



Présente :

La procédure UDRP
(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)
**au sein des modes complémentaires de règlement
des différends : aspects procéduraux**

DEA en Propriété intellectuelle et Nouvelles Technologies

Par

Catherine RUWET

Ulg-Faculté de Droit

Année académique 2002-2003

Date de mise en ligne : 24/10/2003

Ulg-Faculté de Droit

**DEA en Propriété intellectuelle et
Nouvelles Technologies**

Année académique 2002-2003

Catherine RUWET

**La procédure UDRP (Uniform Domain Name
Dispute Resolution Policy) au sein des modes
complémentaires de règlement des différends :
aspects procéduraux**

Mémoire de DEA

Promoteur : **Alain STROWEL**

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	3
<u>PREMIERE PARTIE : L'UDRP, un mode complémentaire de règlement des différends parmi d'autres</u>	4
<u>1. Présentation</u>	
1.1. Terminologie : qu'est-ce qu'un nom de domaine ?	4
1.2. Historique de la procédure UDRP	4
1.3. La procédure UDRP	6
1.3.1. Trois types de règles	6
1.3.2. Les principes généraux	6
1.3.3. Les principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine	8
1.3.4. Les règles d'application de la procédure UDRP	9
1.3.5. Les règles supplémentaires édictées par les différents organes de résolution des litiges	10
1.3.6. Le déroulement de la procédure UDRP	10
<u>2. Les modes complémentaires de règlement des différends traditionnels (Conciliation, arbitrage, médiation)</u>	
2.1. Vue d'ensemble	11
2.2. La médiation et la conciliation (renvoi au point 3.2)	12
2.3. L'arbitrage	12
2.3.1. L'arbitrage traditionnel	12
2.3.2. L'arbitrage commercial international	13
<u>3. Les modes complémentaires de règlement des différends en ligne</u>	

(Online Dispute Resolution)

3.1. Vue d'ensemble	14
3.2. La médiation et la conciliation en ligne	16
3.3. L'arbitrage en ligne	18
3.4. Le point de vue européen	21
3.5. Avantages et inconvénients des ODR : un catalogue non-exhaustif	24
3.6. Quelques exemples	26

DEUXIEME PARTIE : L'UDRP, un mode complémentaire de règlement des différends pas comme les autres

1. Spécificité de la procédure UDRP

1.1. Nature de la procédure UDRP à la lumière des autres modes complémentaires de règlement des litiges	28
1.2. Avantages au regard des autres modes complémentaires de règlement des conflits : un catalogue non-exhaustif	31
1.3. Les écueils de la procédure UDRP et remèdes éventuels	32
1.3.1. Une première pomme de discorde : une législation privée, fruit des efforts de l'ICANN et de l'OMPI	32
1.3.2. Violation des garanties fondamentales posées par le droit judiciaire	33
a. Garantie d'un procès équitable : vue panoramique	33
b. Garantie d'un procès équitable au regard de la procédure UDRP	34
c. Les Recommandations européennes	38

2. De l'extension de la procédure

2.1. Extension de la procédure UDRP au-delà du « cybersquatting » ?	38
2.1.1. Introduction	38
2.1.2. De la nécessité des monopoles techniques	39
2.1.3. De l'allure des systèmes de contrôle au sein des systèmes non-nationaux	39
2.1.4. Salves de critiques	42
2.2. Quels éléments des autres modes complémentaires de règlement des différends l'UDRP devrait-elle importer ?	43

CONCLUSION	45
------------------	----

BIBLIOGRAPHIE	47
---------------------	----

INTRODUCTION

La terre ferme est loin, on pénètre dans un monde virtuel, parallèle, où l'immédiateté est reine : le cyberspace.

Au sein de ce monde, les conflits naissent en ligne parfois au gré de micro-litiges de consommation, parfois dans l'enceinte des noms de domaine. A tout litige même du cyberspace, les garanties fondamentales d'un Etat de droit dans leur composante d'accès à la justice doivent trouver une place. Dès lors, une série de modes complémentaires de règlement des différends tentent de s'accommoder de ce nouveau type de litige.

Il existe une pléiade de modes dits « complémentaires » de règlement des différends, parce qu'ils constituent plus une possibilité d'autre justice en dehors des prétoires qu'une alternative pure et simple à celle-ci. En effet, justices traditionnelle et « alternative » peuvent se compléter au lieu de s'exclure mutuellement. La procédure UDRP est une concrétisation « hybride » de cette complémentarité.

La procédure UDRP est née en 1999, à la requête pressante des titulaires de marques alors victimes d'une pratique barbare dénommée « cybersquatting » ou « domain name grabbing ». Cette pratique consiste en un enregistrement abusif d'un nom de domaine générique de premier niveau en vue de léser le titulaire de droit de marques et lui faire payer le prix fort pour qu'il récupère le nom de domaine approprié de mauvaise foi par un autre. (Ex.: nomdelasociété.com). Cette procédure opérant en ligne s'intègre dans la mouvance des « online dispute resolution », eux-mêmes largement inspirés de leurs homologues hors-ligne : les Alternative Dispute Resolution.

Dans une première partie assez descriptive, intitulée « l'UDRP, un mode complémentaire de règlement des différends parmi d'autres », la procédure UDRP sera dépeinte tant au niveau de ses caractéristiques, de ses règles applicables que de son déroulement. La jurisprudence ne sera pas évoquée à dessein : cela impliquerait une analyse portant sur le fond des litiges alors que le parti pris consiste à se focaliser sur les aspects procéduraux.

Les modes complémentaires de règlement des litiges seront passés en revue avec un accent particulier sur l'arbitrage que d'aucuns considèrent comme une catégorie englobante dans laquelle l'UDRP devrait se glisser.

Les ODR seront passés au crible : médiation, conciliation, arbitrage en ligne feront l'objet d'une description et d'une analyse ciblant leurs vertus et leurs défaillances.

La deuxième partie est intitulée « l'UDRP, un mode complémentaire de règlement des différends pas comme les autres ».

Dans un premier temps, on s'attardera sur la spécificité de la procédure UDRP. Après avoir mis en évidence la nature hybride de la procédure UDRP, à la lumière des autres modes complémentaires de règlement, il sera procédé à un double inventaire portant sur les points forts et les écueils de cette procédure. Quant aux écueils, un accent particulier sera mis sur les diatribes relatives à sa légitimité et à son adéquation avec les exigences fondamentales d'une procédure démocratique.

Dans un deuxième temps, la question de l'opportunité d'élargir cette procédure au-delà du « cybersquatting » ainsi que la kyrielle de critiques qui accompagnent cette virtualité seront évoquées.

Pour clore la marche, l'éventualité d'importer certaines caractéristiques des autres ODR au sein de la procédure UDRP sera dépeinte.

PREMIERE PARTIE : La procédure Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) ou un mode complémentaire de règlement des différends parmi d'autres

1. Présentation

1.1. Terminologie : qu'est-ce qu'un nom de domaine ?

L'élaboration d'un site web comprend un passage obligatoire : celui de l'identification par une « adresse symbolique permettant une mémorisation et une identification plus aisée du site disponible sur le réseau »¹, c'est le nom de domaine. De plus, « Un nom de domaine est toujours associé à une adresse numérique fixe, l'adresse IP (Internet Protocol), constituée par une série de quatre chiffres séparés par des points, ceux-ci correspondant à l'adresse numérique de l'ordinateur connecté à l'internet ».

Il existe une hiérarchie dans le classement des noms de domaine. Au sommet, on retrouve les « Top level domain » (TLD), eux-mêmes subdivisés en suffixes génériques (gTLD) tels que « .com », « .org », « .net » et en suffixes nationaux (ccTLD) tels que « .be » ou « .fr ».² Par exemple, « nomdelasociété.com » ou « nomdelasociété.be » pourraient servir comme modèles de noms de domaine.

Il est remarquable que les noms de domaine jouent un double rôle : en plus de permettre l'accès à l'internet³, ils assument une fonction publicitaire et promotionnelle pour l'entreprise.⁴

1.2. Historique

La procédure UDRP s'est intégrée dans un mouvement plus ample de transfert des structures régulatrices de l'internet du secteur public vers le secteur privé. Ainsi, vit-on la fin du monopole de NSI (Network solutions inc.) quant à l'attribution des noms de domaine et la création de l'ICANN soit le premier organisme privé chargé de l'enregistrement des noms de domaine génériques (.com , .net , .org , .biz , .info , .name)⁵.

¹ FERAL-SCHUHL C., *Cyber droit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2002, p.233, note 2

² LAMY, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2001, pp.1316-1318; voir aussi VERBIEST T., « Les réformes des systèmes de gestions de noms de domaine : état des lieux », 6 mars 2001, pp.1-3 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=397 : « adoption de sept nouveaux noms de domaine génériques de premier niveau en 2001 : .biz, .aero, .coop, .info, .museum, .name, .pro » mais seuls .biz et .name sont soumis à la procédure UDRP, les autres jouissant de procédures spécifiques.

