinentes. En septembre 2021, nous avons assisté à la mise en œuvre plus fréquente de politiques de vaccination obligatoire dans divers milieux de travail, y compris dans des milieux de travail où sont offerts des services non essentiels. L'entrée en vigueur de ces politiques a rapidement été suivie d'une série de contestations, sur le plan juridique, des politiques de vaccination, dont il est question plus en détail dans notre bulletin d'actualités Osler, [Levée par la Cour supérieure de justice de l'Ontario de l'injonction empêchant le congédiement d'employés du réseau hospitalier aux termes d'une politique de vaccination obligatoire](#).

Notre article, [De retour au bureau? De nouvelles normes de travail devraient voir le jour dans les années à venir](#), comprend d'autres renseignements quant aux considérations relatives à l'emploi.

## L'évolution quant au dépistage de la COVID-19 dans le milieu de travail se poursuit

En 2021, le paysage des tests antigéniques et des tests de dépistage de la COVID-19 a également évolué, alors que certains employeurs sont passés d'une simple vérification des symptômes à des tests antigéniques et des tests de dépistage sur le lieu de travail. Les gouvernements provinciaux ont mis à la disposition de certains employeurs des tests antigéniques de dépistage des personnes asymptomatiques et leur ont fourni des appareils à leurs frais. De nombreuses autorités de santé publique provinciales ont fourni des conseils détaillés sur le déroulement des tests antigéniques de dépistage.

Certains employeurs souhaitaient mettre en place d'autres types de tests de dépistage des personnes asymptomatiques ou de tests antigéniques sur le lieu de travail, comme les instruments d'autodépistage récemment autorisés par Santé Canada ou les tests PCR, considérés comme la référence en matière de dépistage de la COVID-19. Ces employeurs ont dû composer avec des questions juridiques, de santé, d'emploi et de confidentialité en ayant accès à des conseils limités, dans certains cas inexistantes, de la part des autorités de santé publique. De nombreux employeurs ont fait appel à des tiers fournisseurs pour les aider à éviter d'avoir à se pencher sur des questions complexes liées à la mise en œuvre de programmes de tests de dépistage. Certains aspects concernent notamment la collecte d'échantillons, le traitement de renseignements personnels, l'embauche des services de laboratoire, la communication d'un diagnostic, la communication des résultats des tests aux autorités de santé publique (le cas échéant) et l'élimination des déchets dangereux.

## Passeports vaccinaux et questions relatives au respect de la vie privée

Tout au long de l'année 2021, l'expression « passeport vaccinal » est également devenue un enjeu politique important, étant donné que chaque gouvernement provincial adoptait sa propre approche à cet égard. Par exemple, au départ, les passeports vaccinaux ont été rejetés par le gouvernement de l'Ontario. Ils ont ensuite été introduits sous la forme d'un code QR, après que le gouvernement a imposé des restrictions aux restaurants qui accueillent des clients en salles à manger, ainsi qu'aux centres de conditionnement physique, pour que leurs clients soient entièrement vaccinés ou bénéficient d'une exemption médicale pour s'y rendre. Chaque province ou territoire a désormais mis en place un processus permettant d'obtenir une preuve de vaccination contre la COVID-19 canadienne.

Les questions relatives à la protection des renseignements personnels restent pertinentes pour les employeurs, car les mesures de réponse à la COVID-19 exigent généralement la collecte ou l'utilisation de renseignements personnels des employés réputés être de nature sensible, et qui devraient être protégés adéquatement. Les employeurs, qu'ils soient ou non soumis à la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels, devront faire preuve de prudence dans la collecte et la conservation des renseignements personnels de leurs employés, notamment leur statut vaccinal et tout renseignement s'y rapportant. Les employeurs qui sont assujettis à la législation canadienne régissant le secteur privé en matière de protection des renseignements personnels au Canada devront en outre tenir compte des principes de limitation de la collecte et de l'utilisation, en plus de déterminer les renseignements personnels qu'il est strictement nécessaire de recueillir et de conserver, tout cela dans le but de veiller à la sécurité du lieu de travail.

## Conclusion

Les conseils d'administration d'organisations dont les employés ne sont pas encore retournés sur les lieux de travail et d'organisations qui appliquent déjà des politiques liées à la COVID-19, y compris en matière de vaccination, doivent continuer à être vigilants et à suivre l'évolution constante des circonstances entourant la COVID-19. Au moment de prendre des décisions liées aux politiques appropriées de retour au travail en contexte de COVID-19, y compris les politiques de vaccination, les conseils d'administration doivent exercer leur jugement de manière éclairée et indépendante, après avoir procédé à une enquête et à une analyse raisonnables de la situation, en plus de fonder leur jugement sur des critères raisonnables qui leur permettent de croire que leurs actions sont dans l'intérêt de l'organisation.

Les conseils d'administration devront absolument suivre un processus décisionnel approprié et documenter convenablement l'exonération de leurs responsabilités, étant donné les risques que leurs décisions soient possiblement contestées devant les tribunaux, en particulier si elles concernent le statut vaccinal. Ces décisions ne doivent pas être considérées comme définitives et doivent être réévaluées en permanence.

Les questions relatives à la protection des renseignements personnels restent pertinentes pour les employeurs, car les mesures de réponse à la COVID-19 exigent généralement la collecte ou l'utilisation de renseignements personnels des employés réputés être de nature sensible, et qui devraient être protégés adéquatement.

---

## AUTEURS

**Michael Watts**

Associé, Droit  
de la santé

**[mwatts@osler.com](mailto:mwatts@osler.com)**

416.862.6605

**Susan Newell**

Associé, Droit  
de la santé

**[snewell@osler.com](mailto:snewell@osler.com)**

416.862.6797

**Marty Putyra**

Sociétaire, Droit  
de la santé

**[mputyra@osler.com](mailto:mputyra@osler.com)**

416.862.4898