

*Le droit à la vie privée s'étend-il à
l'utilisation du courriel par un employé
dans le cadre de ses fonctions ?*

Analyse de la doctrine, législation, jurisprudence et autres normes

Juliette LENFANT

L.L.M. Droit des technologies de l'information
Faculté de Droit de l'Université de Montréal
Étude réalisée sous la direction du Professeur Karim BENYEKHLIF

Mai 2000

Plan

Introduction

1. La notion de vie privée en milieu de travail

1.1. La réalité technologique: le risque accru d'atteinte à la vie privée

1.1.1. L'évolution des moyens de contrôle et de surveillance des employés par les employeurs

1.1.2. Les moyens de contourner la surveillance

1.1.2.1. Des parades « d'appoint »

1.1.2.2. Le recours limité à la cryptographie de chiffrement et à la signature électronique

1.2. La réalité juridique: une reconnaissance progressive d'un droit à la vie privée en milieu de travail

1.2.1. Le domaine de la vie privée

1.2.2. La difficile affirmation d'un droit à la vie privée face aux pouvoirs de l'employeur

1.2.2.1. La vie privée: un droit fondamental

1.2.2.2. Fondements et portée des pouvoirs de l'employeur

1.2.2.3. L'apport jurisprudentiel en droit du travail

2. La surveillance du courrier électronique des salariés et le droit à la vie privée

2.1. Les nouveaux risques engendrés par l'utilisation des courriers électroniques et les intérêts de l'employeur

2.2. La nature équivoque du courrier électronique : les difficultés du choix du régime applicable

2.2.1. La situation française: un parallèle avec la correspondance?

2.2.2. La situation québécoise et américaine

2.2.2.1. La situation au Québec : application de la jurisprudence relative à la vidéosurveillance?

2.2.2.2. L'apport de la jurisprudence américaine sur la notion « d'expectative de vie privée »

Conclusion

Bibliographie

Introduction

Le « phénomène Internet » touche désormais l'ensemble du monde de l'entreprise: les employés communiquent par courriers électroniques au sein de l'entreprise ou avec l'extérieur, consultent des sites Web, participent à des forums de discussions. Ces nouveaux outils de communication peuvent être utilisés à des fins professionnelles mais aussi privées.

Selon une étude d'Internet Profile plus de 20% du temps passé sur le Web au travail serait consacré aux loisirs.¹ De son côté, l'employeur met Internet à la disposition des membres de son entreprise dans un souci d'amélioration de la rentabilité et des performances de celle-ci.

Le 26 janvier 2000, un tribunal d'arbitrage québécois a pour la première fois rejeté le grief d'un employé congédié pour avoir abusé d'Internet durant ses heures de travail. Dans cette affaire CAE, un employé avait été renvoyé pour avoir utilisé Internet de façon « inappropriée et non autorisée » durant les heures de travail ainsi que durant des heures supplémentaires facturées à l'employeur. Cet employé avait passé 329 heures sur Internet entre les mois de janvier et mai 1999 durant ses heures de travail (soit l'équivalent de huit semaines de travail) et y visionnait notamment des sites pornographiques. Outre le fait que ce cas semble caricatural, il montre l'importance grandissante de la technologie dans le milieu de travail et la crainte justifiée des travailleurs d'être espionnés de manière systématique par leurs employeurs. En effet, dans cette affaire des rapports mensuels indiquaient que ce salarié avait utilisé 223 fois son mot de passe, qu'il avait activé son clavier ou sa souris 41 209 fois durant le seul mois de mars, qu'il avait visité 25 sites durant cette période dont certains à plus de cinquante reprises.²

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada mettant l'emphase sur la menace qui pèse sur la protection de la vie privée au travail avait déclaré: « l'utilisation croissante de la technologie dans la surveillance des employés ne présage rien de bon. Chaque nouvelle forme de surveillance nous déshumanise davantage, au point où nous devenons de plus en plus ravalés au rang d'automates et destinés, en cas d'imperfections ou de comportements anormaux, à aller grossir la pile des modèles défectueux ou à faire l'objet de mesures correctives ».³

C'est en publiant aux États-Unis en 1890 un article intitulé « The Right To Privacy », que Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis ont posé la première pierre doctrinale de l'important édifice consacré à la notion de droit au respect de la vie privée. Cette première réflexion par ces deux juristes américains sera poursuivie ensuite en Europe, marquant ainsi le point de départ de la reconnaissance d'un droit particulier au respect de la vie privée.

Pourquoi vouloir protéger la vie privée? Il est généralement admis que l'homme, dans sa vie sociale, a aussi besoin par moments de solitude, de replis pour s'épanouir. Mais la vie privée – cette part de la vie de la personne qui doit rester à l'abri du regard indiscret et inquisitorial des autres personnes ou de la puissance publique – est une notion fortement liée à la société occidentale libérale et individualiste. La notion ne se retrouve donc pas dans le droit de certains États et elle peut avoir des contenus très variables: la vie privée fluctue selon les contextes idéologiques, philosophiques.

¹ Th. VERBIEST : « La surveillance de l'usage d'Internet dans l'entreprise : quelle légalité ? », (chronique « droit & multimédia » de l'Echo), ASBL, janv. 2000, p. 1, disponible sur <<http://www.droit-technologie.org>>

² M.A AMIOT, « Un arbitre confirme le renvoi d'un employé ayant abusé d'Internet », *La Presse*, 2 février 2000, p. A1

³ S. LEFEBVRE: *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 28.

Dans le milieu de l'entreprise, deux raisons peuvent amener l'employeur à porter atteinte à la vie privée de l'employé : la première est le contrôle de son activité individuelle (le rendement; ce qui correspond à tout le problème de la surveillance accrue par les nouvelles technologies) et la deuxième, la recherche d'informations sur la personne du salarié. En effet, il peut être intéressant pour un employeur de savoir si un de ses salariés est atteint d'une maladie, s'il a des problèmes financiers, etc.

Le développement de l'Internet dans l'entreprise entraîne donc l'émergence d'un certain nombre de problèmes juridiques (notamment en ce qui nous concerne par rapport à l'utilisation du courriel) dans les rapports entre entreprise et salariés. Les problèmes liés à l'usage de l'Internet et de l'e-mail sont dus à l'opposition entre le pouvoir disciplinaire de l'employeur (pouvoir de contrôle de l'activité professionnelle du salarié et pouvoir de sanction) et le droit fondamental à l'intimité de la vie privée. Toute entreprise suppose le respect d'une certaine discipline par les salariés dans le but d'assurer l'efficacité du travail et le maintien d'une hygiène et d'une sécurité minimales. Un employeur peut-il prendre connaissance des courriers électroniques à des fins de contrôle de l'activité des salariés? Peut-il prévoir dans son règlement intérieur que ces courriers feront l'objet d'une lecture systématique ou inopinée? Enfin, ces messages peuvent-ils être considérés comme privés?

Ainsi, dans un premier temps, nous étudierons l'étendue de la reconnaissance du droit à la vie privée en milieu de travail en France et au Québec (et incidemment aux États-Unis) face aux pouvoirs patronaux. Puis, nous essaierons de déterminer si et comment cette vie privée s'étend à l'usage du courrier électronique dans ces trois pays.

1. La notion de vie privée en milieu de travail

La technologie permet un contrôle « serré » de l'activité des salariés, même si certaines techniques permettent d'échapper à ce contrôle (1.1). Dans le même temps, s'est développée, d'abord de manière empirique puis légale, la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée en milieu de travail. Reconnu tôt en France, ce droit fut pendant longtemps à l'état « embryonnaire » au Québec et, plus largement, en Amérique du Nord (1.2).

1.1. La réalité technologique: les possibilités accrues d'atteinte à la vie privée

Actuellement, le contrôle est plus ou moins ponctuel, fait par des personnes physiques mais ceci change et désormais la surveillance peut avoir un caractère quasi-absolu et à l'insu de l'employé. Cependant, certaines parades technologiques existent.

1.1.1. L'évolution des moyens de contrôle et de surveillance des employés par les employeurs

De multiples techniques permettent de contrôler l'activité individuelle des salariés par leurs communications téléphoniques, leurs déplacements, la vidéosurveillance...

Tout d'abord, les autocommutateurs téléphoniques autorisent la vérification des factures mais également la surveillance du comportement téléphonique de l'employé, son écoute... Les badges magnétiques, mis en place dans les entreprises pour répondre à des impératifs de sécurité (préventions des vols ou des attentats) permettent dans certains cas « extrêmes », grâce au système de couplage, de contrôler les temps de présence ou les horaires de salariés voire la facturation des repas à la cantine.

Aussi, deux moyens de surveillance font l'objet de grandes discussions actuellement : la vidéosurveillance (« forme moderne de la perquisition ») et l'écoute téléphonique.

Par ailleurs, le travail sur ordinateur impose une surveillance continue de l'activité, ce qui se fait au fur et à mesure de l'exécution du travail sans que l'employeur ait à installer un système de surveillance indépendant comme, par exemple, une caméra cachée. Ainsi, des logiciels spécialisés, parmi lesquels nous mentionnerons *Little Brother*, *Winwhatwhere* (dont le slogan est « Where did they go today ? ») ou *Redhand*, permettent notamment de vérifier la vitesse de frappe, le nombre de fautes d'orthographe, le temps pendant lequel le clavier a été activé, de détecter le plus petit mouvement de souris, de scruter toutes les connexions à Internet (sites visités, temps de consultation, types de fichiers téléchargés). Tous sont explicitement dévolus au contrôle de la productivité.

Enfin, la question la plus inquiétante est celle de l'interception du courriel. Montrons l'importance de ce phénomène par quelques chiffres. Selon une étude de l'American Management Association International concernant l'année 1998, 63 % des sociétés américaines surveillaient électroniquement leurs employés en lisant leurs e-mails et leurs fichiers d'ordinateurs, et surveillaient l'utilisation d'Internet. En outre, 23 % de ces employeurs ne prévenaient pas leurs employés. En 1999, une même étude concluait que 45 % des grandes firmes (contre 35% deux ans plus tôt) surveillaient e-mails, appels téléphoniques ou fichiers d'ordinateurs et 27 % des compagnies reconnaissaient qu'elles ne faisaient pas qu'entreposer les messages mais aussi

qu'elles les passaient en revue (soit une augmentation de 15% en deux ans).⁴ Cette tendance est de plus en plus suivie par les entreprises européennes.

En effet, généralement les employeurs fournissent à leurs employés des comptes e-mails personnels avec le nom de l'entreprise afin de faciliter les communications entre employés et employeurs ainsi qu'entre compagnie et clients. Les employés pensent être à l'abri des regards de leur employeur parce que leur compte est protégé par un mot de passe et ils s'attendent à une certaine vie privée pour leur courriels personnels, c'est-à-dire ne relevant pas de leur travail, lorsqu'ils communiquent avec l'extérieur notamment. Mais en réalité, les mots de passe ne sont pas secrets et les messages peuvent être interceptés par les entreprises qui utilisent des logiciels de filtrage, bloquant des messages comportant des mots-clés préprogrammés. Un e-mail sur Internet allant d'ordinateur à ordinateur, son interception est plus simple. Par conséquent, tout courrier électronique contenant des mots ou expressions à caractère raciste, sexuel ou injurieux serait automatiquement bloqué et un message d'alerte envoyé aux dirigeants pour qu'ils procèdent à un examen.

Aussi, avec les intranets, il est aisé de contrôler la correspondance électronique des employés. Tous les e-mails passent par le serveur de l'entreprise avant d'être acheminés vers le destinataire. Ainsi, le serveur de l'entreprise gardera toujours une copie du courriel même si celui-ci est supprimé. L'employé pense qu'il n'existe plus aucune trace du message effacé, alors qu'en réalité, une copie est conservée quelque part sous l'autorité de son employeur. Tous les messages électroniques entrant et sortant de l'entreprise peuvent être dupliqués, même ceux qui n'ont pas été lus.

Enfin, les procédures de sauvegarde permettent de récupérer des courriers effacés et ceux-ci peuvent être enregistrés sur des bandes magnétiques entreposées hors de l'entreprise éventuellement. Rappelons que l'e-mail, contrairement à la conversation téléphonique est retraceable plusieurs mois ou plusieurs années plus tard. Tout laisse des traces. On se rappellera l'affaire Microsoft où son président directeur général Bill Gates a été confondu grâce aux traces laissées par son courrier électronique.

Les e-mails envoyés, leur fréquence, les interlocuteurs contactés peuvent être contrôlés par l'employeur.

L'apparition de nouveaux logiciels rend la surveillance des employés moins coûteuse et plus simple qu'auparavant. Cependant, si l'apparition des nouvelles techniques permet un contrôle quasi-absolu par l'employeur, des parades techniques existent pour les employés.

⁴ C. MAUSSION, « Le Net laisse des traces », *Libération*, 17 mai 1999, disponible sur <<http://www.liberation.fr/travail/thema/spec990517/art15.html>>

1.1.2. Les moyens de contourner la surveillance

Ces moyens de contourner la censure peuvent être rangés dans deux catégories : les moyens que l'on peut qualifier « d'appoint » et ceux plus sophistiqués comme la cryptographie.

1.1.2.1. Des parades « d'appoint »

Tout d'abord, des mécanismes permettent à l'employé de faire du « contre-espionnage ». Il s'agit pour celui-ci de savoir si son employeur a fouillé son disque dur et par là, son courriel. Il peut dans ce but télécharger des logiciels tels que *Redhand*, disponible gratuitement sur le Web et qui fournit un compte-rendu de toutes les manipulations effectuées au clavier de l'ordinateur.

Mais aussi, le seul moyen d'éviter que tous les e-mails soient contrôlés par l'ingénieur réseau ou par l'employeur est d'ouvrir une boîte à lettres électronique à l'extérieur de l'entreprise, une facilité que de nombreux fournisseurs d'accès à Internet offrent gratuitement. Cependant, si l'informaticien espionne les connexions au Web, il peut s'en apercevoir et réagir en récupérant les e-mails.

