

## **Droit du commerce électronique - conflit entre noms de domaines et entre marque et nom de domaine**

En matière de commerce électronique, il arrive très souvent que l'opérateur économique s'interroge sur la question de savoir quelle est la marque qu'il doit choisir et quel est le nom de domaine pour lequel il doit opter.

Parce que ces signes distinctifs ne sont pas libres d'utilisation et parce qu'ils peuvent porter atteinte aux droits de tiers et valoir à la société d'être alors poursuivie pour concurrence déloyale et ou contrefaçon, il est essentiel de savoir ce qu'est une marque, à quoi elle sert et comment on détermine le risque de confusion entre deux marques.

De la même façon, il conviendra de déterminer comment fonctionne le droit sur les noms de domaine et les questions qui peuvent se poser en la matière.

### **I. Le droit des marques**

#### **A. Qu'est-ce qu'une marque ?**

Le Code de la propriété intellectuelle (ci-après) CPI, donne à l'article L. 711-1 une définition de la marque comme étant « ***un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale*** ».

Parce que le signe choisi comme marque doit être « *susceptible de représentation graphique* », cela exclu de facto les signes qui s'adressent à l'odorat ou au goût (marques olfactives ou gustatives), ainsi que les signes sonores qu'il est impossible de transcrire sur une portée musicale (rugissement, aboiement, bruit en tout genre...).

Selon la jurisprudence, s'agissant d'un signe olfactif, les exigences que doit remplir la représentation graphique ne sont satisfaites, ni par la présentation d'une formule chimique, ni par une description verbale, ni par le dépôt d'un échantillon, ni par la combinaison de ces éléments.

**On distingue classiquement 3 types de marques :**

- 1) Marque verbale (texte)**
- 2) Marque figurative (dessin – représentation graphique)**
- 3) Marque semi-figurative (marque composée d'un dessin et d'un texte)**

#### **B. Le signe visé dans la marque doit être disponible (La nécessité d'une recherche d'antériorité)**

**On ne peut déposer comme marque qu'un signe sur lequel n'existe aucun droit antérieur constitué au profit d'un tiers, qu'il s'agisse d'un droit antérieur limité par le principe de spécialité ou d'un droit absolu rendant le signe indisponible dans tous les secteurs de la vie économique (marque renommée).**

Outre l'existence d'une marque antérieure déposée ou notoirement connue, l'antériorité peut être constituée par une dénomination sociale, une appellation d'origine ou encore un nom commercial, une enseigne et même un nom de domaine.

**On ne peut adopter comme marque qu'un signe disponible, c'est-à-dire un signe sur lequel n'existe aucun droit antérieur constitué au profit d'un tiers.**

L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle donne une énumération non limitative des droits antérieurs faisant obstacle au dépôt comme marque d'un signe identique ou similaire.

*« une autre marque (CPI, art. L. 711-4, a),*

*une dénomination sociale ou une raison sociale (CPI, art. L. 711-4, b), un nom commercial ou une enseigne (CPI, art. L. 711-4, c)*

*ou une appellation d'origine (CPI, art. L. 711-4, d) ;*

*quand le signe choisi comme marque a été antérieurement l'objet d'une protection par le droit d'auteur ou le droit des dessins et modèles (CPI, art. L. 711-4, e et f),*

*se heurte aux droits de la personnalité d'un tiers (droit au nom ou droit à l'image, CPI, art. L. 711-4, g),*

*ou encore aux droits d'une collectivité territoriale (CPI, art. L. 711-4, h) ».*

L'article L. 711-4, a), du Code de la propriété intellectuelle permet de faire jouer une antériorité bénéficiant à une marque d'usage, c'est-à-dire une marque exploitée sans avoir été déposée, à condition qu'elle soit notoire.

### **C. La marque a une fonction distinctive : le principe de spécialité**

**Dans la classification de Nice, il existe 45 classes de produit et de services. De 1 à 34 les produits et de 35 à 45 les services.**

La marque a une fonction distinctive. De cette fonction découle le principe directeur du droit des marques : le principe de spécialité. Il trouve son origine dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ce principe s'oppose à ce qu'un commerçant se réserve pour son usage exclusif, la propriété d'un signe dans tous les secteurs de la vie économique.

Le principe de spécialité a pour conséquence que le signe enregistré comme marque ne sera approprié par son titulaire que dans la mesure où il lui sera utile pour identifier les produits et les services qu'il aura désignés dans sa demande d'enregistrement.

Il restera donc libre pour les autres produits et une même marque, appartenant à deux propriétaires distincts, pourra identifier des produits de nature différente (par exemple Mont Blanc s'applique d'une part à des desserts, d'autre part à des stylos).