³ FERAL-SCHUHL, op.cit., p.233

⁴ ibidem

⁵ KUR A. , « UDRP, A study by the Max-Planck Institute For Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law », disponible à l'adresse <http://www.intellecprop.mpg.de/Online-Publikationen/2002/UDRP-study-final-02.pdf> p.5

L'ICANN emprunte une forme juridique inconnue en droit continental : il s'agit d'une société sans but lucratif de droit californien. Ces liens ténus avec les USA donnèrent lieu à des critiques quant à sa légitimité et son impartialité.⁶

C'est la règle dite de l'unicité des noms de domaine ou du « **premier arrivé, premier servi** » qui régit l'attribution des noms de domaine. Un tel principe engendra l'éclosion d'un nouveau fléau : le « cybersquatting » ou l'utilisation abusive de signes distinctifs au titre de noms de domaine.⁷

Dès lors, l'OMPI fut chargé d'élaborer une procédure incorporée dans le contrat d'enregistrement même et qui permettrait d'endiguer le « cybersquatting ». En effet, les tentatives de remèdes tant au niveau jurisprudentiel qu'au niveau législatif se révélèrent inadaptées.

Des complications émergèrent tant au regard de l'interprétation de la notion de signe distinctif qu'au regard du droit international privé, certains défenseurs contestant la compétence des tribunaux nationaux sur base du contrat d'enregistrement américain.⁸ Les inconvénients traditionnels des procédures judiciaires en terme de lenteur et de coût cadraient mal, il est vrai, avec les impératifs de rapidité et de simplicité qui caractérisent l'internet.⁹ De plus, les décisions rendues ne faisaient pas preuve de cohérence, certains tribunaux allant jusqu'à considérer le « cybersquatting » comme la manifestation d'une opportunité commerciale à saisir.¹⁰

Par ailleurs les réponses législatives se sont multipliées, parmi elles, on retrouve l'*Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act* aux Etats-Unis (1999) et le projet de loi belge relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine¹¹ (Projet de loi adopté par la Chambre le 27 février 2003).

Le champ d'application géographique du projet de loi belge est réduit « aux enregistrements effectués par une personne ayant son domicile ou son établissement en Belgique et aux enregistrements de noms de domaine « . be » »¹². Le champ d'application matériel englobe tant les noms de domaine de premier niveau « . be » que les noms de domaine (.biz, .fr, .com) enregistrés par des titulaires établis ou domiciliés en Belgique. A l'instar des règles UDRP, le projet vise à réprimer les cas de « cybersquatting » ; toutefois, quelques remaniements infinitésimaux des conditions nécessaires à la qualification d'enregistrement abusif ont été effectués.¹³ Par exemple : même si la lettre du projet ne vise pas expressément la mauvaise foi, l'expression « dans le seul but de nuire à un tiers ou d'en tirer indûment profit » y semble assimilable à la lecture des travaux préparatoires.¹⁴ Par ailleurs, le projet met en place une action en cessation devant les tribunaux de première instance et de commerce. Cette action en cessation, plus large que l'article 95 de la loi sur les pratiques du commerce, permettra tant

⁶ITEANU, O., «L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? », *Expertises*, avril 2002, n°258, p.131-135

⁷ CRUQUENAIRE A., *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine, analyse de la procédure UDRP*, Bruylant, 2002 pp.9-11

⁸ ibidem, pp.10-15

⁹ ibidem, p.22

¹⁰ TGI Le Mans, 27 juin 2000, disponible à l'adresse « http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/jug_tgi-paris_270600 », cité par CRUQUENAIRE A., op.cit., p.15 note 41

¹¹ ROBERT R., « Commentaire sur le projet de loi relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine », 7 avril 2003, disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=729

¹² ibidem, p.2

¹³ Le projet de loi s'énonce comme ceci : «Est considéré comme enregistrement abusif , le fait de faire enregistrer, un nom de domaine : (...)3. dans le seul but de nuire à un tiers ou d'en tirer indûment profit »

¹⁴ ibidem p. 3

aux commerçants qu'aux non-commerçants d'obtenir du tribunal une injonction visant au transfert ou à la radiation du nom de domaine. Les nouveautés se situent à quatre niveaux : 1. des justiciables autres que le vendeur peuvent agir ; 2. on ajoute la faculté d'ordonner le transfert du nom de domaine ; 3. un simple usage de la marque suffit ; 4. les atteintes aux noms patronymiques et aux noms d'entités géographiques sont désormais visées.¹⁵

Ces lois sont-elles nécessaires ? M. Cruquenaire pense qu'elles sont superflues en ce qu'elles ne visent que des comportements ciblés (les abus relatifs aux mots-clés ou aux métatags ne sont pas visés, par exemple). De plus, la jurisprudence complète souvent adéquatement les lacunes législatives rendant l'adoption de nouvelles lois superfétatoire.¹⁶

La voie de la prévention des conflits en recourant à une politique d'enregistrement restrictive telle qu'appliquée par la Belgique jusqu'en décembre 2000, s'est révélée efficace mais en contradiction avec l'esprit d'ouverture qui définit l'internet.¹⁷

Pour endiguer les lenteurs de procédures judiciaires et passer outre les problèmes de conflits de lois, les systèmes de règlement complémentaire (ou alternatif) des différends¹⁸ prirent leur essor.

Parmi ceux-ci, la procédure UDRP, fruit des travaux de l'ICANN et de l'OMPI, est le parangon de cette nouvelle tendance.¹⁹ Enclenchée en octobre 1996, enrichie par les recommandations de l'OMPI, la procédure UDRP sortit de son cocon en octobre 1999²⁰. L'implication de l'OMPI dans son élaboration et les afférentes pressions des lobbies amorcèrent le chant des critiques quant à la légitimité de la procédure. Les détenteurs de droits de propriété intellectuelle ne portaient-ils pas d'emblée avec l'avantage d'une procédure établie en leur faveur ?

L'UDRP se positionne comme la « première procédure internationale, non-judiciaire, permettant de régler les conflits de noms de domaine »²¹

1.3. La procédure UDRP

1.3.1. Trois types de règles

Elle se compose de trois types de règles :

1. les principes directeurs UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)²²
2. les règles d'application de la procédure UDRP (Rules For Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)²³
3. les règles particulières adoptées par chacun des trois organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN

¹⁵ ROBERT, op.cit., pp.3-4

¹⁶ CRUQUENAIRE A., op.cit., p. 21

¹⁷ ibidem, pp.22-23

¹⁸ sur les raisons d'une telle qualification voir infra, point 2.1

¹⁹ CRUQUENAIRE, op.cit., p. 25

²⁰ ibidem, pp.26-27

²¹ BEAURAIN N. , JEZ E., Les noms de domaine de l'internet, Litec, 2002, p. 95

²² disponible à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm> et à l'adresse <http://arbitrator.wipo.int/domains/rules/icann/icannpolicy-fr.pdf> pour la traduction française établie par l'OMPI

²³ disponible à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm> et à l'adresse <http://arbitrator.wipo.int/domains/rules/icann/icannrules-fr.pdf> pour la traduction française établie par l'OMPI

1.3.2. Les principes généraux

a. Applicabilité immédiate de la procédure²⁴

Même si le nom de domaine a été enregistré avant le 1^{er} décembre 1999, la procédure s'applique immédiatement. En effet, une clause des contrats d'enregistrement auprès de NSI prévoyait l'application de la procédure de règlement des différends en vigueur au moment de la survenance du litige.²⁵

b. Champ d'application matériel

Les noms de domaine génériques de premier niveau (.com , .net, .org, .biz, .info, .name) ainsi que certains noms de domaine géographiques sont soumis à la procédure.

c. Une procédure obligatoire mais non exclusive

L'**article 4.a)** des principes directeurs qualifie cette procédure d'obligatoire.

Les unités d'enregistrement des noms de domaine prévoient, dans le contrat d'enregistrement du nom de domaine, une clause par laquelle le déposant s'engage à se soumettre à la procédure UDRP dans l'hypothèse où un tiers revendiquerait la propriété du nom de domaine enregistré.²⁶ Autrement dit, « la conclusion du contrat d'enregistrement en ligne emporte adhésion à la procédure administrative et aux principes qui la gouvernent »²⁷. A noter qu'il n'y a pas identité entre les parties au contrat d'enregistrement (l'unité d'enregistrement et le déposant) et les parties au litige opposant un tiers détenteur d'un droit de marques et le déposant. Dès lors la possible insertion d'une clause compromissaire ne saurait lier les tiers à ce contrat. Une telle clause est-elle abusive dans la mesure où le déposant doit se plier à la procédure ? En pratique, deux alternatives se posent pour le déposant qui reçoit une plainte en vertu de la procédure UDRP : soit « il répond et décline la compétence de l'institution de règlement saisie, avec peu de chance de succès » ; « soit il ne répond pas et en cas de décision défavorable ordonnant le transfert du nom de domaine, il pourra introduire une action judiciaire ». ²⁸ Grâce à cette garantie de pouvoir saisir les tribunaux de l'ordre judiciaire avant, pendant ou après la procédure, l'accès à la justice est préservé.²⁹

Pourtant, le caractère obligatoire de cette procédure fait l'objet de controverses. En effet, aux Etats-Unis, un arrêt de la Cour fédérale du district Nord de l'Illinois rendu le 3 mai 2000³⁰ a refusé d'accorder un caractère obligatoire à la procédure. Dès lors, la Cour n'était pas liée par les décisions rendues au terme de celle-ci.³¹

d. Nature juridique de la procédure

On qualifie la procédure UDRP d'« administrative ». En fait, il s'agit d'une procédure d'un genre nouveau. Elle appartient incontestablement aux modes complémentaires de règlement des litiges sans pouvoir être classée parmi une de leurs catégories préexistantes. Elle se distingue par exemple de l'arbitrage traditionnel en ce qu'à la différence de celui-ci, elle n'est pas exclusive d'une procédure judiciaire. Au contraire, procédure UDRP et procédure

²⁴ BEAURAIN N. , JEZ E., op.cit., p.96

²⁵ BEAURAIN, op.cit., p.96

²⁶ ibidem

²⁷ KAUFMAN, op.cit., pp.174 et s.