1.1.2.2. Le recours à la cryptographie de chiffrement et à la signature électronique

1.1.2.2.1. La cryptographie

Même si les courriels circulent habituellement en clair, c'est dans l'utilisation de la cryptographie, cette « arme de guerre », que réside la seule manière efficace de protéger la vie privée sur l'Internet.

Le système à « clé publique » ou « clé révélée » est le plus populaire. En effet, il permet tant le chiffrement (assurant la confidentialité des messages) que la signature (ce qui permet l'authentification), et son principal avantage sur le système à « clé secrète » est qu'il n'est jamais nécessaire de transmettre les clés secrètes ou de les révéler à quiconque: le risque d'interception par une tierce personne ou plus généralement de « compromission », pour reprendre le jargon des services de renseignement, est donc pratiquement réduit à zéro.

En général, la cryptographie à clé révélée fonctionne de la manière suivante. Un personnage X désire envoyer un message à un personnage Y. Pour cela il consulte un répertoire afin de trouver la clé publique de Y, s'en sert pour chiffrer le message et l'envoie; Y utilise ensuite sa clé secrète pour déchiffrer le message et en prendre connaissance. Aucun tiers intrus ne peut décrypter le message et si quiconque peut envoyer un message à Y, seul celui-ci peut le déchiffrer.

La cryptographie à clé révélée exigeant beaucoup plus de calculs, en l'absence de circuits électroniques spécialisés, elle est plus lente que les systèmes à clé secrète (symétrique) et elle n'est donc pas conçue pour remplacer ce dernier type de cryptographie mais pour y suppléer. De plus il faut noter que ce n'est que récemment que les États ont commencé à libéraliser leur législation en matière de cryptographie. Pendant longtemps, dans de nombreuses législations, la longueur des clés cryptographiques autorisées ne dépassait pas 40 bits; cette longueur est faible car, dans l'état actuel de la technologie, seules les clés d'au moins 128 bits sont suffisamment invulnérables. Désormais, l'usage est quasiment libre en Europe et en Amérique du Nord.

Citons quelques exemples de logiciels de cryptographie: le plus courant actuellement est *Pretty Good Privacy (PGP)*, mais *RSA Data Security* est également fort répandu. Enfin, un nouveau logiciel fait concurrence à PGP : le *Secure Multipurpose Internet Mail Extension (S/MIME)*.

Cependant, deux obstacles existent à la possibilité d'échange généralisé des messages cryptés : le premier est que les standards PGP et S/MIME ne sont pas compatibles et ainsi des personnes utilisant différents systèmes ne pourront pas communiquer entre elles et le deuxième problème provient de l'infrastructure qui n'a pas été prévue pour supporter un usage par le grand public⁵.

Enfin, dans un autre registre, mentionnons le logiciel *Freedom* de la société montréalaise *ZeroKnowledge Systems* qui permet aux utilisateurs d'utiliser Internet en tout anonymat (sauf à l'encontre du FBI, qui avait demandé une modification à cet effet de l'architecture du logiciel ; dans la version originelle, les concepteurs eux-mêmes ne pouvaient pas « désanonymer »). Ce logiciel octroie plusieurs pseudonymes protégés par une signature numérique à chaque utilisateur et encode les messages avec des techniques de cryptographie avancées telles qu'il est impossible de les décrypter. Ainsi, un employé pourrait envoyer des courriels sans craindre d'être identifié.

1.1.2.2.2. La signature électronique

Un problème se pose quand une entreprise surveille les courriels de ses employés : est-elle sûre que tel message a bien été envoyé par tel employé ? La possibilité d'un usurpateur n'est pas à exclure, d'autant plus que l'interception et la lecture d'e-mails devrait devenir une des principales causes (excuses ?) de licenciement (sans que les employés puissent être réellement au courant)⁶. Un moyen sûr est que les employés signent numériquement leurs messages. Comme, précédemment, deux paires de clés sont utilisées mais ici, le cryptage se fait avec la clé privée et la clé publique permet de vérifier la signature. La plupart des logiciels de cryptage comme PGP permettent le chiffrement et la signature numérique.

Ainsi, comme nous avons pu le voir, techniquement, un employeur peut aujourd'hui tout mémoriser, tout contrôler : que ce soient les conversations téléphoniques de ses salariés ou l'usage que ceux-ci font de leur ordinateur. Mais juridiquement, socialement, moralement, a-t-il le droit de fouiller en toute impunité dans la mémoire de l'ordinateur de son employé ? À l'instar des documents classés dans les tiroirs étalés sur le bureau de travail, les e-mails devraient-ils appartenir à l'employeur ?

Il s'agit à présent d'étudier la reconnaissance du droit à la vie privée des salariés dans le milieu de travail (la construction juridique de ce droit) et nous verrons que l'étendue de celui-ci dépend en grande partie du fondement et de la portée des pouvoirs de l'employeur.

⁵ B. STEWART: « E-mail privacy », 1999, disponible sur <http://www.zdnet.com/zdhelp/stories/main/0,5594,2245240,00.html>

⁶ V.J. WAKEFIELD: « Surveillance: Net Surfing could get you sacked », 1999, disponible sur <http://www.zdnet.co.uk/news/1999/38/ns-10223.html>

1.2. La réalité juridique : une reconnaissance progressive d'un droit à la vie privée en milieu de travail

Il importe dans un premier temps d'observer les différentes acceptions de la vie privée, ce qu'elle recouvre (1.2.1) puis le statut de celle-ci et son « effectivité » en droit du travail (1.2.2).

1.2.1. Le domaine de la vie privée

Le législateur français et son homologue québécois ont consacré le droit au respect de la vie privée, mais aucun d'eux ne l'a défini. La vie privée est donc définie empiriquement par les tribunaux. Les éléments de cette notion peuvent être rangés en trois catégories principales.

Tout d'abord, la vie privée aurait un sens spatial et territorial. Le droit à la vie privée considéré sous cet angle « se rattache théoriquement aussi bien que juridiquement et historiquement à la propriété »⁷. La demeure de l'individu apparaît comme l'exemple le plus significatif de cet aspect. Dans un deuxième sens, la vie privée protégerait la personne. Celle-ci bénéficierait d'un espace personnel qui serait délimité par les lois et les valeurs sociales. Il est fait référence alors à une notion d'« inviolabilité de la personne humaine ». Enfin, dans un troisième sens, il existerait une vie privée informationnelle : « cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé qui est libre de la communiquer ou de la taire, comme il l'entend »⁸.

Selon le Professeur Glenn, le droit au respect de la vie privée protège la « solitude » de l'individu et son « anonymat ». Une atteinte à la solitude correspond à une intrusion non justifiée dans l'intimité de l'individu et qui porte un « renseignement personnel à la connaissance de l'intrus ». Ceci vise donc, par exemple, la violation du caractère confidentiel d'une correspondance privée, d'une communication téléphonique privée, ou encore une intrusion dans une maison particulière. Le droit à la vie privée peut apparaître comme un droit de propriété sur des choses matérielles, mais il faut envisager de protéger ce droit à la solitude plutôt en fonction d'une sphère d'autonomie personnelle par laquelle tout individu est libre de choisir. En ce sens, une personne pourrait, par exemple, recevoir des coups de téléphone sur son lieu de travail dans un cadre privé. Le droit à l'anonymat correspond plus au problème soulevé par le développement de la technologie contemporaine qui a amené les tribunaux du Québec à définir une position vis-à-vis de la diffusion non autorisée de renseignements personnels (notamment le nom et l'image de la personne)⁹. Il peut être porté atteinte à ce droit par l'investigation ou l'intrusion dans le secret de la vie privée et par la divulgation ou la diffusion non autorisée d'informations relatives à celle-ci¹⁰.

Selon le professeur Kayser, l'expression « protection de la vie privée » doit être entendue comme la protection des personnes contre deux sortes d'atteinte: les atteintes au secret de la vie privée et les atteintes à la liberté de la vie privée¹¹. S'agissant des atteintes au secret de la vie privée, celles-ci sont diverses mais elles peuvent être rangées en deux catégories : d'une part la divulgation de la vie privée, c'est-à-dire porter à la connaissance du public ou du moins à un nombre indéterminé de personnes des éléments relevant de la vie personnelle et familiale, et d'autre part l'investigation

⁷ Cité par K. BENYEKHLIF: *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Edition Thémis, 1992, page 39.

⁸ Cité par K. BENYEKHLIF: *Ibid*, page 40.

⁹ P. H. GLENN: « Le droit au respect de la vie privée », *Revue du Barreau*, Tome 39, n°5, sept-oct 1979, page 885.

¹⁰ Cité par I. HARNOIS: « la protection constitutionnelle et quasi-constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et les banques de données informatisées », *Congrès du Barreau du Québec*, 1997, page 675.

¹¹ P. KAYSER: *La protection de la vie privée*, Économica, 1990, pages 4-5.

dans la vie privée ce qui correspond à la recherche (par tout moyen) d'éléments relevant de cette part de la vie. En ce qui concerne les atteintes à la liberté de la vie privée, cette notion tient compte du fait que la vie personnelle a besoin de secret pour s'épanouir et que le secret est une condition de sa liberté. Cette liberté vise donc à délimiter un périmètre d'autonomie personnelle. En outre, il existe des rapports entre la protection du secret et celle de la liberté de la vie privée: une vie qui est l'objet d'investigations et de divulgations ne peut être libre car elle est entravée par la connaissance qu'en acquiert le public. Deux types de pouvoirs ressortissent donc à cette définition: un pouvoir d'action (pour assurer le respect de la liberté de la vie privée) et un pouvoir d'opposition qui correspond au secret de la vie privée.

Il appert de ces deux approches que la vie privée est opposée à la vie publique et que seule la part de vie consacrée à une activité publique ressortit au domaine de la liberté de l'information. Mais tout ceci dépendra du contexte; là réside toute la difficulté.

Enfin, les professeurs Molinari et Trudel dissocient dans ce droit un domaine objectif qui est le fondement de celui-ci et un domaine subjectif qui permet, d'une certaine manière, d'aménager le premier et de concilier la vie privée et la vie publique d'une même personne. Les limites du domaine subjectif de la vie privée devraient varier selon la qualité et la situation des personnes¹². Ainsi, si la sphère protégée de la vie privée doit être analysée en opposant vie privée et vie publique, selon Kayser ces sphères ne sont pas fixes et Molinari et Trudel ont avancé que les informations propres à la vie en société, donc appartenant à la vie publique, peuvent être divulguées, alors que ce qui serait étranger à la participation d'une personne à la vie en société serait du domaine de sa vie privée. Dès lors, c'est une analyse subjective du domaine de la vie privée qui permet d'en tracer les frontières mouvantes. La notion est donc donnée de manière empirique par le juge, tant en France qu'au Québec. Au Québec, l'analyse subjective correspond à la définition de la notion « d'attente raisonnable de vie privée » dégagée par la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi, avec le développement des nouvelles technologies et des moyens permettant la surveillance, dont le courrier électronique fait partie, c'est le secret de la vie privée qui est le plus menacé.

1.2.2. La difficile affirmation d'un droit à la vie privée face aux pouvoirs de l'employeurs

1.2.2.1. La vie privée : un droit fondamental en France et au Québec

Tant en France qu'au Québec, le droit à la vie privée est affirmé comme un droit fondamental.

1.2.2.1.1. La construction du droit au respect à la vie privée en France

La controverse « privatiste » : la reconnaissance du droit à la vie privée comme un droit de la personnalité

Les juristes de droit privé, longtemps indifférents à la théorie des libertés publiques, ont cependant élaboré une théorie des droits de la personnalité, droits présentés comme des droits fondamentaux de la personne humaine car considérés comme inaliénables. À l'origine, le droit à la vie privée était protégé par le biais d'un droit subjectif et par le biais de la responsabilité civile (article 1382 C. civ) par la jurisprudence. La consécration du droit au secret des lettres confidentielles puis au droit de la personne sur son image ont conduit à la reconnaissance d'un droit général au respect de la vie privée. La vie privée fut reconnue comme un droit de la personnalité, prérogative attachée à la

¹² Cité par I. HARNOIS: *op. cit.* page 678.

personne, par la loi du 17 juillet 1970 (longtemps après son affirmation en jurisprudence) qui introduisit l'article 9 du Code civil, lequel dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Celui-ci se définit par rapport à la notion de droit subjectif qui selon les « volontaristes » est un « pouvoir reconnu à l'individu par un droit objectif, afin de lui assurer un domaine où sa volonté règne, indépendante de toute volonté étrangère »¹³.

Le respect de la vie privée, qui s'impose à l'employeur à l'égard de la vie extra-professionnelle du salarié s'étend à l'exécution même de la prestation de travail. La disposition de l'article 9 du Code civil s'applique même dans les rapports de travail. Il y a donc un droit à l'intimité, au secret de la vie personnelle qui ne se trouve pas aliéné par le consentement au rapport de subordination¹⁴. Dans cette vue, les limites à la subordination seront envisagées sur le terrain du rapport contractuel (et non sur celui des rapports de pouvoirs entre gouvernants et gouvernés au sein de l'entreprise, considérée comme une institution) soit: comment interpréter la volonté contractuelle de l'employé de se placer sous l'autorité de l'employeur? Cette subordination acceptée est limitée à l'exécution de la prestation de travail. Il est libre dans la vie extra-professionnelle, mais continue d'être soumis à l'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi. Enfin, il ne consent à des atteintes à sa vie privée (liberté de caractère inaliénable) pendant le travail qu'afin d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

Une conception « publiciste » de la vie privée et la valeur constitutionnelle de celle-ci

Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ont déclaré inconstitutionnelles des dispositions légales qui apportaient des limitations au secret de la vie privée au profit d'agents de l'autorité publique. Ceci ressort de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules¹⁵ qui constitutionnalise indirectement la vie privée par le biais de la liberté individuelle, et de la décision du 18 janvier 1995 relative à la vidéosurveillance. Le droit à la vie privée consacré par l'article 9 du Code civil et reconnu comme un Droit de l'Homme par l'article 8 de la Convention européenne est un droit à valeur constitutionnelle.