Le champ d'application de la spécialité est donc déterminé par les produits visés dans l'acte de dépôt.

Le fait qu'un dépôt se réfère à telle ou telle classe n'implique pas qu'il couvre automatiquement et nécessairement tous les produits de cette classe. Il faut tous les citer si vous souhaitez que tous les produits et services de la classe soient protégés.

#### **D. Comment détermine-t-on qu'une marque est identique ou similaire à une autre ?**

##### **1. La nécessité d'un risque de confusion**

Pour attaquer une personne pour contrefaçon de marque, pour s'opposer à l'enregistrement d'une marque ou pour annuler une marque identique ou similaire, il convient de faire préalablement la démonstration d'un risque de confusion entre votre marque et celle d'un tiers ou entre votre marque et le signe distinctif de ce tiers.

##### **2. Définition du risque de confusion**

Pour la Cour de justice (arrêt Canon du 29 septembre 1998) constitue un risque de confusion « *le fait que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement* ».

Interrogée sur ce point, la Cour de justice a jugé "*qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification ni ajout, tous les éléments constituant la marque ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen*" (CJCE, 20 mars 2003)

La reproduction nécessite pour démontrer le risque de confusion à la fois une similitude entre les produits (a) et entre les signes (b) désignés dans les deux marques litigieuses.

##### **a) Similitude entre les produits**

Pour apprécier la similitude entre les produits, la Cour de justice adopte une démarche objective.

La similitude entre les produits et services s'apprécie en tenant compte « *de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport entre les produits ou services (...) en particulier leur nature, leur destination, leur utilisation, ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire* » (arrêt Canon). Seront dès lors similaires « *des produits qui, en raison de leur nature ou de leur destination, peuvent être rattachés par la clientèle à une même origine* » (CA Paris, 28 mai 2003 : PIBD 2003, 776, III, 602).

Ont par exemple été considérés comme similaires par leur nature : des vêtements et des chaussures, parce qu'ils font partie de la catégorie générale des articles d'habillement (TGI Paris, 27 sept. 2002, Youkon : PIBD 2003, 757, III, 76).

#### b) Similitude entre les signes

Un arrêt de la CJCE SABEL c/PUMA du 11 novembre 1997 est venu préciser qu'il convient de se fonder sur l'impression d'ensemble que les marques produisent sur le consommateur, « *la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause* »

#### Exemples de décisions de justice en la matière

**Similitude visuelle (Les deux marques se ressemblent d'un point de vue visuel)**

Ex : (CA Paris, 17 juin 1992, Eurostar et Eurostart : Ann. propr. ind. 1995, p. 40),  
(CA Paris, 18 sept. 1990, Pariscope et Pariscopie : PIBD 1991, III, 310)

**Similitude phonétique** (Les deux marques se ressemblent quand on les prononce malgré le fait qu'elles ne soient pas similaires visuellement)

(CA Paris, 17 mars 1981, Chairman et Sherman : Ann. propr. ind. 1981, p. 132)

**Similitude intellectuelle (Les deux marques ne se ressemblent ni visuellement ni phonétiquement. Le risque de confusion est néanmoins retenu parce que le titulaire de la marque a clairement voulu évoquer dans l'esprit du consommateur un lien de rattachement entre sa marque et la première marque de façon à ce que le public puisse croire que les deux produits ou services sont commercialisés par la même entreprise).**

(TGI Paris, 19 juin 1996, Le Réverbère et Le Lampadaire : PIBD 1996, III, 573).

La similitude entre les signes n'est qu'une composante du risque de confusion. Il faut démontrer également la similitude entre les produits et les services.
--

## **II. Le droit des noms de domaine**

### **A. Qu'est-ce qu'un nom de domaine ?**

Un nom de domaine (NDD en notation abrégée française ou DN pour Domain Name en anglais) est un identifiant de domaine internet. C'est l'adresse unique d'un site internet saisie par un internaute pour s'y connecter.

L'architecture d'un nom de domaine est toujours la même ; il se compose de trois parties, séparées par des points :

- **un préfixe, dont la structure varie peu : "http://www" ou encore "http://", "www" signifiant "world wide web" ;**
- **un radical, choisi par le déposant, "yahoo", par exemple ;**
- **un suffixe, également appelé extension, tel ".com", ".fr" etc...**

Le nom de domaine doit comporter entre 1 et 63 caractères. (exemple : **M6.fr** ou **T.co** (twitter))

L'extension ou le suffixe peut être un suffixe géographique de deux lettres (.fr, .pour la France, .uk pour la Grande Bretagne par exemple) ou un suffixe générique en trois lettres (.com, .net par exemple).