²⁸ BEAURAIN & JEZ ,op.cit.,pp.97-99

²⁹ ibidem

³⁰ *Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware Building Supply Inc*, [2000] 54 U.S.P.Q.2d 1766(N.D. Ill.)

³¹ DREYFUS N., « Marques et noms de domaine de l'internet », *Droit des technologies avancées*, volume 8, n°1/2001, Germes, p.80

judiciaire peuvent être complémentaires. D'aucuns trouvent cette qualification inadéquate et opéreraient plutôt pour celle d'expertise conventionnelle.³²

e. Objet limité

La procédure ne vise que les cas de « cybersquatting » (usage abusif d'un nom de domaine). En outre, une atteinte à un droit de marque de produits ou de services³³ doit être constatée. Enfin, il faut que l'enregistrement du nom de domaine soit taxable de mauvaise foi.³⁴

1.3.3. Les principes directeurs UDRP régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine³⁵

Neuf paragraphes pour autant de principes.

- Le premier principe rappelle la base contractuelle sur laquelle repose l'engagement du déposant de se soumettre à la procédure UDRP en cas de litiges avec un tiers afférent à l'enregistrement du nom.³⁶

- Le troisième principe énonce les mesures que l'organe de règlement des différends pourra prendre (*annulation, transfert, modification de l'enregistrement du nom de domaine*) dans trois hypothèses : sur instruction du déposant, sur ordonnance d'un tribunal ou d'une instance arbitrale, suite à la décision d'un organe de règlement des différends en application de la procédure UDRP. Cruquenaire exprime le regret que « les principes directeurs ne consacrent pas la suprématie des décisions rendues par des organes judiciaires compétents »³⁷.

- Le quatrième principe s'intitule « *la procédure administrative obligatoire* ». L'accent sera mis sur cet article vu qu'il constitue le cœur de la procédure.

- Dans un premier temps, les **litiges** qui impliquent l'enclenchement de la procédure sont énumérés. (**article 4,a**) Il s'agit du cas où « *un tiers fait valoir auprès de l'institution de règlement compétente que*

i)Le nom de domaine est identique ou semblable au point de prêter à confusion avec une marque de produits ou de services sur laquelle le requérant a des droits;

ii)Le déposant n'a aucun droit ni aucun intérêt légitime à l'égard du nom de domaine;

iii)Le nom de domaine a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi »

Ces **trois conditions** sont **cumulatives** et il appartient au requérant d'administrer la preuve de leur réunion.

- Pour rapporter la preuve de la **mauvaise foi** du déposant, le requérant devra établir une des circonstances énumérées à l'**article 4,b**. Cette liste n'est pas exhaustive.³⁸ Les quatre hypothèses sont les suivantes :

i)le nom de domaine a été acquis ou enregistré aux fins de vendre, de louer, ou céder d'une autre manière l'enregistrement au requérant ou à un concurrent de celui-ci, à titre

³² GOLLA, R. « *La régulation de l'internet : noms de domaine et droit des marques* », thèse Aix-en-Provence, 16 octobre 2002 (version non publiée), pp.314 et s.

³³ voir infra p.42

³⁴ BEAURAIN N., JEZ E., op.cit., pp.98-101 ; pour un développement détaillé, voir point 1.3.3

³⁵ pour l'adresse internet, voir supra, note 22

³⁶ CRUQUENAIRE A., op.cit., p.38 et s.

³⁷ ibidem, p.38

³⁸ ibidem, p. 39

onéreux et pour un prix excédant le montant des frais que le défendeur peut prouver avoir déboursés en rapport direct avec le nom de domaine litigieux ;

ii)le nom de domaine a été enregistré en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de reprendre son signe sous forme de domaine et le défendeur est coutumier de ce genre de pratiques ;

iii)le nom de domaine a été principalement enregistré en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent ;

iv)par l'utilisation du nom de domaine, le défendeur a sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'internet sur un site web ou un autre espace en ligne lui appartenant, en créant la probabilité de confusion avec la marque en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation de son site web ou espace en ligne ou d'un produit ou service qui y est proposé.

- L'**article 4,c**, propose une liste non exhaustive des **intérêts légitimes** invocables par le déposant afin de justifier l'utilisation du nom de domaine litigieux.

i)avant d'avoir eu connaissance du litige, le défendeur a utilisé le nom de domaine ou un nom y correspondant en relation avec une offre de bonne foi de biens ou de services, ou avec des préparatifs sérieux à cet effet ;

ii)le défendeur est connu sous le nom de domaine litigieux, même sans avoir acquis de droits sur une marque de produits ou de services ;

iii)le défendeur fait un usage non commercial légitime ou un usage loyal du nom de domaine sans intention (soit) de détourner à des fins lucratives les consommateurs en créant une confusion (soit) de ternir la marque en cause.

- L'**article 4,d**, pose le principe du choix de l'institution de règlement des litiges par le demandeur.

- L'**article 4,k**, évoque une caractéristique majeure de la procédure qui la différencie de la procédure d'arbitrage : la possibilité de recourir aux tribunaux.

Comme le souligne M. Cruquenaire, « les procédures UDRP n'entravent en rien le droit des parties à ester en justice, même en cours de procédure UDRP. Toutefois, en cas de décision UDRP prescrivant le transfert ou la radiation d'un enregistrement de nom de domaine, l'organe de règlement des différends concerné procédera à l'exécution de la décision UDRP, s'il n'a pas reçu, dans les dix jours ouvrables suivant la notification de la décision UDRP, la preuve qu'une procédure judiciaire a été introduite en vue de contester la décision UDRP devant une juridiction dont le demandeur à la procédure UDRP a accepté la compétence. »³⁹

1.3.4. Les règles d'application de la procédure UDRP⁴⁰

Ces règles permettent la mise en œuvre des Principes directeurs. Elles se composent de 21 articles relatifs à une série de définitions (art.1), aux modalités de communication de la plainte (art.2), aux personnes habilitées à introduire une plainte et sous quelle forme (art.3), à la procédure de notification de la plainte (art.4), à la réponse (art.5), à la nomination de la commission et au délai pour prononcer la décision (art.6), aux exigences d'impartialité et d'indépendance de la commission (art.7),aux pouvoirs de la commission (art.10), à la langue de la procédure (art.11), à l'exclusion des audiences en personne (art.13), au défaut (art.14),

³⁹ CRUQUENAIRE,op.cit., p.40-41

⁴⁰ pour l'adresse internet, voir supra, note 23

aux décisions de la commission (art.15), aux transactions et autres modes de clôture de la procédure (art.17), à l'incidence de procédures judiciaires (art.18), etc.

1.3.5. Les règles supplémentaires édictées par les différents organes de résolution des litiges⁴¹

Il existe actuellement trois organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN : le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI, le National Arbitration Forum(NAF) et le CPR Institute for Dispute Resolution (CPR), l'eResolution s'étant retiré de la procédure UDRP.⁴² Chacun de ces organes édicte des règles de procédure complémentaires dont la pertinence se révèle fluctuante.⁴³

1.3.6. Le déroulement de la procédure UDRP

a. Schéma⁴⁴

La procédure, en général, s'étend sur une période de **60 jours** peu ou prou.

- (1) L'institution de règlement reçoit la plainte (plainte envoyée sur support papier et par voie électronique à l'institution de règlement, au défendeur et à l'unité d'enregistrement)
- (2) L'institution de règlement examine sa conformité aux principes directeurs (en cas d'irrégularités, le requérant dispose de 5 jours pour les corriger)
- (3) Le requérant doit verser les taxes dans un délai de 10 jours à compter du dépôt de la plainte
- (4) Réception des taxes
- (5) Transmission de la plainte au défendeur dans un délai de 3 jours à compter de la réception des taxes
- (6) Date d'ouverture de la procédure (date à laquelle l'institution de règlement informe le requérant, le défendeur, l'unité d'enregistrement et l'ICANN)
- (7) Le défendeur dispose alors d'un délai de 20 jours à compter de la réception de la plainte pour répondre aux arguments y exposés.
- (8) L'organe de résolution dispose d'un délai de 5 jours à compter de la réception de la réponse pour composer un panel.
Nomination de l'expert unique et transmission du dossier à l'expert désigné

⁴¹ Par exemple, celles de l'OMPI figurent à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/rules/supplemental/index-fr.html>

⁴² CRUQUENAIRE, op.cit., p.195

⁴³ Lire CRUQUENAIRE, op.cit., pp.48-52

⁴⁴ BEAURAIN N., JEZ E., op.cit.,p.114 ; CRUQUENAIRE, op.cit., p.52-53 ; DREYFUS, N., « Marques et noms de domaine de l'internet », *Droit des technologies avancées*, volume 8, n°1/2001, Germes, p.187

- (9) L'expert dispose d'un délai de 14 jours pour rendre sa décision.
- (10) L'organe de résolution des litiges dispose d'un délai de trois jours pour communiquer la décision du panel à l'institution de règlement, à l'ICANN et aux parties.
- (11) Exécution de la décision à l'expiration d'un délai de 10 jours ouvrables à compter de la transmission de la décision à l'ICANN par l'institution de règlement.

b. L'exécution des décisions UDRP

Un atout majeur de cette procédure repose sur le fait que les décisions UDRP économisent le recours à la voie judiciaire pour leur exécution : en effet aucun exequatur n'est requis.

