
La surveillance du courrier électronique en milieu de travail : le Québec succombera t-il à l'influence de l'approche américaine ?

Karen Eltis*

Cet article questionne le bien fondé de l'adoption d'une analyse de la cybersurveillance basée sur des notions de propriété au Québec. Compte tenu de l'impact des moyens sophistiqués de surveillance électronique sur le droit au respect de la vie privée, l'auteure se penche sur le cadre juridique pertinent à la surveillance des courriels des salariés aux États-Unis, portant un intérêt particulier sur ses racines historiques et sur la rationalité qui l'anime. L'auteure se penche également sur le cadre juridique québécois en ce qui est de l'étendue de la protection du respect de la vie privée des employés en gardant en vue les critères de dignité et de droits fondamentaux qui en découlent. L'auteure invite ensuite les tribunaux québécois à refuser de succomber à l'approche dite volontariste au droit à la vie privée en milieu de travail. Finalement, l'auteure s'interroge sur la pertinence d'un modèle juridique alternatif, à savoir, le modèle français. Ainsi, il semblerait que la tradition juridique québécoise, vouée à la justice sociale, se prête mieux à l'approche française qu'à l'approche américaine, puisqu'elle repose sur la dignité de l'employé et sur le juste équilibre entre leurs droits et ceux de leurs employeurs.

This article questions the relevance of adopting a property-based cybersurveillance analysis in Quebec. Given the impact of sophisticated electronic surveillance on the right to privacy, the author focuses on the legal framework that pertains to the monitoring of employee's e-mails in the United States, paying particular attention to the historical origin and rationale behind the idea of cybersurveillance. The author also focuses on Quebec's legal framework governing employee privacy rights, as well as on Quebec's legal culture of protecting dignity and fundamental rights. The author then calls on Quebec courts to reconsider giving in to the so-called voluntary approach to the right of privacy in the workplace. Finally, she questions the relevance of an alternative legal model, namely the French model. It appears that the legal tradition of Quebec lends itself better to the French approach than to the American one, for the Quebec model is premised on the notion of dignity of the employee and on the need to balance the rights of the employee and employer.

* Professeure adjointe, Faculté de droit, section droit civil, Université d'Ottawa. Directrice, Centre de recherche et d'éducation sur les droits de la personne. Je tiens à remercier le professeur Denis Nadeau pour ses précieux commentaires. Il va de soi que les matières contenues dans cet article n'engagent que ma responsabilité personnelle.

© Karen Eltis 2006

Mode de référence : (2006) 51 R.D. McGill 475

To be cited as: (2006) 51 McGill L.J. 475

Introduction	477
I. La situation aux États-Unis : un survol édifiant	483
<i>A. Le cadre juridique</i>	484
<i>B. La rationalité sous-jacente : une histoire redoutable</i>	488
<i>C. Le cadre juridique québécois : la dignité survit au contrat de travail</i>	490
II. La situation au Québec : le respect des droits fondamentaux	493
III. Que peut-on apprendre d'autres juridictions civilistes telles la France ?	496
Conclusion	500

«You have zero privacy. Get over it.»
Sun Microsystems, Inc., Scott McNealy, CEO¹

Introduction

L'affaire Enron, ayant attiré beaucoup d'attention dans les médias, surtout aux États-Unis, tire son origine de la découverte d'un simple courriel rédigé par Nancy Temple, une avocate conseil de l'entreprise Arthur Andersen, menant à la condamnation de l'importante firme comptable. Adressé à son collègue de travail, le courriel révélait l'intention de cette dernière de supprimer quelques mots d'un document qui menaçait d'incriminer la firme². Le fait que ce message courriel ait pu éventuellement mener à un scandale d'une telle ampleur et à la destruction d'un véritable empire³, souligne l'importance croissante de la surveillance du courrier électronique en milieu de travail⁴. Il va sans dire que les employeurs et employés sont de plus en plus préoccupés par la légalité de la surveillance du courrier électronique⁵. Pourtant, notre droit positif, au Québec comme au Canada, demeure quasi-silencieux à ce sujet⁶.

¹ Deborah Radcliff, «A Cry for Privacy : As e-commerce grows, businesses must avoid intruding on the lives of customers — or risk losing them» (17 mai 1999), en ligne : Page d'accueil de Deb Radcliff <<http://www.deb.radcliff.com/clips/clips-cw.htm>>.

² Voir K.C. Goyer, «Nancy Temple's Duty : Professional Responsibility and the Arthur Anderson Verdict» (2004) 18 Geo. J. Legal Ethics 261 à la p. 262 :

After a five-week trial, Andersen was convicted of obstruction of justice, but not because of the document shredding. Instead, the jury focused on Nancy Temple, a member of Andersen's in-house legal department, and an email she sent to David Duncan, the lead partner on the Enron engagement. The email was part of an exchange that took place in October 2001, when Duncan consulted with Temple and several senior Andersen partners after reading Enron's proposed press release. Duncan disagreed with Enron's characterization of the \$1.01 billion charge to earnings as «non-recurring» and raised his concern with Richard Causey, Enron's Chief Accounting Officer. Although Duncan pressed the issue, Causey refused to change the wording and asserted that the release had undergone «normal legal review» [notes omises].

³ À savoir, l'empire Enron.

⁴ Selon une étude du American Management Association, au moins 80% des entreprises américaines surveillent les courriels de leurs employés : American Management Association («AMA»), Communiqué, «More Companies Watching Employees, American Management Association Annual Survey Reports» (18 avril 2001), en ligne : AMA <<http://www.amanet.org/press/amanews/ems2001.htm>>, tel que cité dans Michael Geist «Computer and Email Workplace Surveillance in Canada : A Shift from Reasonable Expectation of Privacy to Reasonable Surveillance» (2003) 82 R. du B. can. 151 à la p. 153.

⁵ Voir aussi Charles Morgan, «Employer Monitoring of Employee Electronic Mail and Internet Use» (1999) 44 R.D. McGill 849.

⁶ Marc-Alexandre Poirier, «Employer Monitoring of the Corporate E-mail System : How Much Privacy Can Employees Reasonably Expect?» (2002) 60 U.T. Fac. L. Rev. 85.

En contrepartie, aux États-Unis, la loi confère aux employeurs le droit presque absolu de surveiller l'utilisation de l'Internet par leurs employés, pourvu qu'ils divulguent cette pratique. S'inspirant de la notion volontariste du «*employment at will*»⁷ selon laquelle l'employé cède ses droits contractuellement en acceptant l'emploi, ainsi qu'en vertu des droits de propriété de l'employeur⁸, les tribunaux américains se concentrent uniquement sur la suffisance de l'avis en question⁹, et non sur le respect des libertés fondamentales, telle la dignité humaine¹⁰. L'approche s'explique par le fait que les droits de la personnalité demeurent inconnus dans le système américain¹¹. Cette conception restreinte des droits des salariés dans le milieu

⁷ Pour une définition plus détaillée de la doctrine, voir Clyde Summers, «Individualism, Collectivism and Autonomy in American Labor Law» (2001) 5 *Employee Rts. & Employment Pol'y J.* 453. Selon Summers : «The contract of employment embodying employment at will may be used by the employer to reach control of the employee's private life, not only at work but also in his activities off the premises outside of working hours. In *Ball v. United Parcel Service*, the employer required all employees to authorize deductions from their pay to the community charity, *United Way ...* » [notes omises] (*ibid.* à la p. 459). Madeleine M. Plasencia, pour sa part, définit la doctrine ainsi : «an employer may dismiss an "at will" employee without notice, "for good reason, bad reason or no reason at all," so long as the proffered reasons for dismissal do not violate random whistleblowing provisions or federal and state anti-discrimination statutes» [notes omises] (Madeleine M. Plasencia, «Employment at Will : The French Experience as Basis for Reform» (1988) 9 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 294 à la p. 294). Selon Ann C. McGinley : «The employment at will doctrine is a doctrine at common law that permits the employer to discharge an employee for any reason or for no reason at all» (Ann C. McGinley, «Rethinking Civil Rights and Employment at Will» (1996) 57 *Ohio St. L.J.* 1443 à la p. 1444, n. 1).

⁸ Voir Roberto Fragale Filho et Mark Jeffery, «Information Technology and Workers' Privacy : Notice and Consent» (2002) 23 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 551 aux pp. 551-52. Les auteurs citent l'arrêt *Forsyth v. McKinney*, 8 N.Y.S. 561 (Sup. Ct. 1890), dans lequel la cour énonce : «It is the right of the employer to establish rules. If a workman, on seeing these rules, is dissatisfied with them, he need not accept the employment. If he accepts it, however, he must obey the rules». Filho et Jeffery notent : «According to this perspective, once employees or candidates have been notified of the "rules"—in our case, of the surveillance [...] they may then decide whether they wish to work under these conditions».

⁹ L'arrêt de principe aux États-Unis est *Smyth v. Pillsbury Co.*, 914 F. Supp. 97 (E.D. Pa. 1996). L'arrêt peut se résumer de la manière suivante : Smyth, un employé de Pillsbury, envoya un message courriel déplacé à son superviseur. Malgré les assurances de l'employeur que les messages courriels étaient confidentiels et qu'ils ne pouvaient pas servir comme raison de licenciement, Smyth fut mis à pied pour avoir transmis un message «déplacé et peu professionnel» [traduction du résumé]. Smyth attaqua cette décision, plaidant qu'elle violait l'ordre public ainsi que son droit au respect de sa vie privé. La cour a rejeté cet argument, raisonnant que le salarié était *at will* et qu'il n'avait donc pas d'attente légitime au respect de sa vie privée alors qu'il communiquait par l'entremise de l'Internet appartenant à la société Pillsbury. Voir aussi *Garrity v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, [2002] U.S. Dist. LEXIS 8343 (D. Mass.) (Lexis). Voir aussi Matthew W. Finkin, «Information Technology and Workers' Privacy : The United States Law» (2001-2002) 23 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 471 [Finkin, «Information Technology»].

¹⁰ Lawrence E. Rothstein, «Privacy or Dignity? : Electronic Monitoring in the Workplace» (2000) 19 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 379 ; Summers, *supra* note 7.

¹¹ Voir la partie II, ci-dessous.

de travail émane d'une approche libérale classique au droit à la vie privée basée sur la propriété¹² et sur le pur volontarisme.