On distingue traditionnellement les noms de domaine ayant trait à la nationalité (domaine national de premier niveau) de ceux ayant trait à l'activité dudit site (domaine de premier niveau).

### **B. Qu'est-ce que le cybersquatting ?**

Le cybersquatting se définit comme le fait pour une personne d'usurper le signe distinctif d'autrui en l'enregistrant en tant que nom de domaine avant, notamment, de tenter de lui revendre au prix fort.

Les signes distinctifs de l'entreprise auxquels il est fréquemment porté atteinte sont sa marque, son nom commercial, sa dénomination sociale, ou encore son enseigne.

Il peut également s'agir du nom de famille ou du nom de scène d'un individu (Zlatan Ibrahimovic, Nabila, Zahia, etc...)

#### **1. Conflits entre noms de domaine**

En cas de conflit entre deux noms de domaines enregistrés dont les signes se rapprochent ou sont identiques, c'est la date de commencement d'exploitation des noms de domaines et non la date d'enregistrement qui compte.

En clair, si vous déposez « ESGI.com » en 2002, que vous ne faites rien du nom de domaine et que l'ESGI décide en 2004 de déposer « ESGI.fr », vous ne serez pas légitimes à vous plaindre d'une exploitation illégitime par l'ESGI de votre nom de

domaine faute de l'avoir exploité en associant un site internet au nom de domaine susmentionné.

## **2. Conflits entre marque et nom de domaine**

Quand il existe un conflit entre une marque et un nom de domaine enregistré postérieurement à cette marque, on estime désormais que pour qu'il y ait contrefaçon, il faut un acte consistant à utiliser un sigle identique ou similaire pour désigner des produits identiques ou similaires.

La règle de la spécialité qui existe en matière de marques est valable pour le nom de domaine.

### **La spécialité du nom de domaine est liée à la spécialité du site auquel il renvoie.**

Il faut donc que les noms de domaines soient utilisés et pas seulement enregistrés (« réservés »), sinon le principe veut qu'ils ne soient pas des signes distinctifs, n'aient pas de spécialité et ne créent donc pas de conflits avec la marque.

Le nom de domaine, sauf exceptions, ne peut constituer un acte de contrefaçon de marque que si le nom de domaine est exploité.

Pendant longtemps, en cas de conflit entre une marque et un nom de domaine, les juges retenaient la contrefaçon selon une méthode abstraite d'identification de la spécialité du nom de domaine.

Ainsi le nom de domaine était réputé avoir pour spécialité les services de communication par réseau informatique (*service de communication en ligne ou service assimilé compris dans la classe 38 de la classification de Nice*).

**Cela revenait donc à considérer que tous les noms de domaines avaient la même spécialité et cela faisait injustement tomber hors spécialité 99% des marques invoquées.**

De façon paradoxale, cela ne permettait pas de reconnaître la contrefaçon alors même que les services proposés par le site auquel donnait accès le nom de domaine litigieux étaient de la même spécialité que la marque contrefaite.

Inversement, si le demandeur avait eu la présence d'esprit de déposer sa marque dans la classe 38 « service de communication en ligne », les juges retenaient d'office la contrefaçon alors que le site, auquel donnait accès le nom de domaine litigieux, exploitait, en pratique, des produits et services complètement différents.

**Un important arrêt Locatour (Cass. Com. 13 décembre 2005) est intervenu pour changer la donne.**

Une société possédait la marque « Locatour ».

Elle avait pour activité les voyages et le tourisme et avait déposé la marque « Locatour » pour l'activité « services de communication en ligne » (classe 38). Elle

exploitait, par ailleurs, le nom de domaine locatour.fr pour donner accès à un site internet tourné vers l'activité de tourisme.

Cette société avait décidé de poursuivre devant les tribunaux une deuxième société qui intervenait dans un domaine totalement différent. Elle avait déposé un nom de domaine locatour.com, mais ne l'utilisait pas encore.

La première société a assigné la seconde pour contrefaçon de marque (du sigle Locatour) ainsi que pour concurrence déloyale pour le dépôt de locatour.com)

La Cour d'Appel a rejeté la demande en contrefaçon concernant la marque Locatour pour l'activité de « voyages et tourisme », mais a retenu la contrefaçon pour la marque « service en ligne ».

La Cour d'Appel a déterminé que la spécialité du signe litigieux était « les services de communication en ligne », et que la non exploitation du nom de domaine ne changeait rien à cela.