Selon J. RIVERO, « les libertés publiques sont des pouvoirs en vertu desquels l'homme, dans les divers domaines de la vie sociale, choisit lui même son comportement, pouvoirs reconnus et organisés par le droit positif qui leur accorde une protection renforcée et les élève au niveau constitutionnel »¹⁶.

Peut-on parler de libertés publiques (c'est-à-dire des libertés qui intéressent les rapports entre l'État et les particuliers) et, d'un autre côté, de libertés privées (qui n'intéressent que les rapports entre personnes privées)? Non, et contrairement à une conception libérale qui prône la supériorité de l'individu sur le groupe, considérant que les libertés publiques n'intéressent que les rapports entre l'État (ennemi de la liberté) et les particuliers, le fait que ce soit l'État qui reconnaisse ces libertés (dans le droit positif) et les garantisse, entraîne que les libertés publiques intéressent les rapports entre particuliers et donc ceux existants dans l'entreprise¹⁷. Ainsi, la sphère de l'autodétermination englobe la vie économique et professionnelle¹⁸. L'État qui protège le faible contre le fort et assure une zone d'autodétermination aux citoyens doit dès lors les protéger dans les relations privées. Le

¹³ P. KAYSER, citant Savigny: « Droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971, p. 448

¹⁴ J. SAVATIER: La liberté dans le travail, *Dr. soc*, n° 1, janvier 1990, page 49.

¹⁵ Décision n. 76-75 DC, cité dans *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1977, p 33

¹⁶ J. RIVERO: *Les libertés publiques*, PUF, 1984, Page 29

¹⁷ Observons l'opinion inverse de M. Braud qui définit, au contraire, les libertés publiques comme des obligations négatives de l'État.

¹⁸ J. RIVERO: Libertés publiques dans l'entreprise, *Dr. Soc.*, 1982, page 421

concept émergeant de citoyenneté dans l'entreprise, lié à une volonté d'instaurer une « démocratie économique » vise à transposer les Droits de l'homme et du citoyen affirmés dans le cadre de la société politique aux citoyens-travailleurs afin de leur permettre d'assurer leur défense face au pouvoir du chef d'entreprise.

En outre, si « une des caractéristiques majeures d'un État totalitaire est l'abolition de toute frontière entre la vie sociale et la vie privée, la volonté de régir non seulement les activités publiques mais aussi la vie privée des personnes », le monde clos « de l'entreprise ne saurait se comporter en État totalitaire et exiger plus que l'aptitude à l'emploi puis plus que la prestation de travail qui est convenue »¹⁹. Les juges devraient donc se fonder sur les libertés publiques plutôt que sur les concepts de droit privé lorsqu'ils sont saisis de problèmes relatifs aux renseignements sur la vie privée.

Comment déterminer ici cette subordination? Le travailleur, comme le citoyen trouve une limite à sa liberté dans l'égalité de liberté d'autrui. L'employeur, pour atteindre ses finalités assignées par ceux qui en assument la responsabilité nécessite des limitations aux libertés du travailleur. Mais une limite: la dignité de la personne, « minimum intangible » inaliénable selon le professeur RIVERO²⁰.

Deux principes viennent donc restreindre les limitations nécessaires. Tout d'abord, si la police dispose de procédés coercitifs dans les conditions fixées par la loi pour perquisitionner, imposer l'alcootest, écouter, surveiller..., l'employeur, en tant que personne privée ne peut s'en prévaloir car il s'agit de prérogatives inhérentes à la puissance publique. D'autre part, la finalité de la police est le maintien de l'ordre public et par conséquent tout ce qui excède les nécessités de l'ordre public est illégal. De même, dans l'entreprise, seules les exigences provenant de la finalité de celle-ci peuvent justifier des limitations aux libertés dont le principe est inclus dans la subordination contractuelle.

1.2.2.1.2. Les dispositions légales au Québec

Les juristes québécois se sont interrogés sur les possibilités de considérer le milieu de travail comme un lieu visé par la protection de la vie privée. Se posait le problème de savoir s'il existait une « sphère de protection de la vie privée ». La grande controverse française (toujours d'actualité) sur la reconnaissance du droit au respect de la vie privée comme un droit de la personnalité n'a pas soulevé autant de polémiques au Québec.

Toute une série de dispositions législatives assurent directement ou indirectement une protection de la vie privée. Tout d'abord, la Charte canadienne des droits et libertés (applicable seulement par rapport à l'État) ne contient aucune disposition explicite sur le droit au respect de la vie privée et ceci est volontaire car une proposition en ce sens fut repoussée lors du vote de la Charte. Cependant, son article 8 disposant que « chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » permet indirectement une protection de la vie privée et pourra s'appliquer dans certains cas où il s'agira d'une entreprise publique.

Aussi, la Charte québécoise des droits et libertés de la personne qui, contrairement à la Charte canadienne, s'applique aux rapports entre les personnes privées, affirme dans son article 5 que « toute personne a droit au respect de sa vie privée ». D'autres articles apparaissent comme pertinents en la matière : l'article 4 sur la sauvegarde de la dignité, l'article 24 (« nul ne peut faire l'objet de saisie, perquisition ou fouille abusive ») et enfin l'article 46 qui dispose que « toute

¹⁹ G.LYON-CAEN: *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport, La documentation française, 1991, p. 65

²⁰ J. RIVERO: Libertés publiques dans l'entreprise, *Dr. Soc.*, 1982, page 422

personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique ». Cette dernière disposition est particulièrement importante en la matière car elle fut souvent soulevée afin de contester le droit de l'employeur à surveiller, par caméra vidéo ou autres moyens, des employés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise. Cet article a aussi été invoqué contre des employeurs en matière de fouilles, de perquisitions des effets personnels de leurs employés et de la fouille d'un casier personnel ou d'un sac à la sortie d'une usine. La plupart de ces droits ne peuvent être restreints que par la loi, selon les critères de justification exigés par l'article 9.1, soit le critère de la « raisonabilité ». Ainsi, ce droit a une valeur constitutionnelle et quasi-constitutionnelle au Québec.

Enfin, le Code civil du Québec contient plusieurs dispositions relatives à ce droit : son article 3 consacre le droit au respect de la vie privée comme l'un des attributs de la personnalité et l'article 35 énonce :

« 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 36²¹ énumère une série de présomptions simples de violation de la vie privée, liste non exhaustive. Cet article attache une certaine importance au lieu privé, comme le montre son troisième alinéa.

De plus, l'article 2087 prévoit des obligations de l'employeur pour « protéger la santé, la sécurité et la dignité du travailleur » et l'article 2858 prévoit l'irrecevabilité d'un élément de preuve portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux et qui discréditerait la justice (conditions cumulatives).

Le droit à la vie privée des personnes jouit également d'une protection particulière concernant le contrôle de renseignements personnels, ce qui ressort des articles 37 à 41 du Code civil du Québec. Il s'agit, pour résumer, du droit de chacun de déterminer quand, comment et dans quelle mesure des renseignements qui le concernent seront recueillis, conservés, rectifiés et communiqués.²²

La reconnaissance d'un droit à la vie privée en milieu de travail va dépendre du fondement et des limites données aux pouvoirs de l'employeur.

1.2.2.2 Fondement et portée des pouvoirs de l'employeur

L'organisation de l'entreprise est hiérarchique et le pouvoir de commandement (direction, réglementation et édition de normes internes dans le règlement intérieur notamment) assorti du

²¹ « peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants:

- 1- Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;
- 2- Interceptor ou utiliser volontairement une communication privée;
- 3- Capter ou utiliser son image, sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;
- 4- Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;
- 5- Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute fin autre que l'information légitime du public;
- 6- Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels. »

²² L'article 37 établit les principes généraux en matière de protection de renseignements personnels: « Toute personne qui constitue un dossier sur une autre doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution ; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.»

pouvoir disciplinaire appartient au chef d'entreprise. Le pouvoir de direction concerne la gestion de l'entreprise (l'employeur peut ainsi déterminer le rythme de la production, l'utilisation du matériel...) et le personnel (l'employeur répartit les tâches, licencie...).

Ce pouvoir de direction trouve son appui et son complément dans le pouvoir réglementaire (pouvoir par lequel l'employeur peut élaborer unilatéralement des règles générales s'imposant à tous les salariés de l'entreprise, ce qui ressort du règlement intérieur) et le pouvoir disciplinaire (qui est la faculté d'appliquer des sanctions quasi pénales en cas de méconnaissance des normes internes de l'employeur dans le cadre de l'entreprise). En outre, prévoir que les courriers électroniques peuvent être lus, en dehors de toute peine sanctionnant le résultat, correspond à l'exercice du pouvoir normatif et non disciplinaire. Enfin, le règlement intérieur est avant tout un règlement disciplinaire très contraignant pour les salariés édicté unilatéralement par l'employeur.

Les fondements du pouvoir patronal sont l'objet d'une grande controverse opposant la théorie privatiste, contractuelle et patrimoniale, à la théorie publiciste institutionnelle. Selon la première thèse, le salarié aurait implicitement accepté lors du recrutement, les conditions édictées par l'employeur dans le règlement intérieur. Le règlement, accessoire du contrat de travail (principal) proviendrait dès lors d'un accord de volonté, fera par conséquent la loi entre les parties et s'imposera au juge. Ainsi, en vertu de cette thèse, il faut chercher le fondement du pouvoir patronal dans la propriété sur les biens de l'entreprise (ce qui justifierait les pouvoirs de direction économiques de l'entreprise par son chef) et c'est le contrat de travail qui permettra d'expliquer les pouvoirs des chefs d'entreprise sur les personnes. Ceci laisse une large place au pouvoir discrétionnaire; les seules limites au pouvoir de l'employeur relevant de l'abus de droit.

L'autre thèse voit dans l'employeur, « législateur naturel », un « pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité de responsable » du bien commun des membres de l'entreprise. Ce qui fonde les pouvoirs de l'employeur (normatif et disciplinaire), ce sont donc les responsabilités assumées par celui-ci²³. L'entreprise ici, est considérée comme une société hiérarchique où le personnel n'a pas de pouvoir de décision et dont la finalité est d'assurer le bien commun de tous ses membres. La sanction disciplinaire est considérée comme une sanction répressive et non civile car elle vise à punir l'employé coupable. En outre, cette conception du pouvoir disciplinaire et normatif justifie l'interventionnisme judiciaire par peur que l'entreprise ne devienne une « dictature »²⁴. Ceci permet un contrôle beaucoup plus étendu.

Dans la pratique, la jurisprudence française semble avoir retenu la théorie contractuelle comme fondement des pouvoirs de l'employeur; l'utilisation d'autres thèses n'étant que pour permettre de préserver les prérogatives de l'employeur. Ainsi, le règlement intérieur était glorifié d'une pseudo légalité et pouvait organiser une répression arbitraire car il pouvait contenir (et cela était le cas fréquemment) des dispositions contraires aux libertés fondamentales de la personne, contraires aussi au droit du travail.

Dans une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation avait appliqué la théorie contractuelle pour fonder la force obligatoire du règlement intérieur et écarter le contrôle du juge de la proportionnalité des fautes et sanctions disciplinaires²⁵. Puis, elle employa la formule (qui reflète l'influence de la théorie institutionnelle): « l'employeur possède un pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité dont il a la faculté, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de

²³ Cité par J.C JAVILLIER: *Droit du travail*, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, 2^e édition, p. 222.

²⁴ A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, t. 2, Paris, Sirey, 1978, n. 360, p. 198

²⁵ Civ. 14 fevr, *D.P.*, 1866, I, 84

faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire »²⁶, mais dans le but d'éviter une analyse contractuelle qui aurait limité l'exercice du pouvoir disciplinaire. Enfin, dans la célèbre affaire *Brinon* de 1956²⁷, elle rejeta cette thèse institutionnelle et se référa au droit de propriété pour faire échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité un employeur qui n'avait pas respecté de manière évidente les exigences du « bien commun » de l'entreprise. On observe ainsi une confusion des trois pouvoirs (de direction, réglementaire et disciplinaire) du chef d'entreprise à laquelle correspondait une confusion de leurs fondements, qui étaient indistinctement recherchés dans le contrat, l'institution, la propriété.

Mais ceci a subi une évolution notable depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 (qui s'inspire de la jurisprudence *Corona*²⁸): désormais, en France, le règlement et le pouvoir disciplinaire de l'employeur font l'objet de dispositions législatives. Notamment, l'article L 122-35 introduit, dispose que « le règlement intérieur ne peut contenir de clauses contraires aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise et l'établissement. Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne peut comporter de disposition lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale ». Cette loi introduit ainsi la question des libertés publiques dans l'entreprise afin de soumettre le pouvoir réglementaire et disciplinaire de l'employeur à un contrôle plus serré.