C'est le **tissu contractuel** qui permet d'éviter une intervention judiciaire. Il existe deux types de contrats qui lient différentes parties :

- d'une part, le contrat entre les unités d'enregistrement et l'ICANN, assurant l'exécution des décisions des panels en cas d'absence d'introduction d'un recours judiciaire dans la période de dix jours ouvrables suivant la décision
- d'autre part le contrat qui existe entre le déposant du nom de domaine et les unités d'enregistrement, contrat par lequel le déposant est tenu de se soumettre à la procédure à la requête d'un tiers.⁴⁵

2. Les modes complémentaires de règlement des différends traditionnels (Conciliation, médiation, arbitrage)

2.1. Vue d'ensemble

L'origine des Alternative Dispute Resolution (ADR en anglais ou MARC en français) se situe aux Etats-Unis. Ils trouvent un nouvel essor actuellement, alors que bizarrement jamais la justice étatique n'a été autant sollicitée. Ils reflètent d'une part, la réticence du justiciable à l'égard de décisions qui s'imposent à lui et d'autre part, la recherche de solutions plus en adéquation avec une certaine idée de « cohésion sociale et d'adaptation à la modernité ». ⁴⁶

Les ADR agissent en **complémentarité** de la justice étatique plus qu'ils ne s'y substituent, il y va de la préservation de l'Etat de droit. S'ils contribuent à résorber une partie de l'arriéré judiciaire, ils offrent aussi les avantages d'une justice plus consensuelle reposant sur des solutions acceptées par les parties, assurant ainsi une certaine efficacité quant à l'exécution des « décisions » qui en résultent. Livre vert⁴⁷ de la Commission à l'appui, on explique le

⁴⁵ CRUQUENAIRE, op.cit., p.53

⁴⁶ D'HUART V., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits », *CUP* 2002, vol.59, pp.5-56, p. 12-17 ; DE LOCHT, op.cit., pp. 328 et s. ; voir aussi à ce propos GARNETT R. ; GABRIEL H. ; et alli, *A practical guide to international commercial arbitration*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 2000, pp.15-17

⁴⁷ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, présenté par la Commission des Communautés européennes, le 19 avril 2002, point 1.2, p.7

développement des ADR comme une réponse « aux difficultés d'accès à la justice auxquelles de nombreux pays doivent faire face ». ⁴⁸

Il existe une controverse doctrinale s'agissant de l'intégration de l'arbitrage au sein des ADR. La Commission, dans son livre vert du 19 avril 2002, l'en a écarté. En vertu des réglementations spécifiques tant internationales que nationales qui le régissent, certains n'hésitent pas à lui conférer un statut autonome à base conventionnelle mais poursuivant un objectif juridictionnel.⁴⁹ Pour surmonter ces querelles de qualification, comme le suggère Nabil Antiki, il paraît plus adéquat de parler de **modes complémentaires** plutôt qu'alternatifs de règlement des litiges.⁵⁰ Dès lors, l'arbitrage retrouve une place sous cette nouvelle appellation plus globale.

2.2. La médiation et la conciliation (renvoi au point 3.2)

Pour éviter les redites et parce que le processus traditionnel se retrouve quasi complètement dans celui en ligne, renvoi est opéré à ce point.

2.3. L'arbitrage

2.3.1. L'arbitrage traditionnel

Tant la technicité de certains litiges, que la lenteur de la justice ou que le caractère confidentiel de l'arbitrage poussent à y recourir.⁵¹

L'arbitrage se définit comme un mode extrajudiciaire de règlement des différends par lequel les parties confient la résolution de leur litige à un tiers neutre qui va trancher le litige par une décision qui **s'impose** aux parties. « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, **l'autorité de chose jugée** relativement à la contestation qu'elle tranche ». ⁵² Néanmoins, elle n'a pas par elle-même force exécutoire. Il faut diligenter une procédure devant le tribunal de première instance en Belgique pour que la sentence soit revêtue de la force exécutoire ce qui permettra l'exécution forcée des droits consacrés par la sentence.⁵³

Il y a deux types d'arbitrage :-ad hoc (sur-mesure)

-institutionnel (« sous les auspices d'un centre d'arbitrage » tel le CEPANI en Belgique)⁵⁴

Ainsi, si le « fondement » de l'arbitrage est conventionnel, la nature de la mission de l'arbitre est « juridictionnelle ».⁵⁵

⁴⁸ D'HUART, op.cit. , pp.12-17

⁴⁹ ibidem, pp.13-14

⁵⁰ ANTIKI N., « Perspectives nord-américaines en médiation », dans Barreau du Québec, Service de la Formation Permanente, *Développements récents en médiation*, Cowansville, Edition Yvon Blais, 1995, p.171 ; GOLA, R., op.cit., pp. 288-289 ; GABRIEL Pierre.(chargé de cours honoraire à l'ULG), *L'arbitrage commercial international : Libres propos* , exposé donné au cours de procédure judiciaire du Professeur De Leval, année 2001, p.2

⁵¹ HOLLANDE A. ; LINANTS DE BELFONDS X., *Pratiques du droit de l'informatique*, 5^{ème} édition, Delmas, 2002, p. 325

⁵² HOLLANDE, op.cit., p.328

⁵³ DE LEVAL, *Droit judiciaire privé III.2.Procédure*, éditions juridiques de l'Université de Liège, 2001-2002 p.242

⁵⁴ ibidem, p.236

⁵⁵ CACHARD,op.cit.,p.328

Techniquement, la voie de l'arbitrage est ouverte soit par le biais d'une clause d'arbitrage insérée dans le contrat (clause compromissoire) soit par la conclusion d'un compromis d'arbitrage, lorsque que le différend est né. La **clause compromissoire** est « la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. »⁵⁶. Le **compromis** est « la convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ».⁵⁷

Le choix du ou des arbitres et leur nombre (1 ou 3 souvent) est laissé aux parties. Celui-ci peut être une personne physique ou morale et ne doit pas être juriste nécessairement.

Les règles de procédure sont également librement fixées par les arbitres. Ils ne sont pas tenus d'appliquer le droit, ils peuvent statuer « en amiable compositeur ». Toutefois, les droits de la défense et le principe du contradictoire doivent être respectés.⁵⁸

Le rôle de l'arbitre diffère de celui du tiers dans les procédures de médiation ou de conciliation. En effet, il ne se contente pas de rapprocher les parties mais tranche le litige. Il est doté d'un **pouvoir juridictionnel**. On s'écarte donc de la logique thérapeutique, ternaire de la médiation pour revenir à cette justice « duel » qui n'offrira qu'un seul gagnant.

Le **caractère contraignant de la sentence arbitrale** (en effet, elle est revêtue de l'autorité de chose jugée) présente l'avantage de la rendre plus aisément exécutable qu'un contrat résultant d'une négociation ou d'une médiation. Le plus souvent, la convention de New York, ratifiée dans 121 états, assure de son exécution. A toute médaille, son revers. Ce caractère contraignant constitue aussi un frein à l'adoption d'un compromis d'arbitrage en raison de la « défiance » et la « suspicion » qu'il suscite dans l'esprit des parties.⁵⁹

A noter que le droit belge envisage une faculté d'appel en l'article 1703 al.2 du Code Judiciaire, dans la stricte mesure où les parties ont prévu cette faculté dans leur convention.⁶⁰

2.3.2. L'arbitrage commercial international⁶¹

Il constitue un mode de règlement des litiges important dans la sphère du commerce international. Il s'agit souvent d'un remède aux imperfections des contrats, dans le cadre d'un commerce qui mêle des intervenants provenant de nations différentes.⁶² Il se décline en deux variantes, l'une ad hoc où les parties modèlent les paramètres de solution du litige, l'autre institutionnelle se fonde sur des règles préétablies « consignées dans un règlement d'arbitrage » (CNUDCI, CEPANI, CCI, etc.).

L'**autonomie de la volonté** des parties est prépondérante en ce que leurs facultés de choix s'exercent quant à l'organisation et au déroulement de l'arbitrage. Les parties pourront ainsi choisir les arbitres (souvent au nombre de 3, ce qui permet aux parties d'en choisir un chacune), les règles matérielles et de procédure, le siège et la langue.⁶³

⁵⁶ HOLLANDE, op.cit., p. 325

⁵⁷ ibidem, p. 326

⁵⁸ ibidem., p.328

⁵⁹ SCHULTZ T., « Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et *ius numericum* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol.48, 2002, pp.153-203 disponible en ligne à l'adresse http://www.online-adr.org/SCHULTZ_ODR_RIEJ_site.pdf, pp.10-11

⁶⁰ DE LEVAL, op.cit., p. 236 et s.