La Cour de Cassation a confirmé la Cour d'Appel sur l'absence de contrefaçon pour la marque Locatour spécialité « voyages », mais a cassé (contredit) la Cour d'appel pour avoir retenu la contrefaçon dans la catégorie « service de communication en ligne »

Son attendu de principe est le suivant :

***« Attendu qu'un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».***

**En cas de conflit entre une marque et un nom de domaine, il faut donc désormais se déterminer par rapport aux produits ou services proposés par le site auquel renvoie le nom de domaine, et non par référence automatique à la classe 38 : « service de communication en ligne ».**

Dans le cas d'espèce, il aurait donc fallu que la seconde société exploite un service « classe 38 » dit de communication en ligne pour qu'il y ait véritable contrefaçon de la marque Locatour ; ce qui n'était pas le cas.

**Par ailleurs, si le nom de domaine n'est pas utilisé, il faut tenir compte des services susceptibles d'être offerts compte tenu de l'activité réelle du bénéficiaire du nom de domaine.**

**Il faut pour cela que la société ayant réservé le nom de domaine ait une activité propre et bien délimitée similaire à celle du détenteur du nom de domaine. Ce qui en l'espèce n'était pas le cas.**

Ce principe permet d'agir préventivement (mesure d'interdiction d'usage) face à une

contrefaçon réelle lorsque le risque de cette dernière est important (entreprise exerce une activité analogue), même s'il est incertain.

Il y a donc des précautions à prendre quand on réserve un nom de domaine :

Sa réservation (contrairement au dépôt de la marque) n'est pas soumise à des conditions de validité et à un contrôle à priori.

**Il convient donc de faire des recherches d'antériorité (rechercher s'il existe une marque, des noms commerciaux, enseignes, exploités par un concurrent avec le signe choisi comme nom de domaine).**

**Il faut également vérifier si les signes utilisés dans les noms de domaine sont réglementés par la loi.**

L'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle qui concerne les antériorités opposables aux tiers autorise l'exploitant du nom de domaine à demander l'annulation d'une marque intervenue après l'enregistrement (et l'exploitation) de son nom de domaine.

En revanche, parce que le nom de domaine n'est pas protégé au titre du droit d'auteur, il faudra passer par l'article 1382 du Code civil pour agir contre les tiers en question.



### **C. La question de la protection des noms de domaines génériques**

A l'inverse des marques, les noms des domaines peuvent avoir ou ne pas avoir de fonction distinctive.

Une marque doit, en effet, s'abstenir de décrire strictement l'activité du produit ou service auquel elle est associée, sans quoi elle pourra être annulée. A titre d'exemple, une marque de voiture ne pourra pas s'appeler « voiture ».

Une telle exigence d'absence de caractère descriptif n'est pas imposée aux noms de domaines.

En matière de référencement, il est notamment établi que plus le nom de domaine aura un lien avec l'activité développée par le site internet et plus ce site aura des chances d'apparaître en première page de résultats de moteurs de recherche.

Ce choix pragmatique a néanmoins des implications juridiques considérables quand il s'agit, pour le titulaire de ce nom de domaine descriptif ou « générique », de poursuivre les entreprises concurrentes qui utilisent un nom de domaine similaire au sien.

La façon de gérer ce type de conflit a été tranchée par les tribunaux de façon claire depuis une célèbre affaire dite Bois Tropicaux. (*Ordonnance du TGI de Lille, 10 juillet 2001 puis Cour d'appel de Douai, 9 septembre 2003*).

Dans cette affaire, les deux noms de domaine en cause à savoir « bois-tropicaux.com » et « boistropicaux.com » avaient été enregistrés par deux personnes morales différentes pour un même secteur d'activité. Ces noms de domaines étaient quasiment les mêmes hormis le tiret placé entre « bois » et « tropicaux ».

Après une longue procédure, la Cour d'Appel de Douai a retenu qu'il apparaissait sérieusement contestable que le fait pour le déposant second de « bois-tropicaux.com », d'avoir réservé un nom de domaine quasiment identique à la formule première réservée (cf. « boistropicaux.com »), serait-ce pour un site au contenu et aux objectifs similaires, soit constitutif d'une faute pouvant fonder une action en concurrence déloyale qui ne peut protéger contre le risque de confusion qu'en cas de signe présentant un caractère d'originalité suffisant.

Elle a précisé que ce nom de domaine était donc directement descriptif et s'apparentait à un mot-clé comme ceux utilisés pour effectuer une requête auprès d'un moteur de recherche, pour naviguer sur internet.

La Cour d'Appel a considéré que l'existence d'un trouble manifestement illicite n'a pas été jugée comme évidente et le demandeur a donc été débouté de ses demandes.

Deux affaires plus récentes ont confirmé cette position de principe.

Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'Appel de Bastia en date du 20 mars 2013, d'une part,

et du jugement du Tribunal de commerce de Paris (15<sup>ème</sup> ch) en date du 24 mai 2013, d'autre part.

Dans la première affaire, une société qui avait acquis le nom de domaine « mariagesencorse.com » avait poursuivi une personne physique au motif qu'elle exploitait le nom de domaine « mariageencorse.com ». La différence tenait donc dans l'utilisation du pluriel au mot mariage (cf. le s) dans le premier des deux noms de domaine précités.

En première instance, la demanderesse a réussi à obtenir que la défenderesse soit interdite d'utiliser le nom de domaine « mariageencorse.com » ainsi que le transfert dudit nom de domaine à son profit.

La défenderesse a, par la suite, interjeté appel de ce jugement, ce qui amené la Cour d'Appel de Bastia à infirmer le jugement entrepris.

Elle a notamment indiqué qu' : *« Il est constant qu'en vertu du principe de la libre concurrence, seul le titulaire d'un nom de domaine distinctif peut en rechercher la protection sur le fondement de l'article 1382 du code civil au titre de la concurrence déloyale, l'enregistrement d'un nom de domaine auprès d'une autorité de nommage ne lui conférant aucun droit privatif ni le bénéfice d'aucun statut juridique propre. En effet, une entreprise ne peut par le biais de son nom de domaine se voir conférer 'un droit quasi exclusif' d'exercer une activité, même sur un territoire délimité.*

*Or, en l'espèce, la cour relève que le nom de domaine « [www.mariagesencorse.com](http://www.mariagesencorse.com) » est une juxtaposition d'un mot usuel et d'une provenance ou d'un lieu géographique, qui évoque l'objet et le lieu de l'activité de son titulaire sur internet »*

*Aussi, même s'il existe une confusion dans l'esprit des internautes, les intimés ne peuvent valablement se prévaloir de la protection du nom de leur domaine, s'agissant d'un nom de domaine générique et descriptif de l'activité de la société (...)* ».

La personne physique a donc obtenu que le nom de domaine qu'elle avait dû transférer, suite au jugement de première instance, lui soit restitué.

La seconde affaire (Tribunal de commerce de Paris, 15<sup>ème</sup> chambre) en date du 24 mai 2013 opposait cette fois deux sociétés spécialisées dans les pompes funèbres. La première exploitait le nom de domaine « e-obseques.fr » tandis que la seconde exploitait un site internet à l'adresse « i-obseques-paris.fr ».

La première société a poursuivi la seconde au motif que son nom de domaine créait une confusion avec son propre site et constituait un trouble commercial qui lui était préjudiciable.

Là encore, elle a été déboutée de l'ensemble de ses demandes.

Le Tribunal de commerce a notamment retenu que : « *L'adresse internet choisie par la société Le Passage pour exercer son activité est la juxtaposition du mot obsèques et de la lettre « e- » que « dans « l'environnement internet, la lettre « e- » évoque le « e-commerce », terme désignant le commerce électronique, que « l'adresse « e-obsèques.fr » signifie « commerce électronique d'obsèques », ce qui est l'exacte activité du site internet exploité par la société Le Passage » qu'en « choisissant des termes intégralement descriptifs, Monsieur D. Christophe et la société Le Passage s'exposaient à retrouver les mêmes termes dans des sites concurrents sur leur activité et notamment dans les réponses des moteurs de recherches qui prennent en compte la requête « obsèques » pour délivrer leurs réponses » et enfin que « compte tenu de leur choix, qui leur a évité les investissements indispensables pour donner une notoriété propre à une adresse internet non descriptive, Monsieur D. Christophe et la société Le Passage ne peuvent revendiquer une protection qui aboutirait à leur reconnaître un monopole d'utilisation d'un terme descriptif ».*

Toutes ces décisions démontrent qu'en matière de noms de domaines et à l'instar de ce qui se passe en matière de marques, les termes nécessaires, génériques, usuels et descriptifs doivent absolument rester à la disposition de toutes les personnes qui exercent leur activité dans un même secteur et se concurrencent donc aucun concurrent ne peut monopoliser de tels signes et priver ainsi les autres de leur libre usage dans leur profession.

D'un point de vue plus pratique, il est donc nécessaire que la société qui décide d'enregistrer un nom de domaine veille à ne pas en choisir un trop générique (et donc descriptif de son activité), sauf à accepter d'emblée l'idée qu'elle puisse être copiée par une autre société concurrente à laquelle il lui sera difficile de reprocher quoi que ce soit.