Mais pourquoi s'intéresser à la jurisprudence américaine? Compte tenu du fait que ce sujet controversé ne connaît pas de frontières, et plus généralement de l'internationalisation du droit, l'approche américaine risque de nous influencer. De plus, en l'absence d'un droit positif québécois plus élaboré traitant de la surveillance électronique dans le milieu du travail, les tribunaux québécois centrent leur analyse dans ce domaine sur le droit américain (si ce n'est qu'inconsciemment), et ce même lorsque ce droit se prête mal à notre tradition juridique¹³. C'est à ce phénomène que cette étude est consacrée.

Les tribunaux canadiens, pour leur part, semblent se rallier de plus en plus à une logique de la vie privée basée sur la propriété, aux dépens de la dignité des salariés¹⁴. Cette tendance est d'autant plus inquiétante au Québec, car la logique empruntée aux tribunaux américains est étrangère à la tradition civiliste, qui, pour sa part, impose une distinction conceptuelle entre la personne et la propriété¹⁵. Cette dérive vers une interprétation restreinte du droit au respect de la vie privée des salariés, qui repose sur les principes de la propriété et de la subordination contractuelle¹⁶, est reflétée dans l'arrêt de principe *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*¹⁷. Prononcée par la Cour d'appel du Québec en 1999, la décision reconnaît le droit des employeurs de surveiller leurs employés, même dans certains aspects de leur vie privée, pourvu qu'ils aient des «motifs sérieux» pour le faire¹⁸. Ainsi, le droit québécois semble avoir succombé à la conception étroite des droits des salariés dans le milieu de travail qui domine chez nos voisins.

¹² Voir la discussion à ce sujet à la p. 488, ci-dessous.

¹³ Selon le professeur Popovici : «Encore qu'il ne faille pas succomber au mythe de la pureté du droit civil québécois et prendre conscience que le droit civil québécois est métissé ou, en partie, hybride» (Adrian Popovici, «Le rôle de la Cour suprême en droit civil» (2000) 34 R.J.T. 610 à la p. 614 [Popovici, «Le rôle de la Cour suprême»]).

¹⁴ Voir Morgan, *supra* note 5 ; voir également Karen Eltis, «The Emerging Approach to E-mail Privacy in the Workplace : Its Influence on Developing Caselaw in Canada and Israel : Should Others Follow Suit?» (2004) 24 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 487.

¹⁵ Eric H. Reiter, «Personality and Patrimony : Comparative Perspectives on the Right to One's Image» (2002) 76 Tul. L. Rev. 673.

¹⁶ Voir la partie I, ci-dessous.

¹⁷ [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.) [*Bridgestone/Firestone*].

¹⁸ *Ibid.* à la p. 2243. L'employeur doit donc avoir des motifs raisonnables de croire que son employé manque à son obligation de loyauté pour le faire surveiller. Dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*, l'employeur de M. Breault avait engagé un enquêteur privé pour procéder à la filature de ce dernier, qui était en congé de maladie à la suite d'un accident de travail. L'enquêteur devait surveiller les mouvements de l'employé avec une caméra vidéo, afin de s'assurer que ce dernier souffrait réellement de certains maux. Lorsque les caméras ont démontré que l'employé feignait d'avoir des douleurs à la hanche, il a été congédié pour manque de loyauté. La Cour d'appel a confirmé cette décision, toujours à la p. 2243, en affirmant qu'«en l'espèce, comme l'a conclu l'arbitre, ces garanties fondamentales de protection de la vie privée n'étaient pas violées». Pour un résumé plus détaillé de l'affaire

Comme l'expliquent les professeurs Benyekhlef et Trudel dans leur critique de ce même arrêt, le droit à la vie privée, tel qu'interprété par la Cour d'appel,

ne va pas jusqu'à nous protéger de la surveillance clandestine de notre employeur même si une telle surveillance peut entraîner de graves conséquences. Il suffit, dit la Cour d'appel du Québec, que l'employeur ait quelque raison sérieuse pour procéder à une telle surveillance pour en avoir le droit. Quelles sont ces raisons sérieuses? La Cour précise que l'employeur a toujours un intérêt sérieux à s'assurer de la loyauté et de l'exécution correcte par l'employé de ses obligations¹⁹.

Et tout cela en l'absence de sauvegardes semblables à celles réservées contre des intrusions étatiques. Ainsi, toujours selon Benyekhlef et Trudel :

Une telle surveillance, lorsqu'il s'agit de personnes soupçonnées d'actes criminels, est assujettie à des procédures strictes de contrôle (délivrance d'un mandat par un juge de paix). Ce fait ne semble pas avoir ému nos tribunaux, ni la Commission des droits de la personne du Québec qui, malheureusement, montre une tendance préoccupante, voire fâcheuse, à choisir les droits qu'elle accepte de défendre [...] [L']État n'est plus le Léviathan liberticide décrit par les philosophes, c'est l'employeur qui, à la suite de cette interprétation à courte vue de nos tribunaux, devient la principale menace à nos droits et libertés. Ce dernier peut impunément se livrer à des exercices de contrôle et de surveillance des personnes qui, s'ils étaient exercés par l'État, constitueraient des atteintes aux droits et libertés dénoncées par tous et, sans aucun doute, censurées par les tribunaux²⁰.

Pour emprunter les mots du professeur Glenn, utilisés dans le contexte des recours collectifs, cette vision est incompatible avec le droit civil, proprement compris, «mais serait par contre le produit d'une autre conception de la procédure [...], qui est celle de la common law, du moins dans sa version nord-américaine»²¹. On ne peut manquer de constater ici qu'il s'agit d'une conception qui relègue la dignité en périphérie. Comme cette étude espère démontrer, non seulement ce modèle s'applique-t-il difficilement à la culture juridique québécoise, mais il peut s'avérer nuisible à celle-ci.

En effet, tel qu'exposé à la partie III de cette étude, l'arrêt *Bridgestone/Firestone*, conditionné par le discours d'«attentes raisonnables» typique à la *common law*²², se distingue nettement de sa contrepartie en France qui, pour sa part, préconise une définition large du droit des salariés au respect de leur vie privée face à leur employeur²³. À notre avis, cette dernière approche devrait prévaloir au Québec.

Bridgestone/Firestone, voir Benoît Pelletier, «Droit constitutionnel : la protection de la vie privée au Canada» (2001) 35 R.J.T. 485.

¹⁹ Karim Benyekhlef et Pierre Trudel, «Une décision surprenante» *La Presse [de Montréal]* (16 septembre 1999) B3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ H. Patrick Glenn, «Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale» (1998-1999) 29 R.D.U.S. 39 à la p. 45.

²² Voir partie II, ci-dessous.

²³ Cass. soc., 2 octobre 2001, *Société Nikon France SA*, Bull. Civ. 2001, [*Nikon*].

À cet égard, et compte tenu de l'influence historique de la *common law* sur le développement de la jurisprudence québécoise²⁴, la préoccupation essentielle commandant ce texte est la suivante : de dénoncer la conception restreinte du droit au respect de la vie privée, basée sur la propriété et évaluée selon les «attentes raisonnables», et de montrer qu'elle se prête mal à la culture juridique québécoise.

Plusieurs arguments peuvent être avancés pour soutenir ce postulat. Premièrement, cette approche restreinte, axée sur la conception subjective des attentes raisonnables, est étrangère aux prémisses de base de la pensée civiliste et de son raisonnement. Ce raisonnement prône une approche objective aux droits, tout en rejetant l'approche fonctionnelle favorisée en *common law*²⁵, qui ne reconnaît pas l'idée d'un droit subjectif²⁶.

Dans le même ordre d'idées, précisons que dans un système de droit civil, le droit à la vie privée ne se limite pas aux intérêts des individus ni au volontarisme contractuel. Au contraire, il est compris comme ayant une valeur sociale importante dont l'État est garant, comme le lecteur pourra constater dans le troisième volet de cet article. De plus, les droits fondamentaux prennent une importance croissante en droit privé²⁷. En un mot, le discours des droits vient s'inscrire dans le droit des contrats et dans les relations de travail, contrairement au pur volontarisme qui caractérise l'approche américaine. Par conséquent, un simple avis aux employés de la surveillance mise en place ne peut satisfaire les impératifs de la dignité selon la rationalité inspirant la tradition civiliste.

²⁴ Voir Popovici, «Le rôle de la Cour suprême», *supra* note 13 aux pp. 611-12. Popovici parle de «contamination» du droit civil :

Traditionnellement — et il y a d'excellents écrits là-dessus — les civilistes ont fait divers reproches à la Cour suprême, visant tant sa composition (six “*common lawyers*” et trois civilistes mais, pour les causes de droit civil provenant du Québec, les bancs sont, en principe, de cinq, dont trois juges québécois) que sa mission uniformatrice des dix droits provinciaux, cette uniformisation penchant plutôt du côté du plus fort en nombre [notes omises].

Popovici cite : Pierre Azard, «La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec» (1965) 43 R. du B. can. 553 ; Jean-Louis Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975) 53 R. du B. can. 715 ; Reynald Boulton, «Aspects des rapports entre le droit civil et la “*common law*” dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada» (1975) 53 R. du B. can. 738 ; Ernest Caparros, «La Cour suprême et le Code civil» dans Gérald-A. Beaudoin, dir., *La Cour suprême du Canada : Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 107 ; Jean-Louis Baudouin, «La Cour suprême et le droit civil québécois : un bilan, un constat, une prospective» dans Gérald-A. Beaudoin, dir., *La Cour suprême du Canada : Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 125 ; Charles D. Gonthier, «L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Montréal, Journées Maximilien-Caron, 1990, 4 ; Pierre-Gabriel Jobin, «La Cour suprême et la réforme du Code civil» (2000) 79 R. du B. can. 27.

²⁵ À titre d'illustration, voir la décision de la Cour suprême, *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 138 D.L.R. (4^e) 577.

²⁶ Voir les parties II et III, ci-dessous.

²⁷ En France aussi bien qu'au Québec. Voir la *Loi n° 91646 du 10 juillet 1991*, J.O., 13 juillet 1991.

Or, une conceptualisation du droit au respect de la vie privée qui puise sa source dans la propriété et qui se mesure par les attentes raisonnables de la prétendue victime aura pour effet d'exclure les plus vulnérables de notre société, principalement dans le milieu de travail. Ceci ne signifie pas pour autant qu'il faut renoncer à toute surveillance en milieu de travail lorsque celle-ci s'avère nécessaire. Bien que restreinte, cette possibilité demeure ouverte en France, suite à l'arrêt *Nikon*²⁸, pourvu que des conditions strictes, ayant trait à la proportionnalité, soient respectées²⁹.

