



CIRANO

Allier savoir et décision

COVID-19 : L'employeur peut-il légalement demander à ses employés de recourir à une application sur téléphone intelligent comme mesure de réintégration sécuritaire en milieu de travail?

JEAN-FRANÇOIS CLOUTIER

MÉLANIE BOURASSA FORCIER

2020PE-02

PERSPECTIVES / INSIGHTS
Texte d'opinion / Opinion Piece



Un article de la catégorie Perspectives est un texte d'opinion court présentant une analyse éclairée et rigoureusement documentée. Les idées et les opinions émises dans cette publication sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires.

[20 Avril 2020]

COVID-19 : l'employeur peut-il légalement demander à ses employés de recourir à une application sur téléphone intelligent comme mesure de réintégration sécuritaire en milieu de travail?

JEAN-FRANÇOIS CLOUTIER

AVOCAT ASSOCIÉ EN DROIT DU TRAVAIL, FASKEN

MÉLANIE BOURASSA FORCIER

AVOCATE, PROFESSEURE AGRÉGÉE, FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE

CHERCHEURE ET FELLOW CIRANO

Le 13 avril le premier ministre François Legault rallongeait la liste d'emplois prioritaires. Cette annonce, destinée à redémarrer l'économie, en a soulagé plusieurs. En soirée, l'INSPQ publiait les « Conditions nécessaires au maintien des services essentiels et à l'ouverture progressive des autres milieux de travail »¹. Essentiellement, pour les emplois non prioritaires, ce document reprend les directions que nous connaissons dont se laver les mains, respecter la mesure de distanciation requise et ne pas intégrer le travail en présence de symptômes. Un peu plus tôt, Radio-Canada rapportait toutefois que la gestion de ces mesures par certains employeurs s'avère difficile, la CNESST ayant reçu de nombreuses plaintes à ce sujet, particulièrement en lien avec le non-respect des mesures de distanciation².

Plusieurs pays ont recours, ou examinent la pertinence du recours, à des applications de géolocalisation et d'identification de risques (par exemple : vert = en santé, jaune = à risque et rouge = infecté) sur téléphones intelligents comme mesure de déconfinement graduel et « sécuritaire »³. Certaines de ces applications pourraient aussi avoir comme fonction celle d'émettre des vibrations lorsque la mesure de distanciation n'est pas respectée et/ou permettent d'identifier les zones où la circulation est plus fréquente soit pour augmenter l'entretien ménager ou modifier les horaires de travail.

Différents acteurs d'ici ont d'ailleurs annoncé travailler sur le développement de telles applications qui ne sont pas sans soulever leur lot d'enjeux éthiques quant au droit à la vie privée⁴. À ces enjeux s'ajoutent des questions quant à la fiabilité réelle de ces applications (risque d'erreur) et quant aux risques de stigmatisation qu'elles pourraient comporter⁵.

Advenant leur déploiement au Québec, l'ensemble de ces enjeux devra, bien évidemment, être analysé avant leur lancement. Nous prononcer sur ces derniers n'est toutefois pas l'objet de notre présent propos.

Nous souhaitons plutôt guider les employeurs qui pourraient ici percevoir l'utilisation de telles applications comme une des mesures favorisant la réintégration graduelle et sécuritaire de leurs activités jugées non prioritaires.

Un employeur peut-il exiger le téléchargement par un employé ?

Un employeur pourrait-il légalement exiger que ses employés téléchargent une application permettant d'identifier, par exemple, leur niveau de risque et ainsi n'admettre que les employés identifiés comme étant en santé (code vert)?

La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁶ prévoit qu'un employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé de ses employés et doit utiliser les moyens pour identifier, contrôler et éliminer les risques pouvant affecter leur santé.

Assumant que le degré de fiabilité de l'application soit démontré et élevé, en vertu de cette obligation, un employeur pourrait ainsi être légalement justifié de demander que ses employés la téléchargent puisqu'elle pourrait être de nature à contrôler le risque d'une contamination sur les lieux de travail.

Cette même loi prévoit qu'un employé doit veiller à ne pas mettre en danger la santé des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail et doit participer à l'identification et à l'élimination des risques sur le lieu de travail. En acceptant de télécharger une telle application, un employé contribuerait à remplir ses obligations en matière de santé et de sécurité au travail.

Un employé peut-il refuser le téléchargement ?

Un employé pourrait refuser de télécharger une telle application en invoquant son droit au respect de sa vie privée prévu à la *Charte des droits et des libertés de la personne*. Cependant, un employeur peut toujours contrevenir à ce droit s'il a un motif raisonnable, légitime et sérieux de le faire⁷. La pandémie nous a d'ailleurs déjà donné un exemple à cet égard alors que certains employeurs prenaient la température de leurs employés à l'entrée du lieu de travail et établissaient des questionnaires afin de s'assurer que ces derniers ne se présentaient pas au travail avec les symptômes de la COVID-19.

L'obligation pour un employé de télécharger une telle application pourrait ainsi être vue comme un motif raisonnable, légitime et sérieux dans la mesure où la fiabilité d'une telle application est démontrée comme étant plus efficace que la vérification des symptômes ou qu'un questionnaire soumis à l'employé (par exemple, si l'application permet d'identifier les personnes à risque avant même que les symptômes ne se développent grâce à un outil de géolocalisation et de vérification

de symptômes). Ayant un motif raisonnable, légitime et sérieux de porter atteinte à la vie privée, un employé qui ne consentirait pas à télécharger une telle application pourrait se voir refuser l'accès à son lieu de travail par l'employeur.

Le gouvernement doit-il laisser le choix aux employeurs d'utiliser de telles applications ?