#### **D. La résolution judiciaire ou arbitrale des conflits en matière de noms de domaine**

Le cybersquatting peut être combattu tant par la voie judiciaire que par celle de l'arbitrage (procédure extrajudiciaire de règlement des litiges).

Afin d'obtenir le transfert effectif d'un nom de domaine, la victime devra engager une action au fond devant les tribunaux ou alors utiliser une procédure alternative de règlement des litiges. Cette dernière présentera alors l'avantage d'aboutir dans un délai qui excède rarement les quatre mois suivant la saisine.

L'inconvénient principal de ces procédures alternatives, connues notamment sous l'acronyme UDRP pour les noms de domaine en .com, .org et .net ou SYRELI pour ceux en .fr, est qu'elles ne possèdent aucun caractère dissuasif.

Même si un transfert du nom de domaine litigieux est ordonné, la décision ne pourra être accompagnée ni de dommages-intérêts ni même d'un remboursement des frais de procédure engagés par le demandeur, à la charge du cybersquatteur.

Ce type de condamnations reste, en effet, l'apanage des décisions de justice prononcées à la suite d'actions engagées devant les tribunaux.

Il conviendra donc pour l'entreprise de bien peser le pour et le contre avant de décider de la stratégie à adopter pour faire cesser un trouble lié à la reprise par un cybersquatteur de son signe distinctif dans un nom de domaine.

## **Droit du commerce électronique et cybersurveillance du salarié sur son lieu de travail**

La protection de la vie privée du salarié sera atténuée sur son lieu de travail, mais le respect de sa vie privée continuera à exister.

Le caractère professionnel fait, en effet, disparaître certains éléments de protection, mais en aucun cas l'ensemble.

Les mesures de restrictions de la liberté d'expression mises en place par l'employeur devront être proportionnées au but poursuivi et fondées sur des motifs pertinents et suffisants.

Un arrêt du 6 décembre 1992 a souligné que le droit au respect de la vie privée n'a aucune raison de principe de ne pas s'appliquer aux activités professionnelles ou commerciales.

C'est aux juridictions (cf. tribunaux) qu'il appartiendra de contrôler, à posteriori, les éventuelles atteintes aux droits qui découleront de ce qu'aura mis en place le salarié.

**Une interdiction absolue d'usage non professionnel des ordinateurs et des réseaux serait irréaliste et le plus souvent inopportune, en tout cas inconciliable avec l'évolution des comportements.**

Dans ce domaine, l'arrêt dit Nikon du 2 octobre 2001 s'avère être un arrêt fondateur par rapport à cette problématique : il pose les fondements des restrictions au pouvoir de l'employeur.

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

## **A. La question du contrôle des mails et des documents créés par le salarié**

L'envoi d'un message électronique par une personne à une autre personne, constitue, par principe, une communication privée.

La démarche consistant pour l'employeur à effectuer des manœuvres nécessaires pour pénétrer dans la messagerie privée de son salarié caractérise donc le détournement de correspondance visé par le Code pénal.

Concernant la messagerie professionnelle du salarié, tout dépendra du nom sous lequel le fichier a été enregistré.

En règle générale, lorsqu'un salarié crée un fichier à partir de l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail, ledit fichier est présumé avoir un caractère professionnel. Cela signifie que l'employeur est en droit de l'ouvrir et de le consulter hors la présence du salarié.

Cette prérogative résulte du pouvoir de direction de l'employeur qui est en droit de consulter l'activité de ses salariés pendant leur temps de travail.

### **1. Quelles sont les conditions d'accès aux fichiers personnels du salarié ?**

Le respect de la vie privée du salarié implique que certains fichiers stockés sur l'ordinateur ne peuvent être librement consultés par l'employeur.

**C'est le cas des fichiers ou des e-mails signalés comme étant « personnels et privés ». (Cass, soc, 2 octobre 2001 dit arrêt Nikon).**

L'important est que le nom du fichier choisi par le salarié ne laisse planer aucun doute sur le caractère « privé » du document.

Dans cette hypothèse, celle où le caractère privé du mail ou du document ressort de son objet ou de son titre, l'employeur pourra, par exception, y accéder pour 3 raisons :

- a) en cas de risque ou d'événement particulier (pour l'entreprise)**
- b) en présence du salarié,**
- c) ou lorsque ce dernier a été « dument appelé », c'est-à-dire convoqué en vue de l'ouverture du fichier mais qu'il n'est pas venu.**

Les tribunaux sont très stricts concernant l'appellation des fichiers que le salarié veut protéger du regard de l'employeur.