Quelle que puisse être la réponse québécoise à ces questions, il nous semble raisonnable d'affirmer qu'une approche qui est propre au droit civil québécois serait préférable à celle du droit américain et éviterait de dénaturer le raisonnement civiliste essentiel à la tradition juridique québécoise. D'ailleurs, ce raisonnement s'avère de plus en plus pertinent à la question de la surveillance électronique en milieu de travail.

Compte tenu de l'impact des moyens sophistiqués de surveillance électronique sur le droit au respect de la vie privée, cette consécration, dont la finalité est théorique³⁰, se penchera brièvement dans un premier temps sur le cadre juridique pertinent à la surveillance des courriels des salariés aux États-Unis et insistera surtout sur ses racines historiques et la rationalité sous-jacente qui l'anime³¹. Dans un deuxième temps, il s'attardera au cadre juridique québécois en la matière, sur l'étendue de la protection qu'octroie notre droit au respect de la vie privée des employés, et plus particulièrement sur l'examen de la culture juridique québécoise, axée sur la dignité et colorée par le discours des droits fondamentaux. Répétons que cet article n'a d'aucune façon la prétention de résumer le droit canadien de manière détaillée ou de faire le tour de l'ensemble des problèmes soulevés par la surveillance électronique des courriels en milieu de travail. Son objectif est plus modeste, à savoir, de s'attarder sur l'aspect théorique du cadre juridique soulignant la rationalité sous-jacente du raisonnement civiliste en la matière et sur la pertinence croissante du discours des libertés publiques en droit du travail.

Ayant constaté l'incompatibilité entre les sources qui nourrissent la conceptualisation de cette problématique en droit américain et le raisonnement civiliste, l'article invite ensuite les tribunaux québécois à refuser de succomber à cette approche dite volontariste au droit à la vie privée en milieu du travail. De ce fait, dans un troisième temps, ce texte s'interrogera sur la pertinence d'un modèle juridique alternatif pour nos fins, à savoir, le modèle français. Puisque «la sauvegarde de l'intégrité du droit civil constitue un thème dominant de la pensée juridique

²⁸ *Supra* note 23.

²⁹ Ces conditions sont expliquées de manière plus détaillée dans la partie II, ci-dessous.

³⁰ Et non du droit positif (dit «black letter law»).

³¹ Plutôt que sur le droit positif. Pour une analyse profonde du droit américain à cet égard, voir Geist, *supra* note 4.

traditionnelle au Québec»³², la manière dont d'autres cultures civilistes, particulièrement la France — d'où notre propre droit puise ses sources — ont choisi d'aborder ce même défi mérite un intérêt particulier.

Or, il semble que notre tradition juridique, vouée à la justice sociale plutôt qu'au contractualisme non qualifié³³, se prête mieux à l'approche française, en l'espèce assise sur la dignité de l'employé et sur le juste équilibre entre ses droits et ceux des employeurs. En effet, alors qu'aux États-Unis il incombe au salarié de prouver la violation de ses droits, en France, l'employeur est tenu de justifier toute surveillance en démontrant qu'elle est raisonnablement liée à ses intérêts et proportionnelle à ceux-ci³⁴. Ne vaudrait-il donc pas mieux repenser la glissade du droit québécois vers le courant américain, tel qu'illustré par l'arrêt *Bridgestone/Firestone* et adopter cette dernière approche? Le cadre juridique québécois semble nous répondre par l'affirmative.

I. La situation aux États-Unis : un survol édifiant³⁵

Bien que la jurisprudence américaine à ce sujet soit encore dans son enfance et continue à se développer rapidement, il en demeure que les tribunaux de ce pays ont généralement tendance à reconnaître le droit de l'employeur de surveiller les courriels de ses employés³⁶, pourvu que l'ordinateur et le serveur appartiennent à (ou soient fournis par) ce dernier³⁷. Comme nous l'explique Pierre-Lucas Thirion :

Le droit du salarié «at will», de source constitutionnelle ou de common law, disparaît dès lors que celui-ci utilise le réseau interne de la société pour envoyer des courriers personnels. Cette solution se base sur le lien très faible (*at will employee*) entre la société et le salarié, et le juge considère implicitement que la

³² Sylvio Normand, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil» (1986-1987) 32 R.D. McGill 559 à la p. 559 (résumé).

³³ Jean-François Niort, «Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau *Code civil du Québec* de 1994» (1994) 39 R.D. McGill 845 ; Danielle Pinard, «Les dix ans de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions» (1992) 24 R.D. Ottawa 193.

³⁴ Voir la partie III, ci-dessous. Christophe Vigneau souligne cette difficulté dans son article intitulé «Information Technology and Workers' Privacy : The French Law» (2002) 23 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 351 aux pp. 351–52. Il fait référence aux nouveaux aspects de la subordination, notant que les nouvelles technologies font abstraction de la distinction entre nos vies privées et professionnelles : «New technologies blur the frontier between professional and private lives [thus creating] new faces of subordination». Il cite à cet effet Alain Supiot, «Les nouveaux visages de la subordination» (2000) 2 Dr. social 131.

³⁵ Pour une discussion plus poussée, voir Finkin, «Information Technology», *supra* note 9.

³⁶ Ainsi que l'utilisation que ces derniers font de l'Internet.

³⁷ Sujet à quelques exceptions, énumérées par Geist, *supra* note 4.

société est propriétaire du contenu de l'ordinateur et dispose donc d'un droit de regard sur ces informations³⁸.

Précisons que la logique soutenant cette idée se résume ainsi : (1) l'employé qui utilise des outils de communication appartenant à l'employeur (ou fournis par ce dernier) ne peut avoir d'attente raisonnable quant au caractère privé de cette information face à son employeur ; (2) le fait que l'employeur soit propriétaire des outils de travail (ordinateur, serveur etc.) lui donne le droit quasi-absolu de surveiller les utilisateurs de ses biens à sa façon³⁹. De prime abord, cette analyse juridique assez technique s'inspire de l'idéologie individualiste libérale qui caractérise le droit du travail américain. Née du libéralisme économique classique et fondée théoriquement sur une philosophie individualiste libérale, cette pensée privilégie la subordination «volontaire» des salariés, qui sont des fournisseurs de services et non des individus en mesure de revendiquer des droits auxquels ils ont renoncé en acceptant l'emploi — du moins face à leur employeur. Donc en principe, durant les heures de travail, les employés ne bénéficient d'aucune protection de leur personnalité juridique et des droits qui en découlent face à leur employeur⁴⁰.

A. Le cadre juridique

En ce qui a trait spécifiquement à la surveillance des courriels, le niveau de protection dont bénéficie un salarié dépendra de l'origine de l'intrusion. S'il s'agit du gouvernement, le quatrième amendement de la Constitution américaine protégeant tout individu contre les «fouilles déraisonnables» s'appliquera⁴¹. Cela dit, la protection constitutionnelle octroyée en milieu de travail s'est avérée bien faible⁴², car seule l'interception dite déraisonnable des courriels est sanctionnée. Comme ce texte le souligne, il est rare qu'un employé ne puisse s'attendre raisonnablement à ce qu'on lise ses courriels, à condition que l'employeur ait énoncé une politique à cet égard — bien que générale — afin de le prévenir. Il est important de préciser que seuls les employés du gouvernement peuvent invoquer cette maigre sauvegarde constitutionnelle⁴³.

³⁸ Pierre-Lucas Thirion, «Le droit du salarié au respect de sa vie privée (comparaison France/Etats-Unis)» (2003) 3:1 Global Jurist Topics aux pp. 28-29.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Voir Summers, *supra* note 7 à la p. 458 : «employees, while at work, have nearly no legal protection of personality, the right to assert who they are or what they believe, even though the employer's interest is minimal or non-existent».

⁴¹ U.S. Const. amend. IV.

⁴² Notons que même les employés du secteur public ont eu peu de succès, comme l'indiquent, à titre d'exemple, les arrêts suivants : *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987) ; *Kelleher v. City of Reading*, [2002] U.S. Dist. LEXIS 9408 (E.D. Pa.) (Lexis).

⁴³ *O'Connor v. Ortega*, *ibid.* à la p. 715 (le quatrième amendement s'applique aux fouilles faites par les employeurs du secteur public) ; *Simmons v. Southwestern Bell Tel. Co.*, 452 F. Supp. 392 aux pp. 394-95 (W.D. Okla. 1978), conf. par 611 F.2d 342 (10^e Cir. 1979) (il existe seulement une protection contre les intrusions gouvernementales dans la vie privée).

De plus grande pertinence pour les fins de cette discussion est la protection octroyée aux employés du secteur privé (c'est-à-dire à la grande majorité des salariés sur le marché du travail). Tout d'abord, le premier titre du *Electronic Communications Privacy Act*⁴⁴, une loi d'application générale, défend l'interception des communications électroniques privées ou la divulgation du contenu de communications interceptées illicitement⁴⁵.

Cet énoncé général est toutefois assujéti à deux exceptions importantes, qui ont pour effet d'affaiblir le niveau de protection accordé, surtout en milieu du travail. Premièrement, le consentement d'une des parties à la communication (soit explicite ou implicite) a pour effet d'excuser l'intrusion défendue par cette loi⁴⁶. Cela est d'autant plus saillant dans le milieu du travail compte tenu du caractère suspect que prend le consentement dans ce contexte, à la lumière des rapports de pouvoir entre employeurs et employés. L'accent mis sur le consentement reflète sans doute un volontarisme classique et une vision purement contractuelle des relations de travail. Contrairement à l'exception du consentement, qui, elle, fait abstraction du contexte (d'où la critique), la deuxième exception prévue par l'*ECPA* vise le monde des affaires comme son nom «business use exception»⁴⁷ l'indique. Cette exception s'applique lorsque l'agent d'un fournisseur de serveur intercepte une communication dans l'exercice de ses fonctions, au cours d'une activité nécessairement incidente à ses fonctions⁴⁸. Ainsi, pourvu que (1) l'employeur soit le fournisseur du service de courriel⁴⁹, et que (2) la surveillance ait lieu dans le cours normal de l'emploi — ce qui est généralement le cas — l'employeur est libre d'intercepter les courriels de ses employés sans entrave.