En droit québécois, la thèse contractuelle est prépondérante et la thèse institutionnelle n'a eu quasiment aucun écho. Contrairement à la situation française, la question du fondement du pouvoir réglementaire et disciplinaire au sein de l'entreprise n'a suscité que peu de réflexion. Ceci est dû à une analyse contractualiste des rapports juridiques au sein de l'entreprise. Cette prépondérance de la conception contractuelle est due à l'opposition « classique » entre le caractère unilatéral du droit public et le caractère consensuel du droit privé. Partant de ce postulat, seul l'État aurait le droit exclusif de modifier unilatéralement les droits et obligations des tiers²⁹. Le droit civil reposant sur la notion d'obligation, « toute manifestation d'un pouvoir du type institutionnel (à titre d'exemple : le pouvoir de direction et le pouvoir disciplinaire) ne pourrait que découler de l'engagement réciproque des parties par le jeu de l'acceptation et de la négociation (individuelle et collective) ». MOCKLE affirme ensuite : « Par conséquent, affirmer l'objet privé de la réglementation comme expression de l'autonomie institutionnelle d'une entreprise privée, c'est évoquer inévitablement une dimension à peu près absente des ouvrages de droit du travail au Québec [...] Et comme les notions de discipline et de réglementation n'existent pas pour le droit civil, toute manifestation d'autorité (direction, discipline, réglementation) est associée de manière confuse à la soumission volontaire du salarié dans le cadre du contrat de travail, peu importe que l'entente soit individuelle ou collective »³⁰. Cette thèse contractuelle va reconnaître des droits très larges au patron en raison de l'emphase donnée au droit de propriété. Le contrat et le droit de propriété forment un couple inséparable, permettant une maîtrise juridique des biens de l'entreprise et une domination des personnes y travaillant. Il va en découler une confusion entre les différents pouvoirs: si la propriété peut conférer exclusivement à l'employeur les pouvoirs de direction économique de son entreprise,

²⁶ Soc. 16 juin 1945 (Poliet Chausson) *Dr. Soc* 1946, 427, obs. P. DURAND

²⁷ Soc. 31 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9397, obs ESMEIN

²⁸ CE, 1^{er} févr. 1980, *Dr soc.* 1980, 310, concl. A. BACQUET où pour la première fois, le Conseil d'État déclara illégale un règlement intérieur qui contenait une clause portant atteinte aux droits de la personne.

²⁹ D. MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisation », (1992) 33 *C. de D.*, p. 973.

³⁰ D. MOCKLE, *Ibid.*, p. 995. V. aussi A. LAJOIE : *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistages de drogues en milieu de travail: illégalité ou pluralisme ?*, Cowansville, Québec, éditions Y. Blais, 1995, p. 7

la propriété, par un effet « tâche d'huile », va fonder l'ensemble des pouvoirs patronaux à l'égard du salarié. Le droit du travail étant appréhendé dans un cadre uniquement contractualiste, la notion de liberté publique est étrangère au monde de l'entreprise. L'encadrement juridique du règlement intérieur est quasi inexistant et laissé à la discrétion de l'employeur dans l'utilisation de ses pouvoirs de direction et de gérance. Alors que le pouvoir normatif de l'employeur devrait être limité à la finalité de l'entreprise (issue de la loi constitutive de celle-ci) et dans les limites de la subordination (le pouvoir de contrainte des tiers en dehors de ces fondements revenant à l'État) l'entrepreneur va user de ces prérogatives pour réglementer des conduites extérieures à ces deux fondements³¹.

On observe ainsi un certain phénomène d'autonomisation du droit disciplinaire québécois: celui-ci se construit en dehors de la hiérarchie des normes, en dehors des autres normes de droit du travail, civil, criminel, constitutionnel... Andrée LAJOIE s'est interrogée sur une possibilité de pluralisme juridique. Selon l'auteure, par pluralisme il faut entendre un concept qui permet de « reconnaître l'existence d'une multiplicité de régimes juridiques particuliers portés par des ordres juridiques distincts sur un même territoire au même moment, pour prendre acte du fait « que l'État occidental, tel que nous le connaissons au Canada et au Québec, n'a sociologiquement pas le monopole de la régulation juridique »³². Ainsi, un ordre juridique doit remplir trois fonctions : élaboration, interprétation et application des règles mais d'autres conditions (comme les objectifs des groupes cernés et une égalité suffisante entre les forces) semblent nécessaires pour qu'on arrive à une autonomie complète.

Enfin, une certaine jurisprudence arbitrale, reprise par une certaine doctrine fonde le pouvoir disciplinaire sur « l'intérêt légitime de l'employeur ». Mais, il est difficile de soutenir qu'un simple intérêt puisse devenir un droit sans loi exprès.

1.2.2.3. L'apport jurisprudentiel en droit du travail

1.2.2.3.1. L'apport jurisprudentiel en droit du travail français

Le droit à la vie privée se retrouve dans l'article 9 C. civ. mais également dans des dispositions spécifiques du Code pénal (concernant les écoutes téléphoniques – article 226-1 et article 368-1 ancien du Code Pénal –, la violation du secret des correspondances – article 226-15 –, l'enregistrement d'images, l'enregistrement vocal...) et en droit du travail explicitement (article 122-45 C. du travail).

Au terme de l'article 121-8 du Code du travail (ajouté par une loi de 1993), « aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à l'embauche ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté personnellement à la connaissance du salarié ». Ce texte vise tous les procédés modernes de surveillance comme les caméras vidéos, autocommutateurs téléphoniques, magnétophones et maintenant les courriels, procédés qui permettent d'enregistrer les images du salarié à son poste de travail, ses conversations téléphoniques ou les conversations dans son bureau, ou encore qui permettent d'identifier ses interlocuteurs... Cet article permet d'interdire les pratiques que l'article 221-6 C. pen ne réprime pas nécessairement. La jurisprudence antérieure (et postérieure) prévoyait une deuxième condition cumulative pour que l'employeur soit autorisé à filmer ou enregistrer ses salariés: que le salarié soit averti et qu'il y ait des circonstances

³¹ A. LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistages de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 7.

³² A. LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistages de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 60

exceptionnelles (vols répétés, problèmes graves de sécurité). Mais il ressort de l'article L 120-2 du Code du travail, disposition introduite en 1992, que la soumission à un espionnage permanent ou même ponctuel, est manifestement contraire aux droits des personnes et libertés individuelles en dehors des circonstances exceptionnelles comme celles avancées plus haut. Les juges semblent se soucier « de ne pas transformer l'existence des hommes en espionnage permanent » ou « d'instaurer dans l'entreprise un intolérable climat de méfiance »³³.

Ainsi par exemple, la Cour de cassation dans la célèbre affaire *Néocel* avait déclaré abusif le licenciement d'une salariée surprise à voler dans la caisse car la preuve du vol avait été rapportée par une caméra filmant la salariée à son insu, ce qui violait son droit, mais également celui de ses collègues, au respect de la vie privée tel qu'issu de l'article 9 C. civ, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 368 du Code pénal (article 226-1 nouveau du C. pen)³⁴. Les enregistrements dans un seul but de contrôle ou de surveillance, effectués à l'insu des salariés, quelques soient les motifs, sont des modes de preuve illicites. La doctrine et la jurisprudence soient défavorables à l'utilisation de moyens clandestins pour enregistrer la voix des personnes ou pour enregistrer leur comportement. Il ressort de ceci que si le salarié doit loyauté à son employeur, la réciproque doit être vérifiée. Ceci provient du principe de loyauté contractuelle issu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Ainsi, ce qui est important, ce sont les circonstances de l'enregistrement, le consentement exprès et éclairé des salariés étant la pierre de touche. Observons cependant qu'en matière pénale les contraintes probatoires sont différentes. Ainsi, dans une affaire du 6 avril 1994 où la preuve du détournement de fonds par un salarié d'une pharmacie au préjudice de son employeur avait été rapportée par une caméra cachée, la Cour déclara : « qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite et déloyale; [...] il leur appartient seulement en application de l'article 427 du Code de procédure pénale d'en apprécier la valeur probatoire »³⁵. Enfin, pour être permanente, cette vidéosurveillance devrait avoir des raisons objectives et incontestables. Notamment: surveiller l'intégrité physique d'un salarié isolé travaillant sur une machine dangereuse ou la surveillance de lieux « sensibles » comme un une agence bancaire et pas le simple contrôle de la productivité. Aussi, selon la doctrine de la CNIL, cet enregistrement correspond à une collecte de données nominatives et l'entreprise devrait donc respecter les obligations issues de la loi du 6 janvier 1978 et notamment les principes de transparence, sécurité, droit d'accès et droit à l'oubli.

La jurisprudence relative à l'écoute téléphonique va dans le même sens. Elle a condamné presque unanimement tout enregistrement clandestin des paroles et communications téléphoniques d'un salarié pendant les heures de travail et sur les lieux de travail, sur la base de dispositions pénales (article 226-1 nouveau du Code pénal qui réprime toute atteinte à l'intimité de la vie privée par quiconque écoute, enregistre ou transmet au moyen d'un appareil quelconque les paroles d'une personne sans le consentement de celle-ci) et civiles (article 9 du Code civil). En outre, l'ancien article 368 ne s'appliquait que dans des lieux privés (contrairement à l'article 226-1 C. pen), mais la jurisprudence avait une conception large de celui-ci et l'expression pouvait viser le bureau dans lequel l'employé passait ses communications téléphoniques personnelles³⁶ et même la cantine de l'entreprise³⁷. Rappelons que cette communication est bidirectionnelle et par conséquent la vie privée de l'autre interlocuteur est aussi atteinte. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris du 7 mai 1997 avait condamné pour atteinte à la vie privée par captation de paroles d'une personne sans

³³ J-E. RAY: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, *Dr. soc*, n° 6, juin 1992, page 525.

³⁴ Soc. 20 dec 1991, *D* 1992, J 73, concl Y. CHAUVY

³⁵ Cass crim. 6 avril 1994, *Gaz Pal*, 1994, II jur. P. 489, note J.P Doucet

³⁶ Cass crim 8 décembre 1983, Bull. crim. 1983 n.333. p860

³⁷ TGI St Étienne, 19.4.1977.

son consentement, un employeur qui avait mis en place un dispositif d'interception des communications téléphoniques. Les salariés n'avaient pas été informés du dispositif mis en place. En outre, la décision relève qu'il n'était pas possible de distinguer, sauf précisément en les captant, les communications relevant exclusivement de la sphère privée. La Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), s'est penchée sur la question des écoutes téléphoniques dans son rapport de 1997³⁸. Ceci faisait suite à une déclaration de mise en œuvre de systèmes d'écoute et d'enregistrement des conversations téléphoniques d'entreprises de vente directe d'assurance par téléphone. L'entreprise voulait superviser les « chargés de clientèle » en effectuant un contrôle qualité de leurs prestations téléphoniques. La commission a posé toute une série de recommandations et notamment : information préalable des salariés (et des clients), mise à disposition de lignes distinctes des lignes de service, droit d'accès des salariés aux enregistrements et droit de faire des observations et effacement des enregistrements après les écoutes. Aussi, mentionnons le problème des autocommutateurs qui permettent de relever les numéros et permettent donc l'identification des tiers appelés (ce qui pourrait porter atteinte à la vie privée de ceux-ci). Selon la CNIL, il s'agit d'informations indirectement nominatives (au terme de l'article 4 de la loi de 1978) et elle avait exigé que les quatre derniers numéros soient occultés. Mais les relevés des autocommutateurs ayant pour but de distinguer les appels personnels de ceux pour le compte de l'entreprise, la recommandation fut déclarée inadéquate. Tout autocommutateur doit en outre être déclaré à la CNIL³⁹.

Enfin, la solution issue de l'arrêt de principe *Néocel* du 20 novembre 1991 s'applique désormais à tout dispositif de contrôle qui ne serait pas préalablement porté à la connaissance des salariés. Ainsi en est-il des comptes rendus de filatures établis par un détective privé⁴⁰.

La jurisprudence relative aux procédés traditionnels de surveillance et aux règlements intérieurs est intéressante et apporte aussi un appui à l'interdiction des procédés clandestins. En effet, dans l'arrêt *Peintures Corona* de 1980⁴¹, le Conseil d'État pour la première fois déclara illégales les clauses d'un règlement intérieur qui prévoyaient un alcootest pour les salariés car il portait « atteinte aux droits de la personne » (sauf dans des conditions précises). Rappelons que jusque là, le règlement intérieur, demeurait un pouvoir discrétionnaire de l'employeur. Aussi, les clauses d'un règlement intérieur autorisant l'employeur à ouvrir le courrier personnel des salariés (courrier adressé au salarié au siège de l'entreprise) ont été interdites⁴² (l'article 226-15 du code pénal s'applique entre autres). De même, des règlements intérieurs prévoyant la fouille systématique et inopinée de vestiaires⁴³ ou la fouille des armoires, tiroirs ou voiture personnelle⁴⁴ ont été annulés. Ces deux moyens permettent en effet à l'employeur d'apprendre bien des choses sur son état de santé, sa vie amoureuse... Pour que ces actes soient autorisés, il faut qu'ils soient nécessités par la finalité de l'entreprise et il faut l'accord du salarié et sa présence ou que de tels actes soient pratiqués en la présence d'autorités publiques saisies à la suite d'une infraction⁴⁵. Dans une affaire présentée à la Cour d'appel de Rouen en 1996, un employeur, après avoir obtenu du salarié le code d'accès personnel à son ordinateur avait dressé un procès-verbal de constat de la découverte de trois

³⁸ V. Rapport de la CNIL pour 1997, La Documentation Française 1998

³⁹ S. LEFEBVRE: *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 41

⁴⁰ Soc ; 22 mai 1995, C.S.B. n° 71, A37, p. 197.

⁴¹ CE 1^{er} févr. 1980, *Dr. Soc.* 1980, 310, concl. A. BACQUET

⁴² Cass. réunies, 24 janvier 1994, concl. Y. CHAUVY, *Dr. Ouvrier*, avril 1994, p. 151

⁴³ CE 12 juin 1987, *Dr. Soc.*, 1987, p. 655

⁴⁴ Soc. 9 avril 1987, Bull n°205

⁴⁵ Observons que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 1977 avait déclaré que la fouille des véhicules en dehors d'une menace d'atteinte à l'ordre public portait atteinte aux principes essentiels sur lesquels reposaient la liberté individuelle... Et encore: cette fouille était effectuée par la police d'État et non par une police privée.

logiciels étrangers à l'activité de la société. Les juges refusèrent cette preuve pour justifier le renvoi car le salarié était absent à ce moment là.