⁶¹ GABRIEL Pierre., op.cit., pp.1-16 ; HELFER & DINWOODIE, op.cit., pp.55-61 ; voir aussi GARNETT, op.cit., pp.3-7

⁶² GARNETT, op.cit., p.2

⁶³ HELFER & DINWOODIE, op.cit., pp.55 ; REDFERN A., HUNTER M., *Law and practice of international commercial arbitration*, 2^{ème} édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pp.290-295

S'agissant du droit international privé, M. Fallon souligne l'autonomie exorbitante laissée à l'arbitre quant au choix de la règle de conflit de loi. En effet, « Qui peut le plus peut le moins. Dès lors que les parties peuvent délier le juge de l'obligation de respecter les règles de droit (il peut statuer en équité), elles peuvent à plus forte raison se soumettre à quelque règle que ce soit, sans être limitées par le cadre étroit de la règle d'autonomie en droit international privé. »⁶⁴ A noter que la controverse doctrinale portant sur l'application des lois de police du for se dissipe actuellement. En effet, hier, les lois de police, leur ancrage national, leur protection d'intérêts nationaux, semblaient incompatibles avec d'une part la vocation universelle, transnationale de l'arbitrage international et d'autre part avec l'essence contractuelle de celui-ci. A l'heure de la globalisation du commerce international, de nombreuses voix s'élèvent en faveur d'un rapprochement des deux concepts de sorte que l'arbitre appliquerait, s'il échet, certaines lois de police. Il suffirait qu'elles rencontrent un certain nombre de conditions les reliant à un Etat par le truchement des facteurs de rattachement. Il s'agirait aussi d'assurer la pérennité de l'arbitrage par des sentences qui ne risqueraient plus d'être remises en cause dans l'Etat où l'exécution sera requise. Mais encore, il y a lieu de distinguer ordre public et lois de police. L'ordre public constitue un mécanisme d'exception, d'éviction portant, selon le cas, sur le contenu « de la loi normalement applicable, du jugement étranger, de la sentence ». ⁶⁵ Ainsi, dans le cas de litiges portant sur un droit de marques, c'est en vertu du caractère d'ordre public de ces litiges qu'il convient de les soustraire à l'arbitrage.

Toutefois, cette autonomie de la volonté se heurte à quelques barrières⁶⁶ :

- le respect de l'ordre public international
- le respect des dispositions d'ordre public de l'Etat où la sentence pourrait être annulée ou devrait être exécutée de manière contraignante
- la capacité juridique des parties, les pouvoirs des représentants, l'arbitrabilité des litiges, l'égalité de traitement

Néanmoins, des conventions internationales (convention de New York 1958, convention de Genève 1961) limitent le contrôle des juridictions étatiques à certains points fondamentaux en vue de faciliter l'exécution et la reconnaissance des sentences.⁶⁷

3. Les modes complémentaires de règlement des différends en ligne (On line Dispute Resolution)⁶⁸

3.1 Vue d'ensemble

L'émergence et le développement exponentiel de l'internet et de nouvelles technologies a favorisé l'éclosion d'un nouveau type de commerce : le commerce électronique. Comme corollaire immédiat de ce business contemporain, de nouveaux types de litiges apparurent et donc de nouvelles formes de résolution des différends devaient être débusquées en vue de s'adapter au caractère singulier de ces litiges transnationaux où les parties proviennent fréquemment de continents différents et se disputent à propos de **micro-transactions**

⁶⁴ FALLON M.; RIGAUX F., *Droit international privé, tome II, Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993, p.622

⁶⁵ SERAGLINI C., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, pp.1-13

⁶⁶ GABRIEL Pierre., op.cit.,pp. 1-16 ; voir aussi GARNETT, op.cit., pp.292-295

⁶⁷ GABRIEL Pierre, op.cit., pp.1-16 ; pour plus de détails sur les aspects procéduraux, lire GARNETT, op.cit., pp.51 et s.

⁶⁸ par la suite qualifiés d'ODR

engageant des sommes minimales. En effet, le montant moyen d'une transaction sur le net ne dépasse pas trente euros !⁶⁹ Dès lors, les modes traditionnels de règlements des différends se révélèrent inappropriés. A suivre l'adage « *De minimis non curat praetor* », on aboutirait à un déni de justice pour de telles micro-transactions⁷⁰.

Selon M. Perrit, « il existe trois caractéristiques d'internet qui rendent les procédures judiciaires et administratives traditionnelles de règlement des différends insatisfaisantes pour beaucoup de litiges qui naissent dans le commerce en ligne ». Premièrement, « le seuil d'entrée bas invite, à la participation au commerce et à la politique, de petites entités et des individus qui ne pourraient s'offrir une participation directe dans la plupart des marchés traditionnels et des forums politiques. » Deuxièmement, « l'ouverture géographique du commerce électronique rend les transactions entre étrangers plus probables ». Troisièmement, « l'internet est global par essence ». ⁷¹

Comme le suggère M. Schultz, « Internet est ubiquitaire, déterritorialisé tandis que le droit reste largement national. Pour la résolution des litiges, la conséquence en est la multiplication des fors et des droits applicables ». ⁷² Il voit, dans les ODR, une concrétisation du droit d'accès à la justice s'agissant de « différends internationaux de faible valeur » ainsi que le reflet d'un phénomène d'autorégulation⁷³ du cyberspace. Par ailleurs, il intègre les ODR dans la mouvance de cet engouement pour une justice privée, modelable qui serait à la fois accessible en tout lieu, peu onéreuse, rapide, maniable, efficace.⁷⁴ C'est un marché distinct qui naît avec les ODR. Même s'il ne faut pas occulter la nécessaire corrélation qui existe entre succès du commerce électronique et succès des ODR, l'un ne va pas sans l'autre. D'où l'intérêt de rendre confiance en l'internet. Ces modes de résolutions des litiges ou encore la labellisation⁷⁵ des sites y participent.

Tout cela a favorisé l'apparition des online dispute resolution (ODR) ou modes de résolution des litiges en ligne. Ce nouvel outil est à la fois plus efficace, moins onéreux et plus flexible. Tous les modes de communication en ligne sont mis à la disposition des parties pour favoriser la solution du différend (e-mails, chats, visioconférences, etc.). Ces ODR connaissent un succès fulgurant aux dires de certains organismes de règlement.⁷⁶ Il demeure que des difficultés tant au niveau légal (conformité aux exigences procédurales) qu'au niveau technique (confidentialité, sécurité) sont apparues.⁷⁷

Il y a quatre principaux systèmes d'ODR :

- dans la **négociation automatique** (automated negotiation), en guise de transaction, les parties proposent chacune séparément une somme d'argent à un ordinateur ; ensuite, celui-ci

⁶⁹ BONNET V. ; BOUBAOUAD et alli, « Online dispute resolution systems as web services » p.1 disponible à l'adresse http://www.hpovua.org/PUBLICATIONS/PROCEEDINGS/9_HPOVUAWS/Paper_4_2.pdf
KRAUSE, W., « Do you want to step outside ? An overview of online alternative dispute resolution », *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 2001, volume 19, n°3, p.484 ; CACHARD, op.cit., p. 338

⁷⁰ ibidem, p.338

⁷¹ PERRITT H., « Dispute Resolution in Cyberspace : Demand for new Forms of ADR », 15 *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 2000, p.675

⁷² SCHULTZ, op.cit., pp.6-7

⁷³ Dans BERLEUR J ; POULLET Y, « Quelles régulations pour internet ? », in BERLEUR J; BROUSSEAU E ; et alli , *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant, 2002, p. 139 : Une définition de l'autorégulation est donnée ; c'est « le recours aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité »

⁷⁴ ibidem

⁷⁵ Lire à cet égard : WERY E. ; VERBIEST T., *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européens, belge et français*, Larcier, 2001

⁷⁶ BONNET V. ; BOUBAOUAD et alli, op. cit. , p.1

⁷⁷ Lire BONNET, op cit. , pp.2-7

compare l'offre et la demande et fixe le montant de la transaction.⁷⁸ M. Schultz y voit une manifestation du « postmodernisme » juridique. En effet, il s'agit d'une procédure qui pousse à leur paroxysme les vertus de souplesse, de rapidité, de diminution des coûts qui caractérisent les ODR.⁷⁹

- dans la **négociation assistée par ordinateur**, les parties communiquent par le biais des nouvelles technologies mises à leur disposition. Les fournisseurs de l'ODR assument les fonctions d'archivage et de sécurité. Ce mécanisme remporte un franc succès. Il répond à une double problématique : d'une part, il résout un problème inhérent au cyberspace qu'est la difficulté de communiquer entre personnes éloignées physiquement ; d'autre part, il balaie l'embarras résultant de l'anonymat des parties dissimulées derrière « leur identité virtuelle » et ce, depuis la phase pré-contractuelle jusqu'à celle de la résolution du litige. Comment ? En laissant toute liberté aux parties de déposer leurs remarques sur des « sites sécurisés » et en recourant, toujours dans une optique de sécurisation, aux « certificats électroniques »^{80 81}

- dans la **médiation en ligne**, une tierce personne dépourvue du pouvoir de trancher tente, via l'internet, de mener les parties à un accord. Peu de litiges sont résolus par cette voie « parce qu'un tel système est difficile à mettre sur pied d'un point de vue technologique et que les parties réclament des moyens de communication très développés »⁸²

- dans l'**arbitrage en ligne**, « une tierce personne choisie par les parties ou désignée par l'institution choisie par les parties rend une décision sur le litige après avoir entendu les arguments pertinents et vu les preuves appropriées. Les sentences arbitrales ne sont pas encore reconnues ni exécutées par le système judiciaire ; il y a lieu de recourir à des organismes privés para-nationaux pour en assurer l'exécution. »⁸³

Il est remarquable que tant des litiges traditionnels que des litiges survenus en ligne peuvent être solutionnés par les ODR.⁸⁴ Encore faut-il obtenir le consentement des parties puisque ces mécanismes reposent toujours sur une base **volontaire**.