Les deux exceptions jouissent donc d'une interprétation très large dans le milieu de travail⁵⁰. Or, la jurisprudence ayant trait à l'*ECPA* est quasi-unanime⁵¹ : les

⁴⁴ 18 U.S.C. § 2510 (2000) [*ECPA*]. Voir aussi *Steve Jackson Games, Inc. v. U.S. Secret Service*, 36 F.3d 457 à la p. 461 (5^e Cir. 1994) [*Steve Jackson Games*].

⁴⁵ *ECPA*, *ibid.*, § 2511.

⁴⁶ Voir *ibid.*, §§ 2511(2)(d) 2701(c)(1)-(2) (2000).

⁴⁷ *Ibid.*, § 2510(5)(a) (2000). Pour une discussion de cette exception, voir par ex. *Restuccia v. Burk Tech. Inc.* (1996) Mass. Super. LEXIS 367 [*Restuccia*] ; Kathleen A. Kedigh, «Employee Misconduct Investigations : Getting to the Truth Without Getting into Trouble» (2005) 61 J. Mo. B. 82 à la p. 85.

⁴⁸ Selon l'article en question, il n'est pas contraire à la loi pour un agent d'un pourvoyeur de services de communication électroniques «[to] intercept, disclose or use that communication in the normal course of his employment while engaged in any activity which is necessarily incident to the rendition of his service or to the protection of the rights or property of the provider of that service [...]» (*ibid.*, §2511(2)(a)(i)).

⁴⁹ Voir l'exception dite «provider exception» (l'exception qui a trait au fournisseur de services) : *Ibid.* Pour une discussion plus poussée, voir Kedigh, *supra* note 47 et Meir S. Hornung, «Think Before You Type : A Look at Email Privacy in the Workplace» (2005) 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. 115.

⁵⁰ Voir Geist, *supra* note 4. Voir aussi *McClaren v. Microsoft Corp.*, [1999] Tex. App. LEXIS 4103 (Ct. App. 5th Dist.) (Lexis) [*McClaren*] (statuant qu'un employé ne peut avoir aucune attente au droit au respect de sa vie privée face à son employeur alors que celui-ci est propriétaire du système de

employeurs ont le droit de surveiller et d'intercepter les courriels de leurs employés — avec ou sans leur consentement explicite, et parfois sans même les en avertir explicitement⁵². Comme l'explique Jay P. Kesan : «Once an employer meets an exception, the [ECPA] places no restrictions on the manner and extent of monitoring, nor does it require that an employer notify employees of monitoring»⁵³.

Soulignons encore que cette interprétation peu favorable à l'employé découle de la notion volontariste du *employment at will*, reconnaissant des pouvoirs presque illimités aux employeurs en vertu de leur statut de propriétaire et du contrat de travail. C'est bien cette vision qui anime la perspective américaine des relations de travail⁵⁴.

De plus, notons que la portée de la défense offerte par l'ECPA dans le milieu de travail est très limitée puisqu'elle ne s'applique que lorsque l'interception se fait en même temps que la transmission⁵⁵ (ce qui n'est presque jamais le cas en ce qui concerne les courriels qui sont d'abord emmagasinés et acquis par la suite).

Outre l'ECPA, la responsabilité civile ou *tort law* se veut pertinente en l'espèce⁵⁶. Plus spécifiquement, l'employé peut invoquer le *tort* d'invasion de la vie privée dans

courriel) ; *Leventhal v. Knapek*, 266 F.3d 64 (2^e Cir. 2001) (impliquant une agence gouvernementale, suscitant ainsi l'application du quatrième amendement). Notons que Geist soulève plusieurs exceptions selon lesquelles un employé peut bien s'attendre à un certain respect de sa vie privée, surtout lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'un ordinateur portable. C'est le cas dans l'arrêt *Muick v. Glenayre Electronics*, 280 F.3d 741 (7^e Cir. 2002).

⁵¹ Sujet à quelques exceptions soulignées par Geist, qui maintient que la jurisprudence américaine est en train d'évoluer de manière à reconnaître certains droits au respect de la vie privée du salarié (*supra* note 4).

⁵² Les tribunaux sont virtuellement unanimes à statuer que les employeurs peuvent surveiller leurs salariés même sans le consentement explicite de ces derniers. Voir Joan T.A. Gabel et Nancy R. Mansfield, «The Information Revolution and Its Impact on the Employment Relationship : An Analysis of the Cyberspace Workplace» (2003) 40 Am. Bus. L.J. 301 (citant l'arrêt *Smyth v. Pillsbury Co.*, *supra* note 9, tranchant en faveur d'un employeur qui avait intercepté le courriel de son employé pour ensuite le congédier). Voir aussi *Restuccia*, *supra* note 47. Selon le tribunal, un système de «back-up» qui emmagasinait automatiquement les courriels des employés était permmissible : «type of permissible interception contemplated by the “ordinary course of business” exemption» (*ibid.* à la p. 5) ; *McLaren*, *supra* note 50 (statuant que les messages courriels emmagasinés dans l'ordinateur appartenant à la compagnie n'appartenaient pas à l'employé mais étaient «merely an inherent part of the office equipment»).

⁵³ Christopher S. Miller et Brian D. Poe, «Employment Law Implications in the Control and Monitoring of E-mail Systems» (1997) 6 U. Miami Bus. L. Rev. 95 à la p. 101. Qui plus est : «As a general matter, most commentators agree that, in view of the breadth of the exceptions and provided that companies adopt comprehensive e-mail policies, it will be difficult for employees to obtain recourse against their employers under the ECPA» (Peter Brown, «Policies for Corporate Internet and E-mail Use» dans *Third Annual Internet Law Institute*, PLI Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course, Handbook Series No. GO-0015, 1999) à la p. 648.

⁵⁴ Voir Rothstein, *supra* note 10.

⁵⁵ *Steve Jackson Games*, *supra* note 44.

⁵⁶ *Restatement (Second) of the Law of Torts* § 652A (1977).

ce contexte⁵⁷. Pour réussir, l'intéressé doit prouver que l'intrusion en question s'est faite dans son espace privé, que cette intrusion est déraisonnable (aspect subjectif), et que ce genre d'intrusion serait choquant aux yeux de la personne raisonnable (volet objectif)⁵⁸. Encore une fois, le consentement de l'employé — souvent présumé en raison de l'existence même du lien de subordination — constitue une défense valide qui bénéficie généralement d'une interprétation très généreuse⁵⁹. Pour avoir gain de cause, l'employé doit démontrer qu'il a une attente raisonnable de protection de la vie privée autant subjective qu'objective⁶⁰.

Seulement, l'arrêt clé en la matière, *Smyth c. Pillsbury Co.*, nous apprend que les salariés — à l'inverse de la population en général — n'ont aucune attente raisonnable de la protection de leurs droits à la vie privée au travail. Selon la cour, «aucune personne raisonnable ne pourrait considérer l'interception de ses communications comme étant une intrusion qui porterait atteinte à sa vie privée» dans ce milieu [notre traduction]⁶¹.

Contrairement à l'approche française, décrite dans la troisième partie de ce texte, le droit américain permet donc aux employeurs de surveiller les courriels de leurs employés presque sans entrave. Comme l'explique le professeur Finkin,

[American] law licenses employers to monitor their employees' computer utilization with impunity ; it requires no calibration of the monitoring against the reason given to justify it, save when the message is actually «intercepted». Employers are thus free to intrude to greater extent than circumstances would justify ...⁶².

Cette approche provient tant de la culture juridique américaine que de ses origines dans l'ancienne *common law* qui permettait à l'employeur de jouir de pouvoirs quasi-absolus : «the law accords the employer near plenary power to govern the workplace ;

⁵⁷ Pour une discussion plus poussée à ce sujet voir Gabel et Mansfield, *supra* note 52. Ces auteurs définissent le *tort* (la faute) en espèce de la manière suivante : «The tort of intrusion on seclusion consists of intrusion into a matter in which the employee has privacy (i.e., the employer has no legitimate interest) and by means that would be objectionable to a reasonable person» (*ibid.* à la p. 313).

⁵⁸ Il s'agit donc d'une intrusion dite «très offensive» selon la personne raisonnable.

⁵⁹ Le problème de l'évolution du droit en *common law* en ce qui a trait aux nouvelles technologies a été exprimé comme suit : «The necessary consensus about how community members process and share personal data in cyberspace cannot be left to emerge slowly over time through the tools of tort law and the push and pull of litigants, judges, and juries» (Paul Schwartz, «Privacy and Democracy in Cyberspace» (1999) 52 Vand. L. Rev. 1607 à la p. 1669).

⁶⁰ Pour une analyse détaillée de l'état de la jurisprudence, voir Eric P. Robinson, «Big Brother or Modern Management : Email Monitoring in the Private Workplace» (2001-2002) 17 Lab. Law. 311.

⁶¹ *Smyth v. Pillsbury Co.*, *supra* note 9 à la p. 101. Notons que cet arrêt est assez particulier puisque le courriel en question fut envoyé au superviseur du salarié en question, détruisant ainsi tout argument portant sur l'attente raisonnable au respect du droit à la vie privée.

⁶² Finkin, «Information Technology», *supra* note 9 à la p. 476. Contrairement à la France, où le droit est plus exigeant, nécessitant la satisfaction de critères additionnels, soit la proportionnalité et la pertinence : voir la partie III, ci-dessous.

in fact, to govern the worker»⁶³. Si le salarié utilise à des fins personnelles les moyens techniques mis à sa disposition par l'employeur, il renonce effectivement à presque tout droit au respect de sa vie privée pour ce qui est du contenu de ses messages.

B. La rationalité sous-jacente : une histoire redoutable

Afin de mieux comprendre la conception étroite du droit au respect de la vie privée des salariés américains, nous croyons utile de nous attarder momentanément sur les sources historiques de ce droit en *common law*. Le droit au respect de la vie privée fut d'abord reconnu en Grande-Bretagne, découlant directement du droit à la propriété. Le fameux dicton «*the house of every one is to him as his castle*», fut prononcé par la Chambre des Lords pour illustrer la provenance du droit — à savoir, la propriété. À l'époque, il apparaissait illégitime pour un juge de s'immiscer dans la demeure d'un propriétaire, car ce dernier était jugé maître chez lui.