Enfin, la jurisprudence française en matière sociale semble généralement refuser la recevabilité des preuves électroniques. Citons à cet égard une jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence où la Cour avait refusé l'admissibilité d'un film-vidéo, estimant que le document fourni ne présentait pas de garanties suffisantes d'authenticité et d'impartialité⁴⁶.

Cette position réticente de la jurisprudence française s'explique par le fort risque de déséquilibre entre le droit de regard et de surveillance de l'employeur et le droit à la vie privée des employés dû au développement des nouvelles technologies. Le principe est l'interdiction de toute intrusion de l'employeur dans cette sphère protégée de l'individu et toute exception doit être interprétée strictement. Les droits fondamentaux sont prépondérants.

1.2.2.3.2. La reconnaissance jurisprudentielle en droit québécois

La jurisprudence québécoise se réfère souvent à la jurisprudence américaine dans le domaine. Ainsi, deux limites étaient invoquées traditionnellement: l'une territoriale et l'autre tenant au consentement implicite d'atteinte accordé par la conclusion du contrat de travail. À l'image des juristes américains qui restreignaient l'atteinte à la vie privée à l'intrusion physique dans la maison d'une personne, dans sa solitude⁴⁷, certaines décisions arbitrales restreignaient la pertinence du concept de vie privée aux «lieux privés» mentionnés au 3^e alinéa de l'article 36 C.c.Q.

L'arrêt *Société des Alcools du Québec et syndicats des employés des magasins et bureaux de la SAQ*⁴⁸ énonçait que «le salarié dans l'exécution de ses fonctions a des agissements qui n'appartiennent pas à sa vie privée, sauf exception[...] je pense à des conversations privées entre salariés pendant des périodes de pause ou encore à des circonstances qui de par leur nature même, sont du domaine strictement privé (aller à la toilette par exemple) ».

Cependant, la Cour Suprême du Canada, dans l'arrêt *R c. Dymont* avait refusé de réserver au seul domicile de l'individu l'étendue de cette « sphère de protection de la vie privée »⁴⁹.

Aussi, M^e Yves BOURDEAU énonçait que « les notions de "lieu privé" et de "vie privée" sont relatives et dépendent de l'attente raisonnable de protection de la vie privée ». Ce critère du « droit de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée » fut dégagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter c. Southam* de 1984⁵⁰ et visait les intrusions de l'État dans la vie privée de ses citoyens. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada avait reconnu que le caractère abusif d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie devait s'apprécier, entre autres, en tenant

⁴⁶ CA Aix-en-Provence 4 janvier 1994, *JCP (G)*, 1995, II, 22514

⁴⁷ Voir en ce sens *Stanley V. Georgia* où la Cour Suprême des États-Unis fut conduite, en raison de cette « zone de vie privée » entourant la maison à déclarer qu'un individu ne pouvait pas être arrêté dans sa maison pour seulement une possession de matériel obscène et le Juge Th. Marshall écrivit : « If the First Amendment means anything, it means that a State cannot tell a man sitting alone in his own house, what book he may read or what films he may watch. »

⁴⁸ [1983] T.A. 335. Il s'agissait d'une surveillance électronique d'un employé particulier alors que l'employeur avait des motifs de croire que ce dernier avait commis un vol. Son respect à la vie privée n'était pas violé selon la Cour.

⁴⁹ *Rc. Dymont* [1988] 2RCS 417 « comme nous l'avons déjà souligné, les revendications d'ordre territorial étaient à l'origine légalement et conceptuellement liées à la propriété, ce qui signifiait que les revendications d'un droit à la vie privée en ce sens étaient, sur le plan juridique, largement confinées au domicile. Mais, comme Westin le fait observer, [traduction] « protéger la vie privée au domicile seulement... revient à protéger ce qui n'est devenu, dans la société contemporaine qu'une petite partie du besoin environnemental quotidien de la vie privée de l'individu ».

⁵⁰ [1984] 2 R.C.S. 145

compte de l'objet fondamental de cette garantie constitutionnelle, soit : « celui de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans la vie privée ». Ainsi, par cet arrêt sont rejetées l'idée, les revendications d'ordre territorial de la vie privée, qui étaient liées à la propriété. Reprenant une jurisprudence américaine *Katz* de 1967⁵¹, est affirmé que ce qui est protégé ce sont les personnes et non l'atteinte à la propriété. La Cour exécute un nouveau test désormais, mettant en balance les intérêts du gouvernement dans la fouille et l'expectative de vie privée des individus. La Cour suprême utilise le concept d'attente raisonnable en matière de vie privée comme outil d'évaluation du domaine de la vie privée. C'est l'étude de cette notion d'attente raisonnable qui permettra de fixer la limite du domaine subjectif de la vie privée.

Enfin, le fait que le salarié soit tenu par un lien de subordination issu d'un contrat est une circonstance qui entraîne pour le salarié un caractère restrictif de l'appréciation du « droit d'attente raisonnable » au respect de la vie privée. En outre, le fait qu'il y avait un contrat entre l'employeur et l'employé était considéré comme une renonciation, un consentement implicite (fiction contractuelle) à l'atteinte au droit à la vie privée. Cependant, dans l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*⁵² est reconnue une sphère d'autonomie en matière de décisions personnelles fondamentales (en l'occurrence, le choix de la résidence) et le juge Laforest rejette la possibilité d'une renonciation contractuelle au droit à la vie privée, sauf s'il y a un consentement libre et éclairé, quant à certaines composantes de ce droit (ce n'est pas le cas de tout élément du contrat de travail sur lequel le salarié ne possède aucun pouvoir de négociation).

Ainsi, bien que le droit à la vie privée soit considéré comme un droit fondamental de la personne affirmé dans la Charte des Droits et Libertés de la Personne, dans le nouveau Code civil du Québec et reconnu comme tel par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans son interprétation de la Charte Canadienne des Droits et Libertés, il s'impose difficilement en droit du travail.

Ceci est dû au fait que la plupart des décisions arbitrales s'énonceraient sans tenir compte de l'ensemble des éléments du droit et en dehors des principes de légalité, de hiérarchie des normes. En effet, si l'État a besoin d'un mandat pour perquisitionner, filmer, fouiller, il en va différemment en matière sociale et une distinction est à faire selon qu'il s'agit d'un citoyen ou d'un citoyen-salarié. En outre, le pouvoir patronal d'imposer sa volonté au travailleur, comme nous l'avons dit précédemment, n'a pas fait l'objet de grands développements théoriques au Canada et au Québec. Les fondements des pouvoirs normatif et disciplinaire ne sont pas définis et apparaissent alors comme inhérents et illimités. Il n'y a pas d'autonomie complète du pouvoir patronal créant un nouvel ordre juridique, mais on peut parler de « quasi-pluralisme » comme l'évoquait A. Lajoie⁵³

En outre, cette tendance arbitrale qui favorise un pouvoir très large de l'employeur en matière de contrôle de la vie privée des employés ne vise en fait que le pouvoir disciplinaire, s'appuie sur la propriété privée implicitement et considère les intérêts des employeurs comme des droits⁵⁴.

Étudions maintenant les jurisprudences rendues en matière de fouille, de surveillance électronique et d'écoute téléphonique. La jurisprudence arbitrale a reconnu que le droit de gérance de l'employeur ne suffit pas à lui seul à justifier le recours à la fouille. Cependant, selon la

⁵¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

⁵² *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q(CA) 2561

⁵³ Voir ce qui a été dit précédemment sur le pouvoir patronal p. 20 et s. et A. LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistages de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 63

⁵⁴ A. LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistages de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 21

jurisprudence, l'employeur peut acquérir ce droit de deux manières⁵⁵ : contractuellement ou par le biais d'une pratique passée. Soit : les employés sont sensés savoir que la vérification de leurs effets personnels fait partie de leurs conditions d'emploi. Certaines circonstances ont été reconnues par la jurisprudence comme permettant un droit de fouille (à l'insu même des employés ou sans leur consentement entre autre), notamment, de nombreux vols de biens appartenant à l'employeur, les soupçons de vol contre un employé. Ces soupçons doivent être réels et sérieux pour que l'employeur soit justifié à fouiller cet employé et son casier. L'employeur doit cependant prouver que des mesures moins contraignantes ont été infructueuses.

Aussi, les employeurs pourront exercer une surveillance électronique de leurs salariés. Pour certains auteurs comme C. D'AOUST, L. LECLERC et G. TRUDEAU⁵⁶ cette question ne devrait pas être examinée sous l'angle du droit à la vie privée, mais plutôt sous celui des conditions de travail raisonnables car « il faut en effet reconnaître qu'en milieu de travail, sauf exception très particulière, la vie privée du salarié est plutôt restreinte »⁵⁷. Cependant, la vidéo-surveillance permet de montrer des traits de caractère qui ressortissent à la personnalité et sont donc extérieurs au domaine du travail; par conséquent, il semble correct de l'envisager sous l'angle du respect de la vie privée.

La surveillance électronique des salariés par les employeurs devra remplir certaines conditions. Tout d'abord, il ne pourra pas être fait usage de cette technique pour surveiller le comportement et la productivité des salariés et cette surveillance ne devra pas être continue. Cette limitation permet des « conditions de travail raisonnables » telles qu'issues de l'article 46 de la Charte Québécoise. La surveillance à l'insu du (es) salarié (s) sera permise dans des conditions particulières, généralement le vol de bien ou d'argent. Ceci ressort notamment de l'arrêt *Association des techniciennes et techniciens en diététique du Québec et Centre hospitalier Côte des Neiges* de 1993⁵⁸ où, si la surveillance électronique est autorisée, celle-ci fut déclarée illégale car l'emplacement de la caméra était inadéquat et assujettissait les travailleurs à une surveillance constante. En l'espèce : suite à des problèmes de vol, l'employeur avait placé une caméra qui, au lieu de filmer le coffre fort, avait filmé l'ensemble de l'atelier.

En matière d'écoute téléphonique : dans l'affaire *Roy c. Saulnier*⁵⁹ avait été jugé que des conversations téléphoniques tenues à l'occasion du travail ne sont pas censées concerner la vie privée des salariés et l'enregistrement clandestin de ces conversations peut être effectué sans porter atteinte à l'intimité de la vie privée (*quid* de la vie privée de l'interlocuteur?). Dans *C.L.S.C. Les Forges*, un Tribunal d'arbitrage a conclu que l'enregistrement par l'employeur d'une conversation entre un salarié et un tiers était recevable, même s'il avait été obtenu à leur insu⁶⁰. En outre, la jurisprudence civile postérieure à l'instauration en 1994 de l'article 36 C.c.Q., même si elle reconnaît le droit à la vie privée, affirme que ce droit doit s'effacer devant le droit à la recherche de

⁵⁵ *V. Chrysler Corporation of Canada Ltd.*, (1961) 11 L.A.C. 152

⁵⁶ cité par D. CARPENTIER: « L'utilisation des informations obtenues lors d'un examen médical de pré-embauche pour contester une réclamation pour lésion professionnelle et le droit au respect de sa vie privée ». Commission des droits de la personne et de la jeunesse, novembre 1990 page 9.

⁵⁷ cité par D. CARPENTIER: *Ibid*, page 9.

⁵⁸ [1993] T.A 1021

⁵⁹ *Roy c. Saulnier*, (1992) R.J.Q. 2419 (C.A.) Dans cette affaire, un commerçant avait mis sur écoute les conversations téléphoniques d'une employée pendant son temps de travail, soupçonnant celle-ci de détourner sa clientèle vers le commerce que cette employée mettait en place. La Cour jugea que les conversations téléphoniques ne relevaient pas de la vie privée. Une sphère d'autonomie personnelle sur le lieu de travail n'était pas reconnue par la Cour.

⁶⁰ *Syndicat des employées et employés du CLSC Les Forges et CLSC Les Forges*, [1997] T.A. 667

la vérité.⁶¹ La jurisprudence majoritaire en droit du travail ne semble guère se préoccuper de la recevabilité de la preuve obtenue dans des conditions portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux.

Enfin, l'article 2885 a souvent été invoqué pour tenter d'exclure la preuve obtenue illégalement. Mais cette disposition a généralement été écartée par les tribunaux qui estimaient qu'au contraire, c'est le fait de ne pas prendre en compte cette preuve qui déconsidérerait la justice. Cependant, dans l'arrêt *Houle c. Mascouche*⁶² où il s'agissait de conversations téléphoniques tenues au domicile et interceptées par un baladeur, la Cour a reconnu que l'employeur était allé trop loin, comme l'affirme le juge Robert : « Permettre l'utilisation de l'écoute clandestine en l'espèce serait envoyer un message à tous les employeurs qu'il leur est désormais possible de mettre systématiquement sur écoute le téléphone de leurs employés, même à leur résidence privée, dans le but de découvrir un manque de loyauté. Cela n'aurait aucun sens. »

Mais ces deux limites (territoriale et du consentement implicite) au droit de la vie privée semblent avoir été mises de côté depuis des décisions récentes de la Cour d'Appel du Québec en matière de vidéosurveillance et filature.