Enfin, ces ODR participent d'un mouvement plus général d'autorégulation du cyberspace d'apparence plus adapté qu'une intervention gouvernementale, puisque les « entités privées qui opèrent en ligne (sur le terrain donc) peuvent mieux saisir les transformations, mutations qui se produisent sur le net. »⁸⁵

3.2. La médiation et la conciliation en ligne

En raison de la similarité de leur finalité-la pacification du conflit-, la mouvance actuelle tend à les confondre. Il y a lieu, dans un premier temps, de les distinguer formellement.

⁷⁸ BONNET, op.cit., pp.1-2

⁷⁹ SCHULTZ T., op.cit, p.9

⁸⁰ Lire à ce propos WERY E. ; VERBIEST T., *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européens, belge et français*, Larcier, 2001,p. 331 et s.

⁸¹ SCHULTZ, op.cit., pp.9-10

⁸² BONNET, op cit., pp.1-2

⁸³ ibidem

⁸⁴ LONGWORTH E., « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace » in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Editions UNESCO, Economica, 2000, pp.11-89, pp.58 et s. ; KRAUSE, W., op.cit., p.470 ; MANEVY I., *online dispute resolution : what future ?*, Mémoire de DEA de droit anglais et nord-américain des affaires, juin 2001 disponible à l'adresse <http://www.legalis.net> juriscom.net, 12 janvier 2002 p.6 <http://juriscom.agat.net/uni/mem/17/odr01.pdf>

⁸⁵ MANEVY, op.cit., pp.51-52 ; voir aussi BERLEUR J ; POULLET Y, « Quelles régulations pour internet ? », in BERLEUR J; BROUSSEAU E ; et alli , *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant, 2002, pp. 137-139

La **médiation électronique** est « un processus structuré à court terme par lequel les parties tentent de prévenir, de gérer ou de résoudre un litige par l'intervention confidentielle d'un tiers indépendant et impartial qui, sans disposer d'un pouvoir juridictionnel mais en utilisant des techniques de communication et des stratégies psychologiques complémentaires, tente d'amener les parties à un accord, lequel se fonde soit sur les règles de droit soit sur l'équité résultant des échanges sur les intérêts des parties ou toute autre circonstance du litige »⁸⁶.

La **conciliation** est souvent une phase postérieure à la médiation : « le conciliateur (le médiateur ou une autre personne) va proposer, sans imposer, ce qui lui apparaît comme une solution raisonnable et tenter d'obtenir l'accord des parties sur celle-ci. »⁸⁷

D'aucuns considèrent que le rôle du tiers-médiateur va au-delà de celui du tiers-conciliateur en ce qu'il propose des solutions, d'autres le cantonnent dans un rôle passif où il ne pourrait même pas émettre de recommandations.⁸⁸

D'un point de vue légistique, en droit belge, seule la **conciliation** a trouvé écho dans le Code Judiciaire. Elle se décline en plusieurs variantes. L'une judiciaire se réfère au Code Judiciaire qui la régit : soit elle a lieu en dehors de l'instance et est régie par les articles 731 à 734 du Code Judiciaire ; soit elle a lieu en cours d'instance et suit le régime de l'article 1043 C.Jud.(jugement d'accord) ; soit elle a lieu sous l'égide d'un expert en vertu de l'article 972 C.Jud.. L'autre variante, extrajudiciaire, constitue un mode complémentaire de règlement des litiges par lequel un tiers met fin à une contestation en dehors des prétoires.⁸⁹

La **médiation**, quant à elle, n'est encadrée par la loi que de manière ponctuelle.

On distingue médiation/conciliation et arbitrage en ce que la médiation n'aboutit pas à une sentence qui lie les parties : elle consiste seulement à **rapprocher** les parties et les mener, si elles s'entendent, soit vers une transaction (contrat) soit vers un « engagement mutuel de conduire le contrat à son terme, assorti de nouveaux délais » soit vers « une novation par changement d'objet » par le truchement d'un avenant au contrat. Il ne s'agit donc **pas de trancher** le litige. Le recours à la médiation peut soit résulter d'une clause du contrat, soit naître d'une démarche concordante et spontanée des parties lorsque naît le conflit.⁹⁰

Comme le remarque Priscilla de Locht, la médiation électronique offre de nombreux avantages reposant sur son **absence de formalisme** (« absence de contraintes légales en termes de procédure »), sur sa **rapidité** et son **faible coût**. Cachard y voit surtout l'avantage non négligeable d'une « **exécution spontanée** de l'accord conclu entre parties ». ⁹¹

Par ailleurs, tous les modes de communication électronique peuvent être utilisés pour assurer la transmission des pièces et informations relevantes.⁹²

De plus, la médiation épouse à merveille les contours du « contexte transnational, pluriculturel et dépersonnalisé d'Internet ». ⁹³ En effet, le cyberspace se compose d'environnements juridiques et culturels très contrastés. La médiation permet dès lors de

⁸⁶ DE LOCHT, P. « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges » in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Les cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit n°19, Bruylant, Bruxelles, 2001 p. 336

⁸⁷ WERY E. ; VERBIEST T., *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européens, belge et français*, Larcier, 2001, p.567

⁸⁸ DE LOCHT, op. cit. , p. 330

⁸⁹ DE LEVAL G., *Droit judiciaire privé III Procédure (1)*, Collection scientifique de l'Université de Liège, 1999-2000, pp.47 et s.

⁹⁰ HOLLANDE, op.cit. , p.330

⁹¹ CACHARD, op. cit. , p.367

⁹² DE LOCHT, op. cit. , p.337

⁹³ SCHULTZ, op.cit., p. 10

franchir les obstacles de l'intolérance qu'engendrerait l'application stricte d'un droit pour aboutir à une solution acceptable par tous. C'est ce que M. Schultz qualifie de « pensée ternaire » : on abandonne une vision manichéenne de la justice avec un gagnant/un perdant au bénéfice d'une justice consensuelle qui résoudra les différends relatifs à la légitimité (en raison de conceptions juridiques divergentes) ou à la sécurité juridique (les parties croyaient en l'application d'un autre droit).⁹⁴ On rétorque que l'application de cette maïeutique va mal s'accommoder de la voie électronique. M. Schultz pense que l'absence de contact physique n'est pas décisive et que les projets visant à optimiser la médiation ont de l'avenir vu le vecteur d'**accès à la justice** qu'elle constitue.

M. Schultz met en exergue le caractère fluctuant des outils de communication dont les centres de médiation jouissent. Parfois, de simples e-mails sont possibles ; parfois, c'est toute la panoplie qui est offerte (visioconférences, forums de discussion, chats, etc.). Grâce à ce dernier type de services plus sophistiqués, des communications triangulaires enrichies de l'intervention d'experts, de témoins et d'autres conseils sont possibles.⁹⁵

Quant au succès rencontré par ce type d'ODR, il est difficilement quantifiable en terme de litiges. En revanche, au regard du nombre de centres de médiation qui ont ouvert leurs portes, le succès est patent.⁹⁶

3.3. L'arbitrage en ligne

Si l'arbitrage en ligne emprunte toutes les caractéristiques procédurales de l'arbitrage traditionnel, il demeure que certains centres d'arbitrage en ligne délivrent des sentences sans force contraignante.⁹⁷ Comme le soulève M. Cachard avec un brin d'ironie, l'enjeu des litiges dans le cyberspace se chiffre à une pincée d'euros alors que le seuil des « petits litiges dans l'arbitrage international » se situe aux alentours de 200000 euros !⁹⁸

M. Cachard soulève une série de vices ou risques inhérents à la procédure d'arbitrage en ligne. D'emblée, il dénonce l'absence de consentement éclairé du consommateur lorsqu'une clause compromissoire est en jeu, la conclusion du contrat de consommation s'assimilant elle-même à un contrat d'adhésion. Au moment de la conclusion du contrat, le consommateur réalise-t-il qu'il renonce à la justice étatique ?⁹⁹ Ce grief, d'ailleurs, sera renouvelé lors de l'analyse du principe de liberté tel qu'énoncé dans la Recommandation 98/301. En droit français, une telle clause serait susceptible d'être condamnée comme abusive moyennant une analyse « *in concreto* » de ce caractère (Article L 132-1 NCPC)¹⁰⁰. Le droit belge dicterait le même type de réponse en vertu de la Loi sur les pratiques du commerce.