Ce n'est donc pas surprenant qu'en Angleterre (et ainsi en *common law* généralement) le droit à la vie privée naquit dans le contexte du *trespass* (entrée non autorisée) — une infraction basée sur un acte d'autrui. Il n'est aussi pas surprenant qu'en *common law* le droit au respect de la vie privée est intimement lié au droit à la propriété⁶⁴. En un mot, la propriété et le droit au respect de la vie privée vont de pair.

Manifestement, cet aperçu historique nous éclaire sur les racines du discours américain contemporain qui, on l'a vu, assimile le droit au respect de la vie privée au droit à la propriété. Transposée à la surveillance du courrier électronique en milieu de travail, cette logique sert à nier le droit au respect de la vie privée des employés en ce qui concerne leurs messages courriels lorsque le serveur et logiciel appartiennent à ou dépendent du financement de leur employeur⁶⁵.

L'application de ce raisonnement se veut problématique dans le milieu de travail contemporain. Cela présuppose que l'employé n'a aucun droit — ou presque — au contenu de ses courriels puisqu'ils appartiennent à son employeur. Ce refus de séparer la propriété de la vie privée risque d'avoir des ramifications assez périlleuses du point de vue socio-économique, laissant entendre que seuls les propriétaires ont droit au respect de leur vie privée, comme d'antan. De plus, cette vision peut servir à légitimer des rapports de force parfois lésionnaires en milieu de travail.

Selon la doctrine précitée du *employment at will*, l'employé renonce à la plupart de ses droits face à son employeur en signant le contrat de travail :

⁶³ Dans une optique générale, voir Matthew W. Finkin, «*Menschenbild : The Conception of the Employee as a Person in Western Law*» (2001-2002) 23 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 577. De manière significative, Finkin note la distinction importante entre l'approche traditionnelle en *common law* et celle du droit civil en termes de la conception de l'humanité de l'employé.

⁶⁴ Encore en 1996, dans l'arrêt *R. v. Brown*, [1996] A.C. 543 à la p. 557 (H.L.), le Lord Hoffman a fait le commentaire suivant : «English common law does not know a general right of privacy and Parliament has been reluctant to enact one».

⁶⁵ Pour une discussion plus poussée des facteurs historiques, voir Morgan, *supra* note 5.

au contraire de la France, les Etats-Unis ne disposent pas d'un réel droit du travail — ensemble de normes impératives régissant la relation employeur/salarié —, aussi la relation de travail se règle-t-elle par le jeu du contrat de travail [...] ⁶⁶.

Cette construction empêche forcément une interprétation généreuse du droit au respect de la vie privée, basée sur la dignité, dans ce système juridique. Compte tenu de cette approche, il est très difficile de faire reconnaître le droit de l'employé au contenu de ses courriels, alors que l'ordinateur et le serveur appartiennent à son employeur. Bref, aux États-Unis, «lorsqu'un employé aliène sa capacité de travailler, il aliène également certains aspects de sa personnalité et les place sous le contrôle de son employeur» [notre traduction]⁶⁷.

Cette approche très individualiste n'est aucunement compatible avec un système juridique civiliste tel le nôtre, dont la priorité est de protéger les droits des plus vulnérables, même dans la sphère dite «privée», et cela en raison des défaillances du marché. Comme nous le verrons, cette approche sociale, nourrie par les valeurs de dignité, reflète une meilleure compréhension de l'inégalité des rapports de pouvoir dans le milieu de travail⁶⁸ — une inégalité qui a l'effet de vicier toute renonciation de certains droits fondamentaux.

D'autre part, le droit à la vie privée dans les pays de droit civil est réputé être un droit extrapatrimonial, relié à la personnalité et non à la propriété. En fait, il s'agit d'un droit inaliénable⁶⁹, ayant trait à l'autonomie morale et à la dignité⁷⁰. La dignité, pour sa part, est couronnée la valeur primordiale dans la hiérarchie des valeurs de plusieurs constitutions de pays civilistes⁷¹.

⁶⁶ Thirion, *supra* note 38 à la p. 26.

⁶⁷ Rothstein, *supra* note 10 à la p. 382.

⁶⁸ Voir Jeremy deBeer, «Employee Privacy : The Need for Comprehensive Protection» (2003) 66 Sask. L. Rev. 383.

⁶⁹ Popovici, «Le rôle de la Cour suprême», *supra* note 13.

⁷⁰ En France et en Italie, par exemple, l'employeur est tenu d'aviser l'employé de toute surveillance et cette dernière doit être directement reliée aux fonctions de l'employé, c'est-à-dire doit être nécessaire. De plus, la surveillance en question doit être proportionnelle aux besoins de l'employeur, tant par rapport à sa nature qu'à son intensité. Cette approche reconnaît le chevauchement croissant entre la vie dite privée et professionnelle des salariés contemporains. En d'autres termes, puisque les gens ont tendance à passer de plus en plus de temps au travail, il est inévitable que quelques activités dont le caractère est essentiellement personnel se faussent au cours de la journée. Par ailleurs, cette vision reconnaît que bien qu'un salarié se subordonne à son employeur durant les heures de travail, cette subordination se limite à la performance de ses fonctions. Autrement dit, l'employé vend ses services à l'employeur et rien de plus car son autonomie ne peut être vendue. Voir Rothstein, *supra* note 10.

⁷¹ En Allemagne par exemple. Voir le premier article de la constitution allemande *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23 mai 1949, tel qu'amendée le 23 septembre 1990, qui énonce un droit positif à la protection de la dignité : «Article 1 (Protection de la dignité humaine). (1) La dignité humaine est inviolable. Il incombe à l'État de la protéger» [traduction]. L'état a donc un devoir positif

C. Le cadre juridique québécois : la dignité survit au contrat de travail

La vision des relations de travail au Québec se veut distincte de celle de la doctrine américaine du *employment at will*, qui, en principe, permet à l'employeur de congédier ses subordonnés selon ses caprices. À l'inverse de cette doctrine, l'article 2091 C.c.Q. énonce le droit du salarié à un délai-congé ou à un préavis antérieurement à la résiliation du contrat de travail, qui, selon l'article 2094 C.c.Q., doit se faire en raison d'un motif sérieux et pour une cause juste et suffisante. Ainsi, loin de reconnaître la souveraineté absolue de l'employeur quant au congédiement de ses salariés, le *Code civil du Québec* énonce plusieurs restrictions ayant pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire de ce dernier et de maintenir les droits inaliénables de ses employés, à la lumière des rapports de pouvoir délicats en relations de travail⁷².

Le *Code civil* insiste sur la protection des libertés et des droits fondamentaux en milieu de travail. Assurément, le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental au Québec, reconnu tant par le *Code civil* que par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷³. En conséquence, le *Code civil* dispose à l'article 3 que «[t]oute 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» [nos italiques]. Les articles 35 et 36 C.c.Q., pour leur part, interdisent toute atteinte à la vie privée. Ainsi, l'article 35 C.c.Q. énonce le droit de toute personne au respect de sa vie privée : «Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise». L'article 36 du C.c.Q., de son côté, énumère les différentes formes que peuvent prendre les atteintes prohibées. Les exemples suivants portent un intérêt particulier : «2. Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée ; [...] 4. Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit ; [...] 6. Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels». Finalement, l'article 2087 C.c.Q. stipule que «[l]'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié» [nos italiques].

Cette vision sociale des relations de travail, protectrice des droits du salarié, a été renforcée par l'adoption des nouvelles dispositions à la *Loi sur les normes du travail*⁷⁴, faisant suite au Projet de loi 143⁷⁵, adopté le 19 décembre 2002. Cet amendement, ayant trait au harcèlement psychologique, reflète la mission sociale du

de protéger la dignité des citoyens. Voir aussi Bernhard Hofstötter, «European Court of Human Rights : Positive Obligations in *E. and Others v. United Kingdom*» (2004) 2 Int'l J. Const. L. 525.

⁷² Le contrat de travail peut être assimilé à un contrat d'adhésion (les clauses abusives sont donc annulées ou réductibles).

⁷³ L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

⁷⁴ L.R.Q. c. N-1.1.

⁷⁵ P.L. 147, *Loi sur les normes du travail*, 2^e sess., 36^e lég., Québec, 2002.

législateur québécois en matière de travail, à savoir de protéger les droits du subordonné. Il est donc offert à titre d'exemple, pour confirmer le rôle de l'État québécois de garantir à tout salarié un milieu exempt d'atteintes à sa dignité et à son intégrité, nonobstant le contrat de subordination signé par ce dernier. En effet, le Québec est bien la première province du Canada à légiférer expressément en la matière et à imposer aux employeurs une obligation de prendre les moyens raisonnables pour prévenir ou faire cesser le harcèlement psychologique⁷⁶.

Au-delà du *Code civil*, la *Charte québécoise* — loi dont le statut est quasi-constitutionnel⁷⁷ — prévoit, à l'article 5, que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée»⁷⁸. Ainsi, la *Charte québécoise* est marquée par la volonté de reconnaître la dignité de la personne, soit salarié ou autre. Cette intention est claire autant dans le préambule qu'à l'article 4 : suivant le préambule : «[c]onsidérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi»⁷⁹ et à l'article 4 «[t]oute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation»⁸⁰. De plus, en vertu de l'article 46 de cette même *Charte québécoise*, l'employeur est tenu d'offrir des conditions justes et raisonnables à ses employés⁸¹. En d'autres termes, le contrat de travail comporte une obligation quasi-constitutionnelle de respecter la dignité des salariés.

Lus ensemble, ces deux dispositions de la *Charte québécoise* semblent exclure une approche permissive à la cybersurveillance en milieu de travail, écartant ainsi l'application de l'approche américaine nettement libéraliste au Québec. Comme l'indique Louise Laplante,

⁷⁶ *Supra* note 74, art. 81.19.

⁷⁷ «Le législateur québécois en a fait un ordre juridique supérieur en proclamant clairement, dans son article 52, la primauté de ses dispositions par rapport aux autres dispositions législatives relevant de sa compétence constitutionnelle» (L'honorable Louis LeBel, «La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile» (2004) 49 R.D. McGill 231 à la p. 241). Voir aussi *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 254 D.L.R. (4^e) 577, 2005 CSC 35.