En effet, dans un arrêt du 10 mai 2012 (Cass, soc, 10 mai 2012), la Cour de cassation a jugé que l'intitulé « mes documents » ne conférait pas un caractère personnel au fichier stocké sur l'ordinateur professionnel du salarié, de sorte que l'employeur avait le droit de le consulter. De la même manière, un dossier

comportant comme titre les initiales du salarié « JM », ou son prénom « Alain », n'ont pas été considérés comme suffisants pour donner au fichier un caractère privé.

Plus récemment, dans une affaire où un salarié avait pensé pouvoir interdire l'intégralité de l'accès de son disque dur à l'employeur en renommant le disque « D : / données personnelles », la cour de cassation a jugé qu'une telle dénomination ne pouvait conférer un caractère personnel à la totalité des données contenues sur le disque dur (Cass, soc, 4 juillet 2012). En conséquence, si un salarié est autorisé à stocker des dossiers « personnels » sur son disque dur, ce dernier ne peut s'arroger l'exclusivité de l'accès au disque dur au motif de l'avoir renommé « données personnelles ».

## **B. Réglementation spécifique aux moyens de contrôle de l'activité internet du salarié**

**En vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut décider de limiter l'utilisation d'internet et notamment des réseaux sociaux à partir des outils informatiques mis à la disposition du salarié par l'entreprise à la condition que cette limitation soit proportionnée au but recherché.**

Par exemple, dans certains cas, des restrictions voire une interdiction d'utiliser des réseaux sociaux pourront être décidées par l'entreprise pour des raisons de sécurité.

L'employeur a également le droit, pour autant que les instances représentatives du personnel aient été informées et consultées sur l'existence et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle, de contrôler l'activité de ses salariés pendant leur temps de travail.

**Ce contrôle pourra avoir pour objet de déceler d'éventuels comportements fautifs ou illicites des salariés qui pourraient avoir pour conséquence d'engager la responsabilité de l'entreprise.**

Il faut néanmoins que l'employeur :

1. prenne des mesures proportionnées au but recherché du point de vue des droits des personnes et des libertés individuelles (article L. 1121-1 du Code du travail);
2. informe et consulte le comité d'entreprise, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés (article L. 2323-32 du Code du travail)  
Le Comité d'entreprise doit être consulté sur les mutations technologiques, et doit être informé, préalablement à l'introduction dans l'entreprise de traitements automatisés de gestion du personnel, mais aussi à la mise en œuvre dans l'entreprise de moyens ou de techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.
3. informe préalablement les salariés de l'existence, des modalités, de la finalité du dispositif de contrôle, de la durée de conservation ou de sauvegarde des données de connexion et des conséquences éventuelles (par exemple, sanctions disciplinaires).  
Cela résulte des dispositions prévues par l'article L. 1222-4 du Code du travail et par la loi relative aux fichiers, à l'informatique et aux libertés du 6 janvier 1978 modifiée;
4. réalise les formalités préalables nécessaires au titre de la loi du 6 janvier 1978 relative aux fichiers, à l'informatique et aux libertés modifiée (déclaration normale ou simplifiée des fichiers constitués à l'aide de l'outils de contrôle)



## **Application pratique de ces différentes règles en matière de cybersurveillance des salariés**

En cas de non-respect des règles énoncées précédemment, la preuve obtenue par le dispositif de contrôle ne pourra pas être utilisée en cas de litige avec le salarié sauf en matière pénale. Il sera impossible de licencier valablement un salarié pour une raison obtenue grâce à l'un des moyens techniques ne respectant pas les règles précitées. Le licenciement éventuel pourra être considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse.

À noter, par ailleurs, que l'entreprise ne pourra pas contrôler les équipements personnels des salariés.

### **Désormais le droit social a intégré les enjeux de l'utilisation de l'outil internet au sein de l'entreprise.**

La CNIL admet que l'entreprise mette en place des dispositifs de filtrages de l'accès à certains sites Internet via le réseau de l'entreprise, y compris par des pare-feux.

Cela peut permettre de régler par anticipation un certain nombre de difficultés. Il faut cependant respecter les procédures de déclaration à la CNIL.

### **Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 6 mars 2007 a eu l'occasion d'établir que l'utilisation par un salarié de l'accès à internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour visiter des sites prohibés constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.**

L'employeur est autorisé, compte tenu du fait que les connexions à internet du salarié sont présumées avoir un caractère professionnel, à rechercher celles-ci de façon à les identifier et ce, que le salarié soit ou non présent.

Un salarié a vu, le 21 septembre 2011, la Cour de cassation confirmer son licenciement pour faute grave au motif qu'il avait utilisé un logiciel de suppression des fichiers temporaires et autres cookies de son ordinateur professionnel afin de cacher à son employeur le fait qu'il naviguait sur une multitude de sites « d'activités sexuelles et de rencontres ».