Un autre grief (commun avec l'arbitrage commercial international) repose sur l'argument que l'arbitrage permet de soustraire le litige aux dispositions impératives de protection du for.¹⁰¹ Ce grief perd de sa pertinence aujourd'hui à la lumière d'une nouvelle démarche associant lois de police et arbitrage pour les faire évoluer ensemble en dépit du caractère contractuel de l'arbitrage. En effet, une loi de police protectrice des intérêts privés, ceux du consommateur, poursuit en même temps un intérêt plus global, celui du marché. Par ailleurs, « la légitimité de

⁹⁴ SCHULTZ, op.cit., p.10

⁹⁵ ibidem, p.3

⁹⁶ ibidem

⁹⁷ SCHULTZ, op.cit., pp.3-4 ; voir aussi BOCHURBERG L., *Internet et commerce électronique*, 2^{ème} édition, Delmas, 2001, pp.249-250

⁹⁸ CACHARD, op.cit., p.338 citant MOREAU B., « L'avenir de l'arbitrage », *CJFE*, 2001, n°4, p. 838

⁹⁹ ibidem, pp.331-333

¹⁰⁰ ibidem, p.333

¹⁰¹ ibidem, pp.333-336

l'application d'une loi de police par l'arbitre» est renforcée parce que les intérêts des consommateurs jouissent d'un statut de protection à l'échelon international par le biais des travaux de l'OCDE par exemple.¹⁰²

Concernant les soucis relatifs à la validité d'une clause compromissoire électronique quant à la forme, il y a lieu de distinguer :

- en droit de l'arbitrage international, la jurisprudence française a réaffirmé le caractère consensuel de cet arbitrage et la doctrine en a déduit « qu'une clause compromissoire affichée sur la page Web du commerçant et acceptée par un clic de souris du client sur un bouton « j'accepte » est valable »¹⁰³
- en droit de l'arbitrage interne, l'écrit électronique remplira l'exigence de constituer la convention d'arbitrage par écrit.¹⁰⁴

La doctrine américaine tend à généraliser la clause compromissoire dans tous les contrats électroniques, M. Cachard s'oppose à cette généralisation. Il opère dès l'abord, une distinction avec le droit américain qui dispose d'une figure juridique (la « *third party beneficiary* ») permettant d'insérer systématiquement cette clause dans tous les contrats d'abonnement à l'internet. En droit continental, seule la figure de la « stipulation pour autrui assortie d'une charge pesant sur le bénéficiaire » permettrait d'étendre la clause à des tiers. Il demeure que cette figure juridique constitue une pâle réplique de son homologue américain dont la mise en œuvre susciterait maintes difficultés. Parmi celles-ci, l'acceptation du tiers bénéficiaire est nécessaire et cela risque bien de ruiner l'idée de globalisation sous-jacente.¹⁰⁵

In fine, pour dépasser ces critiques, il est proposé d'« aménager une **option** en faveur de l'internaute ». Il s'agit d'une clause « qui constate l'engagement de l'opérateur de soumettre tout litige à naître à l'arbitre tout en ménageant au consommateur l'exercice d'une option le moment venu »¹⁰⁶. Cette option lui permettrait, lors de la survenance du litige, d'écarter l'application systématique de l'arbitrage et de soumettre le litige aux juridictions étatiques. En droit français des affaires, on qualifie ces clauses de « clauses optionnelles » « car elles combinent, dans une même clause, la soumission à l'arbitrage et la désignation d'une juridiction étatique ».¹⁰⁷ M. Cachard voit dans ce dernier mécanisme « une technique appropriée pour l'arbitrage de micro-litiges du commerce électronique ».¹⁰⁸

Au rang des avantages de l'arbitrage électronique par rapport à son homologue hors ligne, on souligne l'**efficacité économique** de l'arbitrage basée sur la faiblesse du coût de la procédure et sur « sa large diffusion ». Il demeure que la nature des litiges de consommation, par essence des micro-litiges, doit engager l'arbitrage dans une spirale décroissante de coûts. Les frais d'administration sont réduits par le biais des virtualités du Web : envoi des fichiers électroniques, e-mails combinés avec l'émergence de sites Web, tels Virtual Magistrate ou ECODIR, qui aident le consommateur dans la poursuite de la procédure.

Les fameux délais, qui ne pouvaient être diminués à trop forte dose au péril des droits de la défense, se voient néanmoins réduits par la communication instantanée des informations.¹⁰⁹

¹⁰² voir supra point 2.3.2 ; SERAGLINI, op.cit., pp.7 et 379 ; CACHARD, op. cit., pp. 334-335

¹⁰³ CACHARD, op.cit., pp. 345-346

¹⁰⁴ ibidem

¹⁰⁵ ibidem, pp.350-352

¹⁰⁶ CACHARD, op.cit., p.355

¹⁰⁷ FOUCHARD P., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, n°488 cité par CACHARD, op.cit., p.355, note 120

¹⁰⁸ CACHARD, op.cit., pp. 352-357

¹⁰⁹ ibidem, pp. 361-363

Un autre nœud de discordance concernait la tenue des audiences. L'arbitrage en ligne en fait fi, recourant, s'il échoue, au médium de visioconférence pour le délibéré. On évite la tenue de véritables audiences en ligne car elles engendreraient des coûts et des infrastructures supplémentaires.¹¹⁰

Certains objectent que la communication des pièces par voie électronique n'est pas légale. Cette objection peut aisément être surmontée par la voie contractuelle, en prévoyant une clause qui l'autorise. De plus, divers protocoles de sécurisation des communications internet permettent d'apaiser les craintes relatives à la préservation de la confidentialité de la procédure.¹¹¹

Comment parler d'efficacité si la sentence n'est pas elle-même rendue par voie électronique et ne jouit pas des mêmes attributs que la sentence arbitrale traditionnelle ? « La délocalisation de l'arbitrage et la dématérialisation de la sentence ne font-ils pas obstacle à la reconnaissance et à l'exécution de cette sentence par les Etats, en cas de contentieux post-arbitral ? » La question, si elle mérite d'être posée, reçoit une réponse encourageante par le biais d'une interprétation large de la Convention de New York du 10 juin 1958¹¹². En effet, ce qui posait problème était l'**article IV** de cette convention énonçant que « *Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir en même temps que la demande a) l'original dûment identifié de la sentence, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.*

Or, en matière de courrier électronique, chaque exemplaire est un original assimilé à un écrit et susceptible d'être authentifié en recourant au procédé de signature électronique.¹¹³

L'exigence de notification de la sentence aux parties (point de départ des délais de recours) peut aussi s'opérer par voie électronique. La combinaison d'un « courrier électronique avec accusé de réception, joint à l'accessibilité sur le site Web de l'institution d'arbitrage »¹¹⁴ remplirait adéquatement l'exigence de notification.¹¹⁵ Cette vision est, en outre, soutenue par l'article 17 de la directive sur le commerce électronique qui tend également à la suppression des barrières formelles à l'efficacité des modes extrajudiciaires de règlement des différends.¹¹⁶

Au niveau du contrôle de la régularité des sentences arbitrales, l'**article V** de la convention de New York énumère les causes d'annulation de la sentence.¹¹⁷ En règle, la localisation du siège permet de déterminer tant le juge compétent que la loi applicable. Hors, *in specie*, l'électronique rend difficile la localisation du siège, dès lors comment le juge national pourrait-il déterminer conformément à l'**article V(1) d** de la convention de New York si la procédure

¹¹⁰ CACHARD, op.cit., pp. 362-363

¹¹¹ ibidem p.364

¹¹² Différents instruments sont susceptibles de s'appliquer :

-au niveau international : la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

-au niveau européen : la convention de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961

-au niveau américain : la convention de Panama de 1975 (the Inter-American convention on International Commercial Arbitration) et la convention de Montevideo de 1979 (the Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgements and Arbitral Awards)

¹¹³ WERY E. ; VERBIEST T., op.cit., Larcier, 2001, pp. 331 et s. ; voir aussi BENSOUSSAN A. ; LE ROUX Y., *Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques*, Germes, 1999

¹¹⁴ HUET J., VALMACHINO S., « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 2000, pp.16-17 cité par CACHARD, op.cit., p. 365 note 157

¹¹⁵ CACHARD, op.cit., pp. 365-366

¹¹⁶ voir infra point 3.4

¹¹⁷ MANEVY I., op.cit., p.44 et s.

arbitrale est conforme au droit du pays où l'arbitrage a eu lieu ?¹¹⁸ A cette question, il y a lieu de répondre que cette notion de siège de l'arbitrage constitue une notion juridique qui perd de sa relevance dans un environnement électronique.¹¹⁹ En écho à cette perception, la Cour de Paris a jugé que « le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique(...)sous la dépendance de la **volonté** des parties... »¹²⁰. CQFD ?

Quant au succès rencontré, il est important en terme du nombre de centres offrant cette procédure mais faible s'agissant du nombre de litiges traités.¹²¹

3.4. Le point de vue du droit européen

Le droit européen s'est intéressé au règlement extrajudiciaire des différends à travers divers textes.

► **L'article 17 de la directive sur le commerce électronique**¹²² intitulé « Règlement extrajudiciaire des litiges » s'énonce comme suit :

« 1.Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2.Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

3.Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information... »

● Le premier paragraphe de cet article vise à promouvoir le commerce électronique et la confiance en ce médium en donnant accès à des moyens de recours efficaces comme l'utilisation en ligne de mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends.¹²³

S'agissant de la médiation, elle répond aux prescrits de cet article en ce que la loi belge ne pose pas d'obstacle à cette procédure « souple et non-formaliste », caractérisée par son absence de contraintes procédurales.¹²⁴

L'arbitrage obéit à une procédure plus « rigide » au terme de laquelle l'arbitre tranche le litige. La loi belge consacre une série d'articles du Code Judiciaire¹²⁵ quant aux formalités à accomplir (notification, dépôt, écrit, audiences, etc.). Priscilla de Locht considère que ces formalités procédurales ne font pas obstacle à l'arbitrage en ligne et n'entravent dès lors pas le

¹¹⁸ CACHARD, op.cit., p. 365-366

¹¹⁹ Voir KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », *Rev.arb.* 1998, pp.517-536 cité par CACHARD, , op.cit.,p. 365, note 161

¹²⁰ Paris, 28 octobre 1997, Sociétés Procédés de préfabrication pour le béton c. Lybie , *Rev.arb.* 1998, p.399 cité par CACHARD, op.cit., p. 366 note 162

¹²¹ SCHULTZ, op.cit. , p.4

¹²² Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

¹²³ DE LOCHT, op.cit, pp. 327-328

¹²⁴ ibidem., p. 350

¹²⁵ Articles 1676 à 1723 C. Jud.

règlement extrajudiciaire des litiges. La législation belge respecte donc la finalité de l'article 17 et ne nécessite pas d'amendements.¹²⁶

• Les deuxième et troisième paragraphes posent une obligation de moyen aux Etats. En effet, la directive « encourage » les organes de règlement des différends à respecter un certain nombre de principes répondant à des garanties procédurales. Ces garanties sont celles énumérées par la Recommandation 98/257/CE.¹²⁷

► **Recommandation 98/257/CE** de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹²⁸. Ces Recommandations n'ont pas de force contraignante certes mais elles peuvent servir de poteaux indicateurs quant aux futures prises de position de la Commission au gré de sa jurisprudence.¹²⁹

La Recommandation en son **neuvième considérant** précise son champ d'application. Elle vise « *les procédures qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement des litiges par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution.* » Dès lors, elle s'applique tant à la médiation qu'à l'arbitrage.