Dans l'affaire *Bridgestone c. Firestone* de août 1999⁶³, rendue en suivant l'avis de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, une triple rupture d'avec la jurisprudence arbitrale antérieure a été effectuée.⁶⁴ Dans cette affaire était soulevé le problème de la filature et de la surveillance des salariés absents pour raison de santé. Cet arrêt reconnaît le droit d'un salarié à la vie privée en réaffirmant les composantes de celles-ci : « ce droit comporte des composantes telles que le droit à l'anonymat et à l'intimité, au secret et à la confidentialité, dont la fonction ultime est la préservation du droit de chaque personne à son autonomie. »

La première rupture effectuée par cette décision consiste dans l'affirmation que le droit à la vie privée et à la dignité suit le salarié même à l'intérieur de l'établissement. En outre, pour la Cour d'Appel, l'énumération de l'article 36 C.c.Q. emporte automatiquement une atteinte au droit à la vie privée et elle considère que s'il y a atteinte, il faut alors examiner le cas sous l'article 9.1 de la Charte québécoise et voir si l'atteinte est justifiée. La deuxième rupture est l'affirmation que si l'employé est dans une subordination juridique, celle-ci n'entraîne pas la renonciation aux droits fondamentaux. Enfin, contrairement à la jurisprudence arbitrale qui effectuait un test de la « raisonabilité des motifs » d'un employeur pour faire la surveillance des employés, la Cour imposera pour les salariés le même test que pour le respect des droits fondamentaux de tout citoyen, soit le test sous l'article 9.1 de la Charte québécoise, qui est le même que celui pour l'article premier de la Charte canadienne dont l'arrêt *Oakes*⁶⁵ définit le contenu. En vertu de cette jurisprudence, une limitation à un droit ou à une liberté garantis par la Charte canadienne est justifiée s'il y a rationalité par rapport à l'objectif poursuivi et proportionnalité du moyen limitatif utilisé pour atteindre cet objectif; ce moyen devant ne pas être arbitraire et être de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté ou au droit en cause et produire des effets proportionnels à l'objectif visé.

⁶¹ S. LEFEBVRE: *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, page 51. V. l'arrêt Protection de la jeunesse – 763, J.E. 95-1099 (C.S.) cité.

⁶² *Houle c. Mascouche*, JE 99-1554 (C.A.).

⁶³ *Syndicat de travailleuses et travailleurs de Bridgestone/ Firestone (CSN) c. Bridgestone/ Firestone inc.* CA (Montreal) n° 500-09-001456-93

⁶⁴ M. ÉVANGÉLISTE: *L'impact des nouvelles technologies sur le droit du travail. Les limites légales au droit de gérance.* (Colloque de L'AQDIJ), 10 février 2000, pages 6-9

⁶⁵ *R c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S 103

Pour que la surveillance magnétoscopique soit recevable, il doit y avoir atteinte minimale à ce droit, cette condition pouvant être remplie par des méthodes préalables d'enquête; filature et surveillance ne peuvent être exercées que si le salarié fait l'objet de soupçons graves, précis et concordants. Une surveillance systématique ou au hasard constitue par conséquent une atteinte au droit à la vie privée injustifiable au regard de l'article 9.1 de la Charte⁶⁶.

Ainsi, si pendant longtemps le courant jurisprudentiel qui niait les limites au pouvoir disciplinaire en s'appuyant, officieusement, sur le droit de propriété était aussi enraciné dans le paysage juridique que les pratiques qui portaient atteinte à la vie privée, l'idée émerge et s'installe peu à peu dans les esprits que les Chartes ont une valeur prédominante pour tout le monde et que l'ancien mode de pensée devrait être laissé de côté. Les libertés publiques font leur apparition dans l'entreprise. Le « quasi-pluralisme » tel qu'avancé par A.Lajoie est en perte de vitesse.

⁶⁶ M. COUTU: « Filature et surveillance des salariés absents pour raison de santé : conformité à la charte », Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, avril 1999 page 14-15.

2. La surveillance du courrier électronique des salariés et le droit à la vie privée

L'utilisation du courrier électronique des salariés n'est pas sans danger (2.1) et la notion de vie privée ne couvrira pas ceux-ci de manière homogène en France, au Québec et aux États-Unis. (2.2)

2.1. Les nouveaux risques engendrés par l'utilisation des courriers électroniques et les intérêts de l'employeur.

L'employé est dans une situation de subordination juridique qui résulte de son contrat de travail. L'employeur a un pouvoir de direction dont l'étendue dépend des restrictions imposées par les lois ainsi que par les conventions collectives. Il a également un droit de propriété sur l'équipement qu'il met à la disposition de ses employés, ce qui l'autorise à exercer un certain contrôle de l'utilisation qui en est faite.

Certains avancent aussi que les employeurs assumant les coûts de la connexion (cependant forfaitaires...) auraient un intérêt à contrôler l'utilisation de l'Internet.

L'utilisation du courrier électronique dans les entreprises peut donner lieu à de multiples problèmes. Tout d'abord, il existe des risques que l'on pourrait qualifier de « techniques ». On pense tout de suite à la baisse de productivité qu'engendrent la consultation et la rédaction d'e-mails personnels. Mais aussi se pose le problème du téléchargement éventuel de virus venant avec des messages électroniques (quoique avec les virus les plus récents, il n'est même plus nécessaire d'effectuer un téléchargement pour être infecté...).

S'agissant des risques juridiques, il faut tout de suite mentionner le risque de mise en œuvre de la responsabilité civile des employeurs du fait de l'usage d'Internet par ses salariés en cas de diffamation, propos injurieux, racistes, sexistes mais également pour tout autre fait répréhensible. En effet, rappelons que les gestionnaires de réseau ne peuvent engager leur responsabilité.

En France, en vertu de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, l'employeur est responsable du dommage causé par ses préposés dans les fonctions auxquelles il les emploie. Observons que la Commission des opérations de Bourse, COB, dans un communiqué de presse du 21 février 2000, après avoir constaté que les employés d'une société avaient proposé des produits financiers à des investisseurs en utilisant les boîtes de courrier électronique de leur entreprise, a rappelé que la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants pourrait être engagée si des employés indelicats voire des tiers utilisaient à des « fins personnelles ou frauduleuses » les boîtes de courrier électronique de ces sociétés.

Aussi, en cas de propos diffamatoires ou dénigrants tenus par un salarié participant à un forum de discussion avec l'adresse électronique de l'entreprise, la responsabilité de l'employeur pourra-t-elle être engagée, étant retenu que l'acte litigieux est sans rapport direct avec les fonctions dévolues au salarié ?

Selon la jurisprudence, les dispositions de cet article 1384 ne s'appliquent pas en cas de dommage causé par le préposé qui, agissant sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions quels qu'en soient les mobiles, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé. Jusqu'à présent, ces principes ont été appliqués pour des infractions du type détournement de fonds, vols, abus de

confiance. L'employeur ne devrait pas être tenu pour responsable en cas de diffamation, propos injurieux...⁶⁷

Au Québec, l'article 1463 organise la responsabilité extra-contractuelle des commettants. La responsabilité des employeurs pourra être engagée en cas de copie et distribution d'œuvre protégée par copyright mais également en cas de harcèlement (article 20.1 Charte québécoise), diffamation...

Cette menace de mise en œuvre de la responsabilité est prise très au sérieux aux États-Unis où les employeurs redoutent particulièrement le problème du harcèlement sexuel. Ainsi, en septembre 1999 la First Union Corporation, sixième plus grande banque américaine, avait licencié pour faute lourde une dizaine d'employés qui avaient utilisé les ordinateurs de leur bureau pour recevoir ou envoyer des courriers électroniques « pornographiques ou inappropriés ».⁶⁸

De même, le New York Times qui avait affiché une « tolérance zéro » en matière d'e-mails personnels avait licencié plus d'une vingtaine de personnes (soit 10% du personnel) en raison d'e-mails contenant des plaisanteries à connotation raciste et sexiste que ceux-ci auraient fait suivre.⁶⁹

Par ailleurs, ce qui apparaît comme l'un des plus gros problèmes de la communication par e-mail est la possibilité accrue de transmettre des informations confidentielles et l'employeur est bien fondé à chercher à protéger le secret professionnel.

C'est selon les différents fondements, adoptés par les tribunaux, des droits des employeurs que ceux-ci seront plus ou moins limités dans leurs pouvoirs.

2.2. La nature équivoque du courrier électronique : les difficultés du choix du régime applicable

En milieu de travail, la communication par courrier électronique se rapproche de la communication téléphonique et de la communication postale. Il est donc loisible d'imaginer de transposer les législations de ces matières au courrier électronique. Mais également, l'interception des e-mails peut être assimilée à une fouille et un parallèle avec la surveillance par caméra-vidéo peut être réalisé.

2.2.1. La situation française : un parallèle avec la correspondance ?

En France, aucune loi ne traite explicitement du courrier électronique. Indépendamment de l'article 9 du Code civil sur le droit au respect de la vie privée, des dispositions spécifiques peuvent être transposées à la messagerie électronique. Le débat reste doctrinal et porte sur la question de la nature hybride du courriel. Il s'inscrit en outre dans la lignée de la jurisprudence rendue en matière de surveillance par d'autres supports comme l'écoute téléphonique, la vidéosurveillance, le recours à des détectives etc., ce que nous avons analysé dans la première partie de cette étude.

⁶⁷ V. SÉDALLIAN: « Internet dans l'entreprise », janvier 1998, disponible sur <<http://www.internet-juridique.net/chroniques/euroforum.html>>

⁶⁸ E. WERY: « E-mail pornographique et contrat de travail: danger! », *ASBL*, 1999, disponible sur <<http://www.droit-techno.org>>

⁶⁹ A. CARRNS: « That bawdy e-mail was good for a laugh—until the fax fell », *The Wall Street Journal*, 4 février 2000.

Deux notions doivent être distinguées : le contenu du message et l'autorisation d'accès aux messages. Dans le premier cas, il s'agit du problème des données, renseignements personnels dont l'employeur pourrait prendre connaissance. Il faut pour cela se reporter à la jurisprudence traitant des renseignements relatifs à la vie privée. En outre, par la loi du 31 décembre 1992, intégrée au Code du travail, qui définit de manière générale les limites posées au pouvoir d'investigation de l'employeur, seules les informations ayant pour finalité d'apprécier les aptitudes professionnelles et présentant un lien direct avec l'évaluation de celles-ci peuvent être demandées. Tout ce qui concerne la vie sentimentale, l'état de santé, la maternité, le domicile, les convictions politiques... ne devrait donc pas faire l'objet d'une interception, et encore moins d'un contrôle par un tiers non autorisé.

Tout d'abord, s'il n'existe pas de politique spécifique, un parallèle avec la législation sur l'écoute téléphonique peut être envisagé. En effet, l'article 226-1 C.pen condamne l'écoute téléphonique non autorisée. Comme il a été vu auparavant, de nombreuses jurisprudences ont condamné des employeurs qui avaient écouté les communications de leurs employés à leur insu sur les lieux de travail lorsque ces communications étaient personnelles, intimes. Cet article 226-1 C.pen visant les paroles, il ne peut s'appliquer au courrier électronique. Cependant, il est possible désormais d'associer à cette messagerie un logiciel permettant de la faire « parler » et par conséquent, cet article 226-1 C. pen. devrait s'appliquer, si l'on observe la jurisprudence actuelle sur l'enregistrement de conversations de salariés fait à leur insu dans l'entreprise⁷⁰.

Une autre approche envisageable est l'application de la loi du 10 juillet 1991 qui pose le principe du secret des correspondances émises par voie de télécommunication. Pour certains auteurs, le courriel constitue un courrier et doit donc bénéficier de la protection sur le secret des correspondances par voie de télécommunication. Dès lors, le contrôle du contenu réalisé par l'employeur constituerait le délit d'atteinte au secret des correspondances prévus par l'article 226-15 C. pen. C'est la solution que le TGI de Nice avait retenu dans une affaire en 1991⁷¹ en considérant que les messages transmis dans le cadre d'un service télématique avaient un caractère privé. Mais cette solution est critiquable car elle aboutirait à priver l'employeur de son droit de contrôle. L'article 9 du Code civil et la loi du 10 juillet 1991 ne s'appliquent qu'aux messages privés et secrets; un courrier électronique envoyé ou reçu sur le lieu de travail est-il secret et privé? Selon la circulaire du 17 février 1988, prise en application de la loi sur la liberté de la communication en 1986 « il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personnes physiques ou morales, déterminées et individualisées »⁷² ». Aussi, selon l'avis du Conseil d'État dans son rapport « Internet et les réseaux numériques », si le courriel n'est pas diffusé en grand nombre et est personnalisé, il doit être présumé privé et secret. Tout le problème réside donc dans la définition du caractère privé ou professionnel de la communication. Rappelons que la Chambre criminelle de la Cour de la cassation dans un arrêt de 1992 avait considéré que le secret de la correspondance ne s'appliquait pas aux courriers professionnels et qu'il fallait que l'employeur soit de mauvaise fois (ce qui n'est pas toujours le cas).⁷³ Rappelons aussi que dans un arrêt du 4 décembre 1974 à propos de l'ouverture de correspondances privées dans le cadre professionnel, la Chambre criminelle avait condamné comme auteur principal un P.D.G. qui avait ordonné à un préposé d'ouvrir la correspondance des salariés⁷⁴. Arrêt confirmé par une jurisprudence de 1988 à propos de l'ouverture d'un courrier

⁷⁰ O. de TISSOT: « Internet et contrat de travail », *Dr Soc*, n.2, février 2000.

⁷¹ TGI Nice, 5^e Chambre, 28 novembre 1991, n. 5596/91

⁷² Circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'art 43 de la loi n. 86-1067 du 30 sept 1986 relative à la liberté de la communication concernant le régime déclaratif à certains services de communication audiovisuelle

⁷³ Cass. crim. 16 janvier 1992

⁷⁴ Cass. crim., 4 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975. I, somm. P93

privé en voie d'acheminement dans l'entreprise⁷⁵. Il est possible de penser que la jurisprudence s'orientera dans le sens d'une protection plus efficace du salarié. Notamment, il ne faut pas oublier que des clauses du règlement intérieur autorisant l'employeur à ouvrir le courrier personnel des salariés ont été interdites. À cet égard, il est intéressant de se pencher sur la récente affaire soumise à la Chambre du Conseil du Tribunal de première instance de Bruxelles. En l'espèce, une employée licenciée avait porté plainte contre son ex-employeur en invoquant l'art. 314 bis du Code pénal qui condamne le fait « d'écouter, faire écouter, prendre connaissance, enregistrer ou faire enregistrer pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées [...] sans le consentement de tous les participants [...] ». Dans cette affaire, il n'était pas reproché à l'employeur d'avoir intercepté en cours de transmission un courrier électronique mais d'en avoir pris connaissance alors que celui-ci était stocké sur le disque dur. La Chambre du Conseil accorda un non-lieu à l'employeur après avoir constaté que les e-mails litigieux avaient un caractère professionnel⁷⁶.