La possibilité qui est offerte à l'employeur de contrôler les connexions de ses salariés peut ainsi l'amener à sanctionner légitimement l'usage abusif d'internet, à des fins non professionnelles, qu'il soit caractérisé par sa durée ou par son objet.

Rappelons qu'il faudra toutefois que l'employeur ait pris le soin d'informer et consulter les représentants du personnel des moyens de contrôle qu'il entend mettre en place, qu'il en ait informé les salariés individuellement et qu'il ait procédé aux formalités de déclarations adéquates auprès de la CNIL.

### **C. La mise en place d'une charte informatique**

La charte informatique va pouvoir préciser les conditions dans lesquelles l'employeur va pouvoir réclamer l'accès aux données.

La charte renforcera la légitimité de l'intervention de l'employeur et la force des contraintes susceptibles d'être imposées au salarié.

D'où la nécessité de développer des chartes informatiques dans les entreprises.

Par ailleurs la jurisprudence a établi que le non respect de la charte informatique peut être constitutif d'une faute grave justifiant le licenciement et rendant impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis.

#### **Ces chartes ne sont pas obligatoires au sein d'une entreprise.**

Aucun texte n'impose l'adoption dans l'entreprise de règles d'utilisation des technologies de l'information et de communication.

La charte constitue néanmoins un instrument efficace de sécurisation de l'entreprise, de prévention, de sensibilisation et de responsabilisation des salariés. Les entreprises s'engagent de plus en plus régulièrement dans des démarches de ce type. Cependant, la mise en place d'une charte implique une mobilisation et la conduite collective de travaux au sein de l'entreprise (rédaction, adoption, évolutions du contenu...).

L'absence d'une charte n'empêchera pas l'entreprise de prendre des mesures, à la suite d'un comportement fautif ou illicite du salarié, fondées sur la mauvaise exécution du contrat de travail ou encore sur le droit civil ou pénal par exemple.

Une charte d'entreprise sur l'utilisation d'internet permettra :

- d'inciter la conduite en interne de réflexions et d'impliquer les salariés sur l'utilisation de l'outil qu'est internet
- d'informer et de sensibiliser les salariés sur :
  - certaines conséquences liées à l'utilisation des réseaux sociaux : (échange d'informations confidentielles, risques liés à la sécurité informatique... )
  - la politique de communication de l'entreprise sur les réseaux sociaux ;
  - les éventuels moyens mis en place pour contrôler l'utilisation par les salariés d'internet *via* les moyens informatiques fournis par l'entreprise.
- de protéger l'entreprise contre la mise en cause de sa responsabilité juridique.

**Dans la pratique, la valeur juridique de la charte dépendra de la force obligatoire que l'entreprise souhaitera lui donner en fonction du degré de**

## **sensibilité interne du sujet.**

Les documents ou « chartes » intégrés ou annexés au règlement intérieur ainsi que les règles incluses directement dans le contrat de travail du salarié ont une valeur contraignante pour les salariés.

Les autres documents ou « chartes » n'auront qu'une valeur informative ou pédagogique.

Dès lors, différentes situations pourront être distinguées :

- **Si la charte n'est pas intégrée au règlement intérieur** mais qu'elle constitue un document autonome, elle aura alors une valeur informative et de sensibilisation des salariés.

**Cela implique que le non-respect des éventuelles obligations y figurant par le salarié ne pourra pas faire spécifiquement l'objet des sanctions disciplinaires prévues par le règlement intérieur.**

L'entreprise pourra, en revanche, s'appuyer, en cas de problème, sur les obligations découlant du contrat de travail (obligation de loyauté...) ou encore sur les règles générales du droit.

- **Si la charte est intégrée au règlement intérieur de l'entreprise (dans le texte ou en annexe)**, Il conviendra alors de respecter le formalisme prévu par le Code du travail, et notamment son article L. 1321-4, en matière d'adoption et de modification du règlement intérieur à savoir :

- soumettre à l'avis du Comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, et, pour les matières relevant de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;
- transmettre le document à l'inspecteur du travail et prendre en compte ses observations le cas échéant ;
- accomplir des formalités de dépôt et de publicité au greffe du Conseil de prud'hommes.

**Dans ces conditions, le non-respect des obligations prévues dans la charte pourra exposer le salarié aux sanctions disciplinaires prévues par le règlement intérieur.**

**Si ce formalisme n'est pas respecté, le règlement intérieur (et par conséquent les règles d'utilisation d'internet et des réseaux sociaux au sein de l'entreprise) n'aura pas de caractère contraignant pour le salarié.**