⁷⁸ Selon Benoît Pelletier : «Pour la doctrine, il s'agissait d'un régime de responsabilité objective, sans faute, ce qui supposait que la victime d'une atteinte à la vie privée n'ait pas à assumer le fardeau de prouver la faute alléguée» (Benoît Pelletier, «La protection de la vie privée au Canada» (2001) 35 R.J.T. 485 à la p. 497). Ainsi que l'affirmait par exemple le professeur Henri Brun, «les droits de la Charte québécoise ne sont pas tributaires de la notion de faute comme le sont les droits que protège l'article 1053. Le critère applicable pour savoir s'il y a atteinte aux droits de la Charte québécoise est un critère d'effet, pur et simple, et non un critère de faute» (Henri Brun, «Libertés d'expression et de presse : droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée» (1992) 23 R.G.D. 449 à la p. 453). La Cour suprême n'a toutefois pas suivi la position unanime de la doctrine québécoise à cet égard, car elle reconnaît que la faute est nécessaire en la matière. D'abord, dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. FEESP*, le juge Gonthier, pour la majorité, a affirmé que «rien dans la Charte ne dispense la victime d'une atteinte illicite à un droit garanti de la charge de faire la preuve du lien de causalité entre cette atteinte et le préjudice moral ou matériel qu'elle aurait subi» ([1996] 2 R.C.S. 345 à la p. 406, 136 D.L.R. (4^e) 129).

⁷⁹ *Charte québécoise*, *supra* note 73, préambule, al. 2.

⁸⁰ *Ibid.*, art. 4.

⁸¹ *Ibid.*, art. 46.

certain arbitres de griefs et des commissaires du travail se sont inspirés de [l'article 46 de la *Charte québécoise*] pour déclarer qu'une surveillance trop étroite et constante d'un employé ne respecterait pas cette disposition. En conséquence, il est important de s'assurer que les mesures de surveillance de l'utilisation de l'Internet ou du courrier électronique respecte l'article 46 de la [*Charte québécoise*]⁸².

Bien que la *Charte* ne défende pas la surveillance de manière absolue et permette de tenir compte des besoins de l'employeur en la matière⁸³, elle requiert tout de même que l'employeur satisfasse une condition préalable à la surveillance : prouver que cette démarche est justifiée par des « motifs réels et sérieux »⁸⁴.

Dans la même veine, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁸⁵, qui vise au premier chef les entreprises, indique elle aussi la valorisation de la dignité du salarié au sein du cadre normatif québécois. Unique en son genre en Amérique du Nord, cette loi impose la confidentialité et interdit la communication de renseignements personnels à des tiers sans le consentement de la personne concernée⁸⁶. Non seulement est-elle unique en vertu de l'étendue de la protection qu'elle octroie, mais aussi en raison de l'intrusion du droit dit *public* dans un domaine privé considéré sacré ou hors de portée dans d'autres juridictions canadiennes, qui sont possiblement influencées par l'approche américaine en l'espèce.

De plus, il nous incombe de souligner que cette loi novatrice sert tout simplement à compléter le cadre juridique préexistant, pertinent à ce sujet⁸⁷, un cadre qui reflète des différences importantes entre notre compréhension des droits en milieu de travail et celle des tribunaux américains.

⁸² Louise Laplante, « L'Internet et l'emploi » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec, 1997*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, 709 à la p. 723. Laplante cite l'arbitre de griefs Jean Denis Gagnon dans l'*Association des techniciennes et techniciens en diététique du Québec et Centre hospitalier Côte-des-Neiges*, [1993] T.A. 1021. Elle note quand même que cet article « n'avait pas pour effet d'interdire totalement à un employeur d'avoir recours à une surveillance électronique ou autre de ses employés. » Voir la décision de l'arbitre Carol Jobin, *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301 c. Ville de Montréal (Arrondissement Côte Saint-Luc/Hampstead/Montréal-Ouest)* (2005), D.T.E. 2005T-507.

⁸³ Laplante, *ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ L.R.Q. c. P-39.1.

⁸⁶ À moins d'obtenir l'autorisation de la Commission d'accès à l'information.

⁸⁷ Voir par ex. art. 35, al. 1 C.c.Q. : « Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée » ; art. 36(2) C.c.Q. ; art. 2087 C.c.Q. : « L'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié » ; art. 2090, 947 C.c.Q.

En un mot, au Québec, le principe de la vie privée, dérivé de la jurisprudence portant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁸ aussi bien que sur la *Charte québécoise* ainsi que du *Code civil du Québec*, indique clairement que les employés peuvent s'attendre raisonnablement à une certaine protection de leur vie privée lorsqu'ils se servent du courrier électronique en milieu de travail. Leurs droits à la dignité et à la liberté d'expression ne sont pas cédés en signant leur contrat de travail. Contrairement aux États-Unis, il semblerait donc y avoir une privatisation des droits protégés par les deux chartes et les juges se veulent garants de ces libertés fondamentales.

Voilà comment peut se résumer brièvement la protection accordée à la dignité et au respect de la vie privée des salariés au Québec⁸⁹.

II. La situation au Québec : le respect des droits fondamentaux

Ayant décelé la vocation sociale des relations de travail au Québec, reflété par le bref sommaire de l'esprit qui anime le cadre juridique en vigueur, il nous semble raisonnable d'affirmer que la conception de liberté contractuelle presque totale, inspirée par le «laisser-faire» qui caractérise le droit américain en matière de cybersurveillance des salariés, se prête mal à un droit voué à la justice sociale. Un cadre juridique qui oblige l'employeur à justifier toute surveillance de ce genre semble mieux convenir à la vision civiliste du droit au respect de la vie privée et des relations de travail — une vision qui donne préséance à la dignité⁹⁰, et non à une construction ancrée dans la propriété. Plus précisément, la tradition juridique romaniste, d'où le droit québécois puise ses sources, oeuvre à atténuer toute interprétation débridée de la notion de *pacta sunt servanda* en milieu de travail, compte tenu des rapports de pouvoir dans ce contexte. Ainsi, pour nos fins, un simple avis de la surveillance en place ne peut satisfaire les impératifs de la dignité selon la rationalité inspirant ce système.

Par conséquent, en France, où «le droit du travail est un droit social, protecteur du salarié»⁹¹, les tribunaux ont décidé d'intégrer le principe de la proportionnalité et de la pertinence aux normes régissant la cybersurveillance⁹². Ceci étant le cas, «Le fardeau de la preuve doit toujours incomber à ceux qui insistent sur la nécessité de mettre en

⁸⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*]. Voir aussi *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 152 D.L.R. (4^e) 577 ; *Aubry c. Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, 157 D.L.R. (4^e) 577 [*Aubry* (CSC)].

⁸⁹ Je n'ai d'aucune façon la prétention de résumer le droit canadien de manière détaillée en espèce.

⁹⁰ Pour un exposé fascinant des aspects historiques et culturels, qui ont trait à la dignité en tant que «valeur supérieure» en Europe, voir James Q. Whitman, «The Two Western Cultures of Privacy : Dignity versus Liberty» (2003-2004) 113 *Yale L.J.* 1151.

⁹¹ Thirion, *supra* note 38 à la p. 25.

⁹² Voir Vigneau, *supra* note 34 à la p. 354 : «The principle of relevance thus requires employers to justify any installation of surveillance equipment and any collection of personal data».

place de nouvelles mesures portant atteinte à la vie privée ou de limiter ce droit à la vie privée»⁹³. Autrement dit, il faut que l'employeur fasse la preuve que cette mesure est nécessaire pour répondre à un besoin particulier. Plus précisément, (1) l'invasion de la vie privée doit être proportionnelle à l'avantage qui en découlera pour l'employeur ; et (2) il faut faire la preuve qu'aucune autre mesure moins envahissante ne pourrait permettre d'atteindre le même objectif⁹⁴.

À titre de rappel, suivant cette approche sociale qui domine dans les pays de droit civil⁹⁵, le droit à la vie privée ne dépend guère du droit à la propriété, car les libertés fondamentales du salarié sont réputées survivre au contrat de travail. Ainsi, selon Rothstein :

In France and Italy, unlike the U.S., there is legal recognition that private power is as much an attack on dignity and liberty as is public power. [...] One French commentator has noted that the law «considers that the employee, although subordinated to the employer, always remains a free citizen whose fundamental rights do not disappear when he is at his job»⁹⁶.

Par conséquent, la vision civiliste s'attarde à une distinction importante entre personne et propriété, prônant ainsi une vision sociale des relations de travail, selon laquelle les droits de la personnalité survivent à la subordination contractuelle de l'employé. Reiter explique le principe ainsi : «In Quebec, therefore, the right to one's image would seem, based on articles 3, 35, and 36 [C.C.Q.], to be an extrapatrimonial right, and thus removed from the patrimony/property regime set up in articles 2 and 899ff»⁹⁷.

De ce fait, se laisser influencer par l'approche américaine à la surveillance des courriels en milieu de travail au Québec serait de dénaturer le droit civil, qui impose une distinction conceptuelle entre personne et propriété. Comme l'explique si bien Reiter :

As market concerns become increasingly pervasive in today's world, traditionally extrapatrimonial personality rights like the right to one's image are becoming patrimonialized. This creates problems in the civil law, where the notions of person and property have been conceptually distinct since classical Roman law⁹⁸.

⁹³ Lettre du commissaire à la protection de la vie privée du Canada, George Radwanski, à l'honorable Martin Cauchon, ministre de la Justice et procureur général du Canada, à l'honorable Wayne Easter, solliciteur général du Canada, ainsi qu'à l'honorable Allan Rock, ministre de l'Industrie, 22 novembre 2002, en ligne: Commissariat à la protection de la vie privée du Canada <http://www.privcom.gc.ca/media/le_021125_f.asp>.

⁹⁴ Thirion, *supra* note 38.

⁹⁵ Tel qu'élaboré dans la partie III, ci-dessous.

⁹⁶ Rothstein, *supra* note 10 aux pp. 386-87. La citation du commentateur français vient d'Olivier de Tissot, «La protection de la vie privée du salarié» (1995) Dr. social 222 à la p. 230.

⁹⁷ Reiter, *supra* note 15 à la p. 698.

⁹⁸ Selon Reiter, *ibid.* aux pp. 674, 676 :

Le droit civil québécois demeure fidèle à la tradition civiliste, qui privilégie la notion de droits subjectifs inaliénables⁹⁹. Ces droits de personnalité intangibles ne sauraient être assimilés aux droits propriétaires, car ils découlent de la personnalité juridique du détenteur¹⁰⁰.