D'un autre côté, si la boîte aux lettres électroniques a été fournie par l'entreprise, le courrier électronique pourrait être considéré comme une correspondance professionnelle au même titre que la télécopie et le courrier courant reçu par le salarié et par conséquent librement utilisable à ce titre⁷⁷.

Enfin, dans le cas d'une mise en place d'une politique de contrôle spécifique, ce système permettant la saisie de données personnelles, il devrait être déclaré à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL). En outre, les salariés et le comité d'entreprise le cas échéant devraient être informés et la mise en place devrait être justifiée par un intérêt légitime (c'est-à-dire par exemple : la sécurité, l'organisation – éviter des usages abusifs et préjudiciables à l'entreprise – et non le seul but de contrôler l'activité professionnelle des salariés). L'importance du consentement et de la connaissance en droit français devrait conduire, afin d'éviter toute équivoque, à la mise en place de programmes permettant d'obtenir de l'employé un consentement exprès à chacune de ses connexions. Est avancée l'idée de l'inscription d'un message à chaque démarrage de l'ordinateur qui préviendrait les salariés que l'utilisation d'Internet est contrôlée et de quelle manière ce contrôle s'effectue.

Si la connaissance du contenu des courriers est excessive, en revanche, l'utilisation de techniques permettant de cibler les courriels suspects, comme les logiciels qui identifient l'expédition de courriers électroniques en chaîne ou qui isolent ou bloquent ceux dont la taille est excessive (car pouvant provoquer un engorgement) paraît légitime et adéquat.

Le chef d'entreprise peut toujours invoquer son pouvoir disciplinaire pour sanctionner une utilisation « privée » et il peut vérifier les destinataires ou expéditeurs des courriels (on se reportera à cet égard à ce qui a été dit à propos des autocommuteurs dans la première partie). Un jugement intéressant en la matière: le Conseil des Prud'hommes de Paris par une décision en date du 1^{er} février 2000 a sanctionné un salarié du fait de l'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise pour un usage strictement privé dès lors qu'une disposition du règlement intérieur interdisait une telle pratique⁷⁸. En l'espèce: un salarié communiquait de manière strictement privée avec un ami en Australie pendant ces heures de travail, mais par une erreur de manipulation, son

⁷⁵ Cass. crim., 17 février 1988, *Bull. crim.* n. 82, p.210

⁷⁶Th. VERBIEST: « Internet et la difficile protection de la vie privée » (chronique « droit et multimédia » de l'Echo), janv. 2000, ASBL, disponible sur <<http://www.droit-technologie.org>>

⁷⁷V. SÉDALLIAN: « Internet dans l'entreprise », janvier 1998, disponible sur <<http://www.internet-juridique.net/chroniques/euroforum.html>> page 8

⁷⁸ C.P.H. Paris, 1^{er} février 2000, R.G. n. 99/08523

message fut envoyé à une grande partie des salariés de l'entreprise, ce qui provoqua son licenciement. Aussi, notons que dans un arrêt du 11 mars 1998, la Cour de cassation avait estimé que l'usage abusif du téléphone de l'entreprise à des fins personnelles était une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur avait en outre été autorisé à produire des relevés de factures et les communications détaillées correspondant au poste du salarié. Cette jurisprudence est tout à fait transposable au courrier électronique: l'abus de celui-ci à des fins privées devrait justifier un licenciement et la liste des correspondances, durée de connexion, longueur (par le nombre de bits) devraient pouvoir être présentées.

2.2.2. La situation québécoise et américaine

Si la jurisprudence québécoise s'est longtemps inspirée de la jurisprudence américaine, il semble qu'elle s'en détache pour s'orienter vers une conception «européanisée» (2.2.2.1.). Mais, il importe cependant d'étudier la conception américaine de «l'expectative de vie privée» reprise par les tribunaux québécois (2.2.2.2.)

2.2.2.1. La situation au Québec: application de la jurisprudence relative à la vidéosurveillance?

Comme en France, aucune jurisprudence n'a été rendue en la matière. La jurisprudence canadienne n'a pas spécifiquement traité du problème du droit de l'employeur de vérifier le courrier postal⁷⁹ de ses employés et la doctrine se pose la question de l'assimilation du courrier électronique aux conversations téléphoniques.

En matière criminelle, l'article 183 définit une communication privée comme «une communication orale ou télécommunication dont l'auteur se trouve au Canada, destiné par celui-ci à une personne qui s'y trouve et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers». Cette définition vise également la communication radio téléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d'empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur l'a destinée. Cette disposition peut conférer au courrier électronique le caractère de communication privée, et permettrait ainsi l'application de l'article 184 C.cr.. Ainsi, devrait-on appliquer les critères issus de l'arrêt *Cadiou*⁸⁰, c'est-à-dire que l'enregistrement par une partie d'une conversation à laquelle elle participe ne peut constituer une violation de la vie privée de l'autre car celle-ci n'a enregistré que ce que l'autre lui a dit. Aussi, rappelons que les conversations téléphoniques tenues sur le lieu de travail ne sont pas sensées être privées, ce qui ressortait de l'arrêt *Roy c. Saulnier*. Enfin, une décision en Alberta avait exclu la preuve par e-mail car il avait été considéré que celle-ci portait atteinte à la vie privée⁸¹. En l'espèce, il existait une expectative de vie privée pour un courriel envoyé via un fournisseur d'accès à internet. Mais il s'agissait de matière pénale et il faut noter que

⁷⁹ Au Canada, il est reconnu que la lettre missive a un contenu très intime. Selon l'article 40 (3) de la Loi concernant la Société canadienne des postes L.C. 1993, «malgré toute autre loi ou règle de droit, mais sous réserve des autres dispositions de la loi et de ses règlements, de la Loi sur le service canadien de renseignement de sécurité et de la loi sur les douanes, rien de ce qui est en cours de transmission postale n'est susceptible de revendication, saisie ou rétention.». De plus, en vertu de l'article 2 (3) de cette loi, une lettre est considérée être en cours de transmission postale depuis son dépôt jusqu'à sa livraison au destinataire ou son retour à l'expéditeur. Aussi, au terme de l'article 2 (2) de cette loi, le destinataire d'un envoi est censé en avoir reçu livraison si elle s'est effectuée, notamment, à son lieu de travail. Par conséquent, la lettre qui serait livrée au lieu de travail d'un employé ne serait pas couverte par la *Loi concernant la Société canadienne des postes*. P. TRUDEL, et F. ABRAN, K. BENYEKHLEF, S. HEIN : *Droit du cyberspace*, éditions Thémis, 1997, p. 11- 50

⁸⁰ *Cadioux c. Service de gaz naturel Laval inc.*, (1991) R.J.Q. 2490 (CA)

⁸¹ (1998), 213 A.R. 285. [1998] 8 W.W.R. 228

généralement la preuve obtenue illégalement en matière civile sera retenue en raison de l'enjeu moins grand du procès. Cependant, la perte d'un emploi n'est pas un des moindres enjeux d'un point de vue social...

En matière civile, aux termes de l'article 36 C.c.Q. , « peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

-alinéa 4 : surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit ;

-alinéa 6 : utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou autres documents personnels. »

Par conséquent, accéder à la correspondance saisie sur l'ordinateur d'un salarié constitue une violation au sens de ces deux alinéas. Il s'agit alors de vérifier si l'employeur est justifié à s'autoriser l'accès.

Une doctrine majoritaire avance que cette justification devrait se faire par application de la jurisprudence *Bridgestone c. Firestone* du 30 août 1999. Comme le souligne Mario ÉVANGÉLISTE, lorsqu'un employeur permet l'utilisation de son matériel informatique à des fins personnelles, il donne accès à la zone d'intimité qui caractérise la vie privée et dans cette perspective, il renonce à avoir un accès direct aux informations que ce dernier y inscrit. Il devra avoir le consentement du salarié concerné⁸². Deux types de surveillance sont possibles : une surveillance constante (ce qui correspond au cas où l'employeur a une politique d'interdiction) et une surveillance ponctuelle. Dans le premier cas, le droit à la vie privée ne pourra être que plus difficilement évoqué par l'employé mais la surveillance devrait être interdite car elle entraîne des conditions de travail injustes et déraisonnables (article 46 de la Charte québécoise) et porte atteinte à la dignité des salariés au sens de l'article 4 de la Charte. Dans le deuxième cas, la surveillance devrait se justifier au sens de l'article 9.1 de la Charte québécoise (soit : les moyens doivent être rationnels et porter le moins possible atteinte au droit à la dignité des salariés).

Les tenants de la doctrine de « l'expectative raisonnable de vie privée » préconisent des politiques claires, une formation, des explications à l'employé de ce qu'il faut faire et ne pas faire. Une politique expliquant les droits des salariés et de l'employeur réduirait l'expectative de vie privée des employés lorsque la politique prévoit qu'il peut y avoir ouverture du courriel. Un aperçu de la jurisprudence américaine en la matière peut être éclairante.

2.2.2.2. L'apport de la jurisprudence américaine sur la notion « d'expectative de vie privée »

De nombreux cas de plaintes pour licenciement en raison de l'ouverture de courriers électroniques ont été soumis aux juges américains. Un survol de la législation s'impose avant d'étudier la jurisprudence.

Le *Electronic Communications Privacy Act* (1986) qui amendait la loi sur les écoutes téléphoniques de 1968 afin de couvrir toutes les nouvelles formes de communications numériques est la seule loi qui vise l'interception des e-mails. Cette loi ne mentionne pas explicitement le courrier électronique mais les débats législatifs montraient l'intention de l'inclure dans les communications électroniques. Cette loi s'applique au gouvernement mais aussi à tous les employeurs; ces derniers n'ont pas le droit d'intercepter ni d'accéder aux messages stockés dans les disques durs des employés sans leur autorisation. Cependant, cette loi comporte de nombreuses exceptions. Trois exceptions importantes concernent les employeurs privés: l'exception du consentement, l'exception du fournisseur et l'exception de l'extension du travail. Ainsi, pour

⁸² M. ÉVANGÉLISTE: *L'impact des nouvelles technologies sur le droit du travail. Les limites légales au droit de gérance.*(Colloque de L'AQDIJ), 10 février 2000. page 11.

résumer, l'employeur peut surveiller le courrier électronique des employés dans la mesure où cette surveillance est relative à l'activité de l'entreprise. L'employeur devra établir que cette surveillance est effectuée dans le cours ordinaire de ses affaires ou pour protéger les droits de propriété qu'il détient en rapport avec son entreprise. Ces nombreuses exceptions ont été interprétées de manière libérale et au lieu de protéger de manière effective un droit à des e-mails privés dans le lieu de travail, c'est l'inverse qui s'est produit.⁸³ En outre, il apparaît que les e-mails sont moins protégés que les conversations téléphoniques: l'ECPA par exemple, autorise la surveillance des appels téléphoniques, mais interdit à l'employeur de surveiller ces appels une fois qu'il a réalisé que ces appels sont personnels. L'employeur doit alors rattrapper à moins qu'il n'ait le consentement de l'employé. Les e-mails eux sont moins protégés. Leur interception est moins contrôlée que les intrusions physiques (fouilles).⁸⁴ Enfin, rappelons que le courrier papier bénéficie de la protection de la confidentialité.⁸⁵ Il faut noter que des lois étatiques offrent une protection des employés parfois plus étendue que l'ECPA comme par exemple l'article 630-31 du Code pénal de Californie aux termes duquel « une communication en transit » ne peut être interceptée sans le consentement des deux parties à la communication. Cependant, les cours ont été réticentes à étendre cette forme de protection. En outre, dans la jurisprudence américaine, aller regarder ce qu'il y a dans un fichier sur un disque dur, ce n'est pas intercepter.

Les cours utilisent le « balancing test » qui consiste à mettre en balance l'expectative de vie privée de l'employé avec les justifications relatives aux affaires de l'employeur pour surveiller. Cependant, en observant les cas judiciaires où il est question d'e-mails, l'expectative de vie privée est très réduite, voir inexistante. On est dans une logique commerciale et non dans une logique fondée sur les droits fondamentaux. Ainsi, dans l'affaire *Shoars c. Epson* de 1994⁸⁶, une employée d'Epson America en Californie avait été renvoyée après avoir refusé de mettre sous surveillance les e-mails des employés de la compagnie. L'employée renvoyée estimait que la loi californienne interdisant la surveillance électronique (au sens classique du terme) par les employeurs des employés était violée. La compagnie Epson avançait qu'il n'y avait pas de droit à la vie privée car la compagnie était propriétaire du système d'e-mail. La Cour rejeta cependant la demande de l'employée congédiée, interprétant la loi comme ne s'appliquant qu'à la surveillance vocale, c'est-à-dire au téléphone. Selon la Cour, il appartient au législateur d'étendre la loi aux nouvelles technologies.

Il a été avancé que pour parer à une éventuelle contestation, il était préférable que les compagnies aient des politiques sur l'existence d'une possible surveillance du courriel et à cet égard le cas *Smith c. Pillsbury*⁸⁷ étonne fortement. En l'espèce, la compagnie avait assuré à ses employés que leurs e-mails seraient confidentiels. Ils reçurent même l'assurance que leurs e-mails ne seraient pas interceptés et utilisés comme raisons de renvoi. M. Smith, un dirigeant d'opération avait envoyé par courrier électronique à un superviseur des commentaires désobligeants sur certains gérants et sur les activités sociales de la compagnie. Après avoir trouvé une impression de ce message, l'employeur décida de lire tous les messages électroniques de M. Smith qui fut ensuite renvoyé pour usage non professionnel de leur système d'e-mail. M. Smith engagea alors une poursuite. La Cour statua que même si M. Smith avait une expectative raisonnable de vie privée, celle-ci n'est

⁸³ P. TRUDEL et F. ABRAN, K. BENYKHLIF, S. HEIN : *Droit du cyberspace*, éditions Thémis, 1997, p. 11-52.