Bien que l'employeur puisse faire la preuve d'un motif raisonnable, la preuve de l'efficacité de ces applications et de la proportionnalité de la mesure, par rapport à d'autres qui pourraient susciter moins d'enjeux éthiques, devra être faite. Ceci pourrait s'avérer être un fardeau beaucoup trop lourd à porter pour un employeur et pourrait être de nature à affecter les relations de travail.

Il serait hautement préférable que le gouvernement, via les pouvoirs que lui octroie la *Loi sur la santé publique*⁸, émette une directive claire destinée à favoriser le téléchargement d'une application avec fonctions spécifiques (géolocalisation, identification de risques et/ou signaux sonores etc.). Il reviendra alors, au gouvernement, de démontrer que le recours à ces fonctionnalités ciblées représente la mesure qui permet le mieux de répondre à son objectif (la réintégration sécuritaire en milieu de travail) et celle qui limite au maximum l'atteinte portée à un droit fondamental, particulièrement le droit à la vie privée, dans le contexte actuel où notre liberté et notre sécurité sont aussi en jeu.

Nous sommes en contexte d'urgence sanitaire, ce qui confère au gouvernement des pouvoirs importants. Toutefois, comme nous l'enseigne la Cour suprême du Canada⁹, le pouvoir qui est conféré à un gouvernement doit s'exercer de façon à limiter, le moins possible, l'atteinte à des droits et libertés fondamentaux afin de réaliser l'objectif qu'il se fixe. Le pouvoir d'un gouvernement ne supprime pas son devoir de bien l'exercer.

Une minimisation de l'atteinte portée aux droits et libertés s'impose donc.

Celle-ci implique, dans un premier temps, de favoriser les mesures d'intégrations alternatives qui permettent la réalisation du même objectif mais qui ont un impact nul ou plus limité sur les droits fondamentaux (ex. des fonctionnalités limitées).

S'il s'avère que le téléchargement d'une application de géolocalisation et d'identification des risques représente LA mesure qui permet la reprise sécuritaire des activités des entreprises offrant des services jugés non prioritaires, la minimisation de l'atteinte impliquera notamment la collecte minimale de données

personnelles, leur conservation pour un temps limité et l'usage restreint de ces dernières dans le temps¹⁰. Il est aussi capital que l'utilisateur, avant le téléchargement de l'application, soit bien informé et qu'il comprenne la finalité sous-jacente à la collecte d'informations personnelles. Le recours à de courtes vidéos, à l'étape du consentement, serait approprié pour faciliter la compréhension. Enfin, la minimisation de l'atteinte implique de limiter le préjudice auprès des employés qui ne disposent pas de téléphones intelligents. Un programme gouvernemental permettant leur acquisition pourrait être lancé. En bout de ligne, la transparence et l'imputabilité permettront de générer la confiance des utilisateurs.

NOTES

¹ En ligne : <https://www.inspq.qc.ca/publications/2977-maintien-services-essentiels-ouverture-progressive-autres-milieus-travail-covid19>.

² En ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1692951/travailleurs-inquiets-securite-plaintes-cnesst-covid19-quebec>.

³ Plusieurs pays se penchent sur le sujet. Par exemple, voir : <https://www.mobihealthnews.com/news/europe/uk-government-hopes-covid-19-tracking-app-could-relax-lockdown-restrictions> et <https://www.futura-sciences.com/tech/actualites/smartphone-stopcovid-application-francaise-tracer-malades-covid-19-prend-retard-80247/>. Aussi, voir les propos récents de Raymond Bachan à ce sujet : <https://www.journaldemontreal.com/2020/04/12/covid-19--lancien-ministre-raymond-bachand-prone-un-permis-de-circuler-en-attendant-un-vaccin>.

⁴ Voir notamment le projet de Mila : <https://mila.quebec/mila-and-its-partners-rally-the-scientific-community-to-develop-novel-data-driven-solutions-to-assist-with-covid-19-outbreak/> et du Groupe Optel : <https://ici.radio-canada.ca/premiere/emissions/premiere-heure/segments/entrevue/165827/louis-roy-geolocalisation-lutte-pandemie-coronavirus-covid-19>.

⁵ Voir à ce sujet l'article récent de La Presse qui met notamment en lumière le caractère imparfait de ces applications : <https://www.lapresse.ca/covid-19/202004/19/01-5270071-geolocaliser-la-pandemie-une-fausse-bonne-idee.php>.

⁶ Chapitre S-2.1.

⁷ Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau, D.T.E. 99T-846.

Travailleurs québécois de la pétrochimie, section locale 194, SCEP et Énergie Valero/Raffinerie Jean-Gaulin de Lévis (grief collectif), D.T.E. 2014T-208.

⁸ S-2.2.

⁹ Voir notamment : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35.

¹⁰ Pour l'ensemble des considérations à prendre en compte voir Commission de l'accès à l'information du Québec. *Pandémie, vie privée et protection des renseignements personnels. Éléments de réflexion concernant le recours à certaines technologies* (ex. traçage de contact, bracelets connectés, utilisation de données de géolocalisation), 16 avril 2020. En ligne :

https://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_reflexionPRP-COVID-19_V2_2020-04-16.pdf. Évidemment la *Loi sur les renseignements personnels dans le secteur privé* devra être respectée (dans la mesure où la collecte de donnée est réalisée par une entreprise privée). Pour une discussion sur le sujet de la protection des données voir aussi : Mélanie Bourassa Forcier *et al.* Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers? *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 6, Issue 1, October 2019, Pages 317–335, <https://doi.org/10.1093/jlb/lisz013>.