Comme le précise Reiter : «the idea of subjective rights thus provided a category for attributes of the personality, such as honor and reputation, *outside the realm of property*. This categorization has proved extremely tenacious, partly because it makes intuitive sense that not all things can or should be owned» [nos italiques, notes omises]¹⁰¹. En d'autres termes, le droit à la vie privée est considéré comme un «droit subjectif autonome», comme l'a confirmé le juge Baudouin de la Cour d'appel dans l'affaire *Éditions Vice-Versa Inc. c. Aubry*¹⁰² et, par la suite, le juge en chef Lamer de la Cour suprême avec son opinion dissidente dans la même affaire¹⁰³. Le droit au respect de la vie privée, tout comme le droit de la personnalité, ne peut donc être contemplé dans l'optique de la propriété, comme le font nos voisins américains, d'autant plus compte tenu de la finalité de ces droits : protéger les attributs de la personne humaine, peu importe le contexte¹⁰⁴.

Il semble bon de souligner que les droits de la personnalité, en tant que droits subjectifs, comportent un aspect actif en plus d'un aspect passif. Dans le milieu du travail, cela se traduit de la manière suivante : l'employé en tant que détenteur de droits de la personnalité a le droit au respect de l'objet de ce droit — c'est-à-dire le droit au respect de sa vie privée — tandis que l'employeur a le devoir de le respecter.

In the modern world the idea of property is so inextricably meshed with the idea of the person that descriptions of personality itself naturally tend to slip into the language of property. Though legal theory has long held the human person and its attributes to be *hors commerce* (not in commerce) and extrapatrimonial—as the Roman jurist Ulpian put it, «no one is deemed to be the owner of his own limbs»—property language often infuses the analysis. [...]

This mingling of the concepts of person and property is problematic [...]. Already in Gaius's *Institutes* things were divided into corporeals (things which can be touched) and incorporeals (things which cannot be touched, namely legal rights or *iura* such as servitudes and obligations), and only the former could be possessed [notes omises].

⁹⁹ Popovici, «Le rôle de la Cour suprême», *supra* note 13.

¹⁰⁰ Selon Gregoire Loiseau «l'idée d'une protection de la personnalité humaine s'enracine et prend corps sous la forme de droits subjectifs» («Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français» (1997) 42 R.D. McGill 319 à la p. 328).

¹⁰¹ *Supra* note 15 à la p. 679.

¹⁰² [1996] 2 R.J.Q. 2137 à la p. 2151, 141 D.L.R. (4^e) 683 (C.A.).

¹⁰³ *Aubry* (CSC), *supra* note 88.

¹⁰⁴ Voir Adrian Popovici, «Personality Rights—A Civil Law Concept» (2004) 50 Loy. L. Rev. 349 : «The objective of personality rights is simple enough : their raison d'être is to more adequately protect the attributes of the human person» (*ibid.* à la p. 352). Il affirme que la *Charte québécoise* «contains a list of rights very similar to personality rights» (*ibid.*).

De façon importante pour nos fins, la *common law*, quant à elle, ne connaît pas la notion civiliste fondamentale du droit subjectif¹⁰⁵. Cela peut bien expliquer la volonté des tribunaux dans ces juridictions de délimiter la mesure dans laquelle l'employeur peut surveiller ses salariés en fonction de notions de propriété.

Par opposition, le droit civil, concevant le droit au respect de la vie privée comme étant un droit subjectif extrapatrimonial, n'accorde pas beaucoup d'importance au fait que l'employeur soit propriétaire des outils permettant la communication en question. Pour les fins de la surveillance électronique des salariés, par opposition à l'approche américaine, le fait que l'employeur soit propriétaire de l'ordinateur dont se servent ses salariés, ou qu'il fournisse le service Internet, ne lui octroie pas le droit absolu de surveiller ces derniers. Au contraire, l'employeur sera tenu de justifier tout empiètement sur le droit à la vie privée de ses salariés, qui doit être considéré comme exceptionnel. Ce sont donc ses besoins essentiels reliés aux affaires qui seuls sont capables de justifier la cybersurveillance.

III. Que peut-on apprendre d'autres juridictions civilistes telles la France ?

Ayant déterminé que le modèle américain convient mal à une juridiction de droit civil tel le Québec, et ce en raison de la dissemblance du raisonnement sous-jacent portant sur le droit au respect de la vie privée sur les lieux de travail, passons à un survol de la réponse à cette problématique provenant d'un pays qui partage le raisonnement civiliste québécois, la France.

De manière importante, en France «[à] l'inverse de la situation aux Etats-Unis, le droit de propriété n'est pas la source du pouvoir de direction de l'employeur. Le droit de propriété dans la conception française n'autorise qu'un pouvoir sur les choses et non le pouvoir de commander les personnes» [notes omises]¹⁰⁶. Dans son exposé de droit comparé, Pierre-Lucas Thirion résume la situation de la manière suivante :

L'employeur ne dispose pas d'un pouvoir sur les droits des salariés, issu de son droit de propriété, mais doit exercer son pouvoir dans la limite de la loi et des droits concurrentiels du salarié.

Cette différence fondamentale de conception avec les Etats-Unis permet de mieux appréhender la différence des solutions. Aux Etats-Unis, le libéralisme domine et favorise l'employeur : le travail est une simple marchandise [...].

En France, au contraire, le législateur [...] intervient pour réguler l'emploi sur le marché. Le juge intervient également, pour assurer le respect des garanties fondamentales. Le juge français, au contraire du juge américain, n'apparaît pas comme un arbitre de la relation contractuelle appliquant les

¹⁰⁵ Popovici cite Geoffrey Samuel, «“Le droit subjectif” and English Law» (1987) 46 Cambridge L.J. 264. Celui-ci termine son article par la phrase suivante : «In other words, for better or for worse, the concept of *le droit subjectif* has little relevance in English Law» (*ibid.* à la p. 286).

¹⁰⁶ Thirion, *supra* note 38 à la p. 35.

dispositions du contrat de travail. Au contraire, il dispose d'un pouvoir légal de protection des droits du salarié¹⁰⁷.

Ce raisonnement confirme l'intérêt que peut revêtir l'étude du droit français pour le juriste québécois¹⁰⁸.

Sans doute, le raisonnement prôné par les tribunaux français, où la question de la cybersurveillance en milieu de travail a fait l'objet d'une étude beaucoup plus poussée qu'au Québec, mérite une attention particulière. Ce progrès relatif est reflété dans un premier arrêt de principe, l'arrêt *Nikon*, prononcé par la Cour de cassation (Chambre sociale). L'arrêt se résume dans l'énonciation du principe suivant:

[L]e salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances. L'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur¹⁰⁹.

La vision des droits fondamentaux en milieu de travail, en ce qui a trait aux nouvelles technologies, bien loin de ressembler à la conception régnant aux États-Unis, est donc la suivante : même sur les lieux de travail, le salarié bénéficie du respect de ses droits fondamentaux — droits reliés intimement à sa personnalité, incluant le droit au respect de la vie privée. L'employeur ne peut donc violer l'intimité de la vie privée de ses salariés, en particulier le secret de leurs correspondances, capricieusement. Il n'est donc pas surprenant que la surveillance ne soit permise qu'exceptionnellement, lorsque de telles mesures sont absolument nécessaires — et même là toute surveillance doit être proportionnelle aux besoins de l'entreprise et limitée aux correspondances dites professionnelles.

Ainsi donc, la Cour de cassation rappelle résolument que le respect des libertés fondamentales s'applique aux nouvelles technologies en milieu de travail. Ce faisant, elle statue ainsi : (1) le salarié a droit au respect de sa vie privée même en milieu de travail ; (2) le simple fait que l'employeur fournisse des outils informatiques à ses employés ne lui donne pas accès à leurs messages personnels, même si ces derniers sont émis/reçus grâce à ces outils ; (3) ceci est vrai même lorsque l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de ces outils informatiques ; (4) il s'ensuit qu'une correspondance personnelle ne peut pas être utilisée comme preuve des griefs

¹⁰⁷ Thirion, *ibid.* aux pp. 36-37.

¹⁰⁸ Emmanuel Tani-Moore, «L'appréciation en droit québécois de l'arrêt Nikon : même résultat ?» (automne 2002), en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/tani-moore.htm>>.

¹⁰⁹ *Supra* note 23 à la p. 233.

allégués contre l'employé¹¹⁰. Il est donc clair que pour la cour, il s'agit d'un problème de liberté publique et non de volontarisme d'ordre contractuel.

En rejetant la vision libéraliste du droit au respect de la vie privée en milieu de travail dans l'arrêt *Nikon*¹¹¹, la Cour de cassation s'est basée sur un cadre juridique qui, bien qu'excédant les paramètres de cette présente consécration, mérite tout de même un survol concis¹¹².

Dans cet arrêt important, la Chambre sociale de la Cour de cassation a invoqué l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*¹¹³, qui s'applique expressément aux relations de travail¹¹⁴. Pour ce qui est du droit français, la cour a fondé sa décision sur l'article 9 du *Code civil* (tel qu'amendé en 1970) protégeant le droit au respect de la vie privée. Dans la même veine, «l'article 9 [N.C. proc. Civ.] sanctionne l'atteinte à la vie privée résultant de la production par l'employeur du contenu du courriel personnel du salarié. L'employeur succombe dans la charge de la preuve en fondant ses allégations sur un mode de preuve illicite»¹¹⁵.

Pour sa part, le *Code du travail* propose de nombreuses dispositions dont la finalité même est de protéger les droits individuels des salariés. De ce fait, l'article

¹¹⁰ Voir Benjamine Fiedler, «L'E-mail au Bureau, Personnel ou Professionnel ?» (29 janvier 2002), en ligne : Bird & Bird <http://www.twobirds.com/french/publications/articles/Email_Bureau_Personnel_Professionnel.cfm>.

¹¹¹ Selon Ira David : «France goes further in their notification requirement, obligating employers to notify labor representatives of any monitoring in the workplace. [...] Furthermore France, the source of the droit morale, stresses in its Civil Code that individual privacy “trumps” an employer’s economic concerns» [notes omises] («Privacy Concerns Regarding the Monitoring of Instant Messaging in the Workplace : Is it Big Brother or Just Business?») (2004) 5 Nev. L.J. 319 à la p. 333.

¹¹² Voir les normes européennes et internationales de droit de la personne, le Code civil français, le code du travail, le droit sur le secret des correspondances enchâssé dans *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*, J.O., 13 juillet 1991 et *Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.O., 7 août 2004.