⁸⁴ T. NUSRATY et J. PASCUA, « E-mail privacy in the workplace », disponible sur <<http://gsulaw.gsu.edu/lawand>>

⁸⁵ P. TRUDEL et F. ABRAN, K. BENYKHLIF, S. HEIN : *Droit du cyberspace*, éditions Thémis, 1997, page 11-51.

⁸⁶ *Alana Shoars v. Epson Am., Inc.*, n.BC007036 (Super. Ct. Cal filed March 12, 1991).

⁸⁷ CA. N. 95-5712, Cour d'appel du district est de la Pennsylvanie.

pas suffisamment substantielle pour constituer une cause reconnue d'action⁸⁸. On ne peut que s'étonner de ce raisonnement.

On voit par cette décision que c'est le droit de propriété de l'employeur sur le système du courrier électronique qui permet la reconnaissance du droit de surveillance et fonde le pouvoir disciplinaire de l'employeur hors des cas prévus par convention collective. En outre, le droit de propriété du système informatique (le contenant) emporte propriété du contenu de l'e-mail.

Il s'agit d'une conception très caractéristique de la « common law » fondée sur la sacralisation du droit de propriété dans les systèmes économiques et juridiques et qui octroie des pouvoirs très élargis à l'employeur. La propriété permet ici au propriétaire d'agir seul, avec pour seule préoccupation la poursuite de ses intérêts.

On ne peut que désapprouver cette conception qui conduit à autoriser à se faire justice soi même, comme cela a été le cas dans l'affaire Smith. Il semble très improbable que la jurisprudence québécoise et même canadienne mette autant l'emphase sur le droit de propriété de l'employeur comme fondement de son droit de surveillance, compte tenu de ce qui a été développé plus tôt.

⁸⁸ « Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments »

Conclusion

« Sourions, nous sommes tous fichés » titrait dans son numéro du 2 décembre 1999 *Courrier International*. En effet, techniquement, tout est possible pour permettre une traçabilité permanente. Le « flicage » ou non du personnel n'est plus alors qu'un simple choix moral.

Comme nous avons pu le voir, deux idéologies dominent : l'une privilégie les droits fondamentaux de la personne pour circonscrire les pouvoirs du patron et l'autre se fonde sur le droit de propriété pour lui nier toute limite. Mais cette dernière vision éclipse le fondement véritable du pouvoir patronal et ne respecte pas les normes supérieures.

En France, comme au Québec, aucune jurisprudence n'est venue fixer la doctrine sur l'étendue de la vie privée de l'employé utilisant l'e-mail dans le cadre de son travail et le débat reste donc théorique. Comme nous l'avons vu, il existe d'importants risques liés à l'utilisation d'Internet et de l'e-mail en milieu de travail.

En France, nous avons pu constater que la supériorité des droits fondamentaux est très affirmée par la jurisprudence. Par conséquent, il est vraisemblable que la jurisprudence devrait condamner l'interception et la lecture de courriels à contenu personnel, d'autant plus que les tribunaux semblent se montrer plus exigeants en matière de respect de la vie privée au fur et à mesure que les technologies permettent de plus grandes intrusions dans celle-ci. En ce qui concerne le courriel professionnel, on peut estimer que celui-ci devrait finalement pouvoir être contrôlé dans des cas encadrés. Rappelons qu'en vertu de son pouvoir disciplinaire, l'employeur pourrait sanctionner une utilisation « privée » de la messagerie.

S'agissant de la jurisprudence québécoise, celle-ci semble être à mi-chemin entre le droit américain et le droit français par la récente jurisprudence *Bridgestone c. Firestone*. On peut estimer que le courrier professionnel devrait pouvoir être surveillé plus aisément qu'en France (tant qu'il n'engendre pas des conditions de travail déraisonnables) et que le courrier à contenu personnel ne devrait pas être contrôlé a priori.

Enfin, aux États-Unis, la tendance est au durcissement et il ne semble y avoir aucune expectative de vie privée en matière d'utilisation du courrier électronique. Ceci s'explique en partie par l'importance de la propriété comme fondement des droits des employeurs et de leur capacité à régir les comportements sociaux de leurs employés, notamment en interdisant à ceux-ci les contenus « dérangeants » dans leurs messages. Cette propriété qui fonde leurs droits engendre le fait que les employeurs peuvent être tenus responsables d'agissements de leurs employés n'ayant pas de lien direct avec leur fonction. En outre, leurs intérêts deviennent des droits. Ainsi, aux États-Unis plus qu'ailleurs, les murs informatiques ont des oreilles et une longue mémoire, alors mieux vaut ne pas dire du mal de ses supérieurs par e-mails.

L'idée de prendre une boîte distincte pour le courrier personnel n'a pas été vraiment débattue et pourtant ceci aurait un caractère pratique pour déterminer ce qui est un message personnel et ce qui est un message professionnel, avant même que le courriel ne soit ouvert!

En France et au Québec, le droit de contrôle de l'employeur sur les e-mails de ses salariés repose sur un compromis entre la vie privée du salarié et les prérogatives de l'employeur. L'équilibre est assis sur le devoir de loyauté réciproque. Cependant, en attendant que la jurisprudence se détermine plus précisément sur la question, il est fortement conseillé que les employeurs adoptent des

politiques claires informant préalablement les salariés de la surveillance et du contrôle possible des messageries électroniques.

Mais tout laisse des traces. L'utilisation des e-mails... à nos risques et périls?

Bibliographie

Ouvrages

- BENYEKHLIF, Karim: *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Édition Thémis, 1992, 475 pages.
- BRUN A. et H. GALLAND: *Droit du travail*, t. 2, Paris, Sirey, 1978.
- JAVILLIER, J.C : *Droit du travail*, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, deuxième édition.
- KAYSER, Pierre: *La protection de la vie privée*, Économica, 1990, 457 pages.
- LAJOIE, Andrée: *Dépistages de drogues en milieu du travail: illégalité ou pluralisme ?*, Cowansville, Québec, éditions Y. Blais, 1995, 91 pages.
- POUPART, André: *Le respect de la vie privée dans l'entreprise : de l'affirmation à l'exercice d'un droit*, Les journées Maximilien-Caron, Éditions Thémis, 1995, 205 pages.
- Rivero, Jean: *Les libertés publiques*, PUF, 1984
- ROUX, André: *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Économica, 1983, 279 pages.
- TRUDEL, Pierre et F. ABRAN, K. BENYEKHLIF, S. HEIN: *Droit du cyberspace*, Éditions Thémis, 1997, 1300 pages.

Documents et rapports officiels

- CHEVRIER, Alain : Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail (Colloque de L'AQDIJ), 10 février 2000.
- COUTU, Michel : Filature et surveillance des salariés absents pour raison de santé : conformité à la charte, Commission de la personne et des droits de la jeunesse, avril 1999.
- ÉVANGÉLISTE, Mario : L'impact des nouvelles technologies sur le droit du travail. Les limites légales au droit de gérance.(Colloque de L'AQDIJ), 10 février 2000.
- LYON-CAEN, Gérard : Les libertés publiques et l'emploi, rapport, La Documentation Française, 1991, 169 pages.

Articles de périodiques

- ACLU : *The Rights of Employees*, disponible sur <<http://www.aclu.org/library/pbp12.html>>
- BERENGUER-GUILLON Joëlle et Alexandra GALLIER : « Les nouvelles technologies et les moyens de contrôle de l'activité des salariés », *Gaz. Pal.*, 16-18 avril 2000, page 6
- BERENGUER-GUILLON Joëlle et Alexandra GALLIER : « Le secret des correspondances privées et l'intranet dans l'entreprise », *Gaz Pal*, 19-20 juillet 2000
- BICH Marie-France, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur- Fondements civils », (1988) 22 *R.J.T.* 85
- COHEN Maurice : « Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. Soc.*, n.2, février 1980, page 165
- COLONNA, Joël : Commentaire de l'arrêt CA Aix-en-Provence, 18^e chambre soc. et civ., 4 janvier 1994 : Perez c/ SA Beli Intermarché, *JCP II*, 1995, page 411.
- COZZETTO, Don A. et Theodor B. PEDELISKI : « Privacy and the workplace: Technology and Public Employment », disponible sur <<http://www.impa-hr.org/pubs/cozzfull.html>>

DELWAIDE, Karl : « La protection de la vie privée et les nouvelles technologies : l'accès au courrier électronique des employés par un employeur », *Congrès du Barreau du Québec*, 1997, page 627.

DORAY, Raymond : « La protection de la vie privée et des renseignements personnels », *Développements Récents en Droit Administratif*, 1995, page 111.

FRAYSSINET, Jean : « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, n° 6, juin 1992, page 596.

GLENN, Patrick H. : « Le droit au respect de la vie privée », *Revue du Barreau*, Tome 39, n° 5, sept-oct 1979, page 879.

GREVY, Manuella : « Vidéo-surveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? » *Dr. Soc.*, n° 4, avril 1995, page 329.

HARNOIS, Isabelle : « La protection constitutionnelle et quasi-constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et les banques de données informatisées », *Congrès du Barreau du Québec*, 1997, page 667.

LAPLANTE, Louise : « L'Internet et l'emploi », *Congrès du Barreau du Québec*, 1997, page 709.

MOCKLE, Daniel : « Ordre normatif interne et organisation », (1992) 33 *C. de D.*, page 965

NUSRATY, Tim et John PASCUA, « E-mail privacy in the workplace », disponible sur <<http://gsulaw.gsu.edu/lawand>>

PATIN, Jean-Claude : « La surveillance des courriers électroniques par l'employeur », 10 août 1999, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/pro/1/priv19990810.htm>>

RASKY, Holly L.: « Can an Employer search the Contents of it's employees E-mail? », *Advocates Quarterly*, Vol. 20, n.2, mars 1998, page 221

RAY, Jean-Emmanuel : « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. Soc.*, n° 6, juin 1992, page 525.

REPA Barbara Kate : « Computers and E-mail on the Job : They're Watching You »,

SAVATIER, Jean : « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, n° 4, page 329.

SÉDALLIAN, Valérie : « Internet dans l'entreprise », janvier 1998, disponible sur <<http://www.internet-juridique.net/chroniques/euroforum.html>>

TISSOT (de), Olivier : - « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. Soc.*, n° 3, 1995, page 222.
- « Internet et contrat de travail – Les incidences de la connexion à Internet sur les rapports employeur-salariés », *Dr. Soc.*, n.2, février 2000, page 150

VERDIER, Jean-Maurice : « Liberté et travail – Problématique des droits de l'Homme et rôle du juge », *Dalloz*, 1988, chron. Page 63

VERBIEST, Thibault : - « COB :attention à l'usage du courrier électronique par les employés (France) », *ASBL*, fevr. 2000, disponible sur <<http://www.droit-technologie.org>>
- « Internet et la difficile protection de la vie privée » (chronique « droit et multimédia » de l'Echo), janv. 2000, ASBL, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>
- « La surveillance de l'usage de l'Internet dans l'entreprise : quelle légalité ? » (chronique « droit & multimédia » de l'Echo), ASBL, janv. 2000, disponible sur <<http://www.droit-technologie.org>>

WAQUET, Philippe : « Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ? », *Dr soc*, n°1, janvier 1992, page 28.

WERY, Étienne: « E-mail pornographique et contrat de travail: danger! », *ASBL*, 1999, disponible sur <<http://www.droit-technologie.org>>

Articles de journaux

Fact Sheet #7: Employee Monitoring: Is there Privacy in the Work Place?, 1997

AMIOT, Marie-Andrée : -Un arbitre confirme le renvoi d'un employé ayant abusé d'Internet, *La Presse*, 2 février 2000, page A1

-*L'arroseur arrosé*, La Presse, 17 janvier 2000, page A6
CARRNS, Ann : That bawdy e-mail was good for a laugh—until the ax fell, The Wall Street Journal, 4 février 2000.
Industrie Canada: *Vie privée: Protection des renseignements personnels*, FAQ, disponible sur <<http://e-com.ic.gc.ca/francais/privee/632d21.html>>
LATRIVE, Florent : - *Big Boss is watching you*, Libération Multimédia, 5 juin 1998, disponible sur <<http://www.liberation.fr/multi/cahier/articles/980605/enq980605a.html>>
- *Votre employeur a-t-il le droit de surveiller votre disque dur ?*, Libération, 29 novembre 1999, disponible sur <http://www.liberation.fr/travail/thema/spec991129/artb.html>
LAVIGNE, Lucie : *L'employeur peut-il vraiment épilucher mon courrier ?*, La Presse, 16 janvier 2000, page A4
MAUSSION, Catherine, *Le Net laisse des traces*, Libération, 17 mai 1999, disponible sur <<http://www.liberation.fr/travail/thema/spec990517/art15.html>>
STEWART, Bruce: *E-mail privacy*, 1999, disponible sur <<http://www.zdnet.com/zdhelp/stories/main/0,5594,2245240,00.html>>
Untitled Web Page : *Tous fliqués*, Libération, 26 avril 1999, disponible sur <http://www.liberation.fr/travail/thema/spec990426/art6.html>
Vault.com : *Top 10 ways to Avoid Being Caught Surfing the Net at Work*, disponible sur <<http://www.vault.com/vstore/pages/webpress/top10.cfm>>
VOGEL, Jennifer : *The Walls have eyes : The many Ways Bosses Spy on Employees*, 1999
WAKEFIELD, Jane: *Surveillance: Net Surfing could get you sacked*, 1999, disponible sur <<http://www.zdnet.co.uk/news/1999/38/ns-10223.html>>
Zdnet staff: *It's a question of ethics in the online workplace*, 1999, disponible sur <<http://www.zdnet.co.uk/news/1999/41/ns-10850.html>>