¹¹³ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5.

¹¹⁴ *Niemietz c. Allemagne* (1992), 251 C.E.D.H. (Sér. A) 25 à la p. 34 :

Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables.

Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de «vie privée» comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme : dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel et ce qui en sort.

¹¹⁵ Frédéric Leplat, «Le courriel (e-mail) personnel du salarié : à propos d'un arrêt de principe non dépourvu de limites : Cass. soc. 2 octobre 2001» (octobre 2001) au para. 6, en ligne : Glose <http://www.glose.org/nikon.htm#_ftnref15>.

L 120-2 du *Code du travail* édicte que «[n]ul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché». Par ailleurs, cet article enchâsse le principe de la proportionnalité, prévoyant que la restriction aux libertés individuelles et collectives ne peut être justifiée que par la nature de la tâche à accomplir et doit être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi.

Par conséquent, «[l]e rôle du juge est d'exercer un contrôle de proportionnalité entre les intérêts divergents : les intérêts sociaux peuvent s'effacer devant des intérêts économiques [...]»¹¹⁶. Pour emprunter les paroles de Pierre-Lucas Thirion : «Ce principe de proportionnalité sera donc difficilement justifiable si les écoutes ou enregistrements ne sont pas rendus nécessaires par l'activité économique de l'entreprise»¹¹⁷. D'autre part l'article L 121-8 du *Code du travail* oblige l'employeur d'informer et de consulter le Comité d'entreprise préalablement à la mise en œuvre d'une surveillance. Notons que le non-respect de ces obligations envers les institutions représentatives du personnel constitue un délit d'entrave¹¹⁸.

En outre, dans l'arrêt *Nikon*, la Chambre sociale a consacré le principe du secret de la correspondance dans le milieu de travail, qu'elle a d'ailleurs couronnée «liberté fondamentale», citant la Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 :

Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur [...]»¹¹⁹.

Le tribunal a cependant omis de se prononcer sur l'étendue de l'expression «correspondance personnelle» dans le cadre des relations de travail, puisque seules ces dernières sont protégées. Bien qu'on sache qu'il y a une présomption que les correspondances au travail soient professionnelles¹²⁰, la manière de distinguer entre

¹¹⁶ Corinne Pizzio-Delaporte, «Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge» (2001) Dr. social 404 à la p. 405.

¹¹⁷ Thirion, *supra* note 38.

¹¹⁸ *Code du travail*, art. L 483-7 C.

¹¹⁹ *Nikon*, *supra* note 23 à la p. 234. Pour une élaboration du principe du secret de la correspondance en France, voir Cass. crim., 18 juillet 1973, Bull. Cass. n° 336 ; Cass. crim., 16 janvier 1992, Gaz. Pal. 1992, 296.

¹²⁰ Selon la Commission nationale de l'information et des libertés (CNIL) :

Il doit être généralement considéré qu'un message envoyé ou reçu depuis le poste de travail mis à disposition par l'entreprise ou l'administration revêt un caractère professionnel, sauf indication manifeste dans l'objet du message ou dans le nom du répertoire où il pourrait avoir été archivé par son destinataire qui lui conférerait alors le caractère et la nature d'une correspondance privée protégée par le secret des

les courriels de l'entreprise et ceux dits personnels et bénéficiant de la protection de la loi reste incertaine :

La question se pose de savoir [si] un courrier non marqué confidentiel ou personnel, sans donc aucune mention qui permette de l'attribuer à la sphère privée du salarié, peut fonder une sanction de droit du travail s'il est intercepté par l'employeur, ou bien si celui-ci sera obligé de se fermer les yeux afin de ne pas lire un courrier dont il pouvait croire qu'il lui était destiné et dont il s'aperçoit qu'il n'en est rien¹²¹.

Les employeurs ont fortement intérêt à inviter leurs salariés à identifier les messages qu'ils adressent à titre personnel ainsi que les fichiers contenant des éléments privés¹²².

Ayant proposé un aperçu de l'approche française à la cybersurveillance en milieu de travail, il appartiendra maintenant aux tribunaux québécois d'en reconnaître l'applicabilité au Québec.

Conclusion

Il va sans dire que les nouvelles technologies ont de plus en plus tendance à brouiller les frontières entre la vie professionnelle et la vie privée. D'autre part, elles servent à modifier les relations de travail en fournissant à l'employeur des outils de surveillance permanents, une «surveillance [...] inhérente à l'outil lui-même»¹²³.

Comme nous le rappelle le professeur Gérard Lyon-Caen dans son rapport sur les libertés publiques et l'emploi : «un nouvel espace police, véritable ordre technologique, qui n'a rien de commun avec l'ancienne subordination car le salarié

correspondances («La cybersurveillance des salariés» (2004) à la p. 25, en ligne : CNIL <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000175/0000.pdf>>).

Ce raisonnement s'applique en faveur d'un autre salarié dans *Cour d'appel*, Paris, 17 décembre 2001, en ligne : Le Forum des droits sur l'internet <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/ca-par20011217.pdf>>.

¹²¹ Cabinet Cahen & Associés, «Vie professionnelle, vie privée et informatique ; la cybersurveillance des salariés» (30 mars 2002), en ligne : Le village de la justice <<http://www.village-justice.com/articles>>.

¹²² Voir J. Pollet, *Nouvelles technologies et contrôle de l'activité du salarié*, thèse de doctorat en droit, Université du Droit et de la Santé de Lille, 1999 à la p. 18 [non publiée], en ligne, Université du Droit et de la Santé de Lille <www2.univ-lille2.fr/droit/documentation/rtf/pollet.rtf> :

Outre ces dispositions du Code civil et du Code du travail, la France s'est également dotée d'une législation pénale sanctionnant les atteintes à la vie privée. [...] [La loi] n° 70-643 du 17 juillet 1970 [...] est à l'origine de ces mesures : les articles 3684 et suivants de l'ancien Code pénal ont, depuis le 1^{er} mars 1994, été remplacés par les articles 226-1 à 226-3 du nouveau Code pénal. Nous réservons l'étude de ces articles dans les développements relatifs aux délits visés [notes omises].

¹²³ Thirion, *supra* note 38 à la p. 7.

n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne»¹²⁴.

Puisqu'il est sans doute irréaliste d'interdire toute communication privée par l'Internet aux salariés subordonnés¹²⁵, il incombe aux tribunaux québécois de trouver des solutions en ligne avec le cadre juridique existant, à savoir un cadre reflétant une vision civiliste du droit au respect de la vie privée.

Soulignons que cette approche est radicalement différente de la conception des relations de travail aux États-Unis¹²⁶. Contrairement à la doctrine du *employment at will*, selon laquelle le salarié renonce à tout droit ayant à l'encontre des intérêts de son employeur (à quelques exceptions près¹²⁷), l'employé conserve ses droits dits fondamentaux car «le domaine de la vie privée ne se limite pas au domicile privé mais s'étend sur le lieu de travail»¹²⁸.

Outre la différente construction des relations de travail, il est à noter que «Le “right of privacy” n'est pas l'équivalent du *droit au respect de sa vie privée*, les États-Unis ne reconnaissant pas la tradition romaniste d'un droit subjectif»¹²⁹. En effet, le droit au respect de la vie privée jouit d'une interprétation généreuse, en France comme au Québec.

Nous avons souligné, en introduction, l'interprétation restreinte du droit à la vie privée des salariés dans l'arrêt *Bridgestone/Firestone*¹³⁰ de la Cour d'appel du Québec. Cet arrêt semble suivre un raisonnement s'apparentant à l'approche des tribunaux américains, ouvert aux mesures de surveillance de l'employeur, pourvu que ces dernières puissent être qualifiées de raisonnables. Peut-on, de fait, parler d'attentes raisonnables dans une tradition telle que la tradition civiliste, qui reconnaît

¹²⁴ France, Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, *Les libertés publiques et l'emploi*, par G. Lyon-Caen (décembre 1991) tel que cité dans France, Commission nationale de l'informatique et des libertés, *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, par Hubert Bouchet à la p. 7 (mars 2001), en ligne : la documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>.

¹²⁵ Voir Jean-Emmanuel Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Paris, Liaisons, 2001, tel que cité dans Fiedler, *supra* note 110 :

S'il est sans doute techniquement possible à un employeur, pour éviter tout problème, d'interdire à un salarié subordonné toute communication non professionnelle pendant le travail, sur internet et intranet, à partir, sur et vers du matériel appartenant à l'entreprise, une telle prohibition totale apparaît comme totalement irréaliste au XXI^{ème} siècle.

¹²⁶ Thirion, *supra* note 38. Voir aussi James Q. Whitman, «The Two Western Cultures of Privacy : Dignity Versus Liberty» 113 Yale L.J. 1151 à la p. 1155 (2004) : «we are in the midst of significant privacy conflicts between the United States and the countries of Western Europe—conflicts that reflect unmistakable differences in sensibilities about what ought to be kept “private”».

¹²⁷ Voir à ce sujet Geist, *supra* note 4.

¹²⁸ Thirion, *supra* note 38 à la p. 3.

¹²⁹ *Ibid.* à la p. 2.

¹³⁰ *Supra* note 17.

le droit au respect de la vie privée comme un droit de la personnalité, rattachée à l'individu, même lorsque ce dernier est subordonné dans le milieu de travail?

Il s'agit d'un arrêt inquiétant, dont le raisonnement, prônant une approche étroite du droit au respect de la vie privée, risque d'annoncer une dérive vers une logique étrangère au droit civil. Nous devons essayer de contrecarrer, autant que possible, cette tendance. C'est au contraire un raisonnement civiliste, qui reconnaît la survie du droit au respect de la vie privée en milieu de travail, comme le sous-tend la décision *Nikon*, qui devrait être adopté.

De ce fait, il ressort de l'étude de droit comparé proposé par ce texte, qu'un système juridique voué à la justice sociale tel que le nôtre devrait préconiser une approche selon laquelle la dignité des salariés a préséance sur la liberté contractuelle presque totale du libéralisme classique, surtout dans un cadre où les salariés risquent de se sentir de plus en plus vulnérables dans leur intimité.

L'avenir seul le dira, mais il nous est permis d'espérer, dans un contexte où nos vies personnelles et professionnelles se chevauchent de plus en plus que les tribunaux québécois prendront acte des impératifs du droit comparé et choisiront d'écarter toute approche qui n'est pas fondée sur la primauté des droits fondamentaux.