Elle énonce sept garanties procédurales :

- le principe d'**indépendance** : il suppose « l'absence de liens, notamment hiérarchiques ou financiers avec les parties, et l'absence d'intérêt personnel à la solution du litige ». Cette notion suppose l'impartialité entendue comme « le fait de n'être pas favorablement ou défavorablement prédisposé à l'égard de l'une ou l'autre des parties au procès. »¹³⁰

S'agissant du médiateur, il devra démontrer neutralité, indépendance, impartialité, souplesse.

L'arbitre obéira aux mêmes prescrits avec le poids supplémentaire de rendre une décision qui lie les parties.¹³¹

- le principe de **transparence** : la Recommandation énonce une série de « *moyens en vue de garantir la transparence de la procédure* ». Il faudra veiller à rendre accessibles les informations nécessaires.¹³²

- le principe du **contradictoire** : la Recommandation prévoit que les parties doivent avoir la possibilité de connaître les positions, les faits avancés par l'autre partie, les éventuelles déclarations des experts et de donner leur point de vue. Cette exigence semble remplie.

- le principe d'**efficacité** suppose « *l'accès du consommateur à la procédure sans être obligé de recourir à un représentant légal, la gratuité de la procédure, la fixation de délais courts entre la saisine de l'organe et la prise de la décision...* »

Tant au niveau de la **médiation** que de l'**arbitrage**, la condition de gratuité semble difficile à remplir. Pourtant au regard du « faible enjeu » du litige, il semble primordial que la gratuité soit de mise aux risques d'empêcher un accès efficace à la justice. Ceci impliquerait « un acte politique de soutien financier ».

¹²⁶ DE LOCHT, op.cit, p.350 ; lire aussi DASTNER C., « Introduction to Online ADR » in GEISELER-BONSE S., « *Essays on online alternative dispute resolution* », ECLIP Series, Electronic Commerce Legal Issues Platform II, ITM, 2001, p. 6-7

¹²⁷ DE LOCHT, op.cit., p. 351 et s.

¹²⁸ J.O.C.E., n°L 115 du 17 avril 1998, p.31

¹²⁹ CACHARD, op.cit., p.359

¹³⁰ DE LOCHT, op.cit., p.352

¹³¹ DE LOCHT, op.cit., pp.352-354

¹³² ibidem, pp. 355-356

S'agissant de l'arbitrage, les délais ne doivent pas être raccourcis au point de mettre en péril le principe du contradictoire.¹³³

- le principe de **légalité** : la rédaction de ce principe manquant de clarté, il convient de se rallier à son interprétation la plus probante. En vertu de ce principe, « *la décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle* ». ¹³⁴ M. Cachard balaie l'apparente révérence portée au droit international privé pour mettre en exergue la finalité de cette disposition obscure : la protection du consommateur.¹³⁵

« *Toute décision est motivée et communiquée par écrit ou sous toute autre forme dans les meilleurs délais* »

- le principe de **liberté** : la Recommandation énonce que « *La décision de l'organe ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté. L'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a pour effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige* »

Une caractéristique fondamentale des ADR ou ODR est soulignée : elle repose sur une base **volontaire**.

En ce qui concerne la médiation, il semble qu'une clause même antérieure au litige soit conforme vu que cette procédure ne prive pas le justiciable du droit de saisir les tribunaux. En revanche, une clause d'arbitrage antérieure à la naissance du litige, vu qu'elle prive du droit de recourir aux tribunaux, ne serait pas conforme.¹³⁶

- le principe de **représentation** : la Recommandation énonce que « *La procédure ne peut priver les parties du droit de se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure* »

Ce principe implique un certain niveau de sophistication de la part de l'organe de règlement des différends (visioconférence, forum de discussion , ...).¹³⁷

► **Recommandation 2001/310/CE** de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation¹³⁸

Cette Recommandation, comme le suggère son **neuvième considérant**, a un champ d'application plus restreint : elle concerne « *toute procédure menée par une tierce personne qui, indépendamment de sa dénomination, facilite la résolution d'un litige de consommation en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord, par exemple en proposant de manière informelle des possibilités de règlement* ». Ainsi, ne seraient visées que la médiation et la conciliation.

Les principes applicables aux organes de résolution des différends sont au nombre de quatre : **impartialité, transparence, efficacité, équité**. Comme le confie M. Cachard, l'articulation de ces deux Recommandations est incertaine. La seconde Recommandation plus stricte que la

¹³³ DE LOCHT, op.cit., p.357

¹³⁴ ibidem., pp.357-358

¹³⁵ CACHARD, op. cit., p.360

¹³⁶ ibidem, pp.358-359

¹³⁷ CACHARD, op. cit., pp.359

¹³⁸ J.O.C.E., n°L109 du 19 avril 2001, p.56

première en constituerait-elle une restriction implicite vu qu'elles concernent, en tout état de cause, toutes deux la médiation et la conciliation?¹³⁹

► **L'article 16 du Règlement (CE) N° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000** relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale se borne à énoncer que « les actes extrajudiciaires peuvent être transmis aux fins de notification dans un autre Etat membre conformément aux dispositions du présent règlement ». Il demeure qu'il s'agit d'une reconnaissance supplémentaire des modes extrajudiciaires de règlement des litiges.

3.5. Avantages et inconvénients des ODR : un catalogue non-exhaustif

a) Avantages

- **Rapidité** : les ODR font usage de toutes les technologies de l'information pour réduire les retards inhérents à la transmission des pièces, aux débats, etc.. C'est une gageure pour ces organes de règlement des différends de tout mettre en œuvre en ligne. Forums de discussion, chats et autres courriers électroniques voire visioconférences participent d'une solution rapide du litige. L'internet, c'est aussi l'apologie de l'instantanéité, les ODR répondent à cette nouvelle donne.

- **Economie en termes de coûts** : les litiges de consommation portent sur des micro-transactions aux enjeux dérisoires. Pourtant, l'accès à la justice doit exister même pour ce type de litige.¹⁴⁰ Les ODR, en répondant par une quasi-gratuité des frais de procédure, remplissent cette mission.

- **Confort** : le world wide web ne ferme jamais ses portes, il est ouvert 24h sur 24, 365 jours par an, des transactions s'opèrent donc à toute heure aux quatre coins du globe. En conséquence, un système de règlement des différends caractérisé par sa disponibilité s'imposait. Par ailleurs, la solution des litiges s'opère ici dans un climat plus apaisé, dégagé des passions inhérentes à une confrontation physique. Le tiers (panéliste, arbitre, conciliateur, médiateur, négociateur) peut ainsi octroyer aux parties un temps de réflexion, de maturation de la situation, de projection quant à l'enjeu du litige à long terme.¹⁴¹ En outre, le faible montant des transactions constitue un incitant non négligeable à « collaborer » et à résorber le contentieux.¹⁴² Cela participe aussi d'une certaine adéquation entre le mode de transaction et le mode de résolution des litiges que de pouvoir procéder en ligne dans les deux hypothèses.¹⁴³

L'accessibilité générale aux informations pertinentes accélère la transmission des éléments et l'issue du litige.

- **Absence de rattachement à un ordre juridique national** : ce caractère permet de gérer des litiges en se délestant du poids des différences entre parties ne partageant ni la même culture, ni la même langue, ni la même conception de la justice.

¹³⁹ CACHARD, op.cit., pp.360-361

¹⁴⁰ SCHULTZ, op.cit., p.17

¹⁴¹ KRAUSE, W., op.cit., pp.480 et s.

¹⁴² PERRIT H., « Dispute resolution in cyberspace : demand for new forms of ADR », 15 *Ohio State Journal Of Dispute Resolution*, 2000, p.700

¹⁴³ Voir MELAMED J ; HELIE, J, « Online dispute resolution in the US », disponible en ligne à l'adresse <http://www.mediate.com/articles/ecodir1.cfm>

- **Possibilité de « recadrage »** : les informations étant fournies au préalable, le tiers pacificateur pourra plus aisément rediriger les parties, leur expliquer le sens des arguments exposés, redresser les déséquilibres. Un face-à-face effacerait cette potentialité.¹⁴⁴

- **Archivage** : l'archivage permet d'introduire des éléments extrinsèques de « management » et ainsi d'améliorer la qualité du service. En outre, les litiges multipartites peuvent être scindés puis réintégrés.¹⁴⁵

b) Inconvénients

- **Absence de face-à-face** : il y a une série d'indicateurs intangibles qui s'expriment à travers le langage et le corps. Ceux-ci peuvent guider le tiers pacificateur à poser certaines questions directes destinées à saisir la vérité ou à faire resurgir des éléments gommés par une partie.¹⁴⁶

- **Le respect des garanties fondamentales** : objet de toutes les préoccupations au niveau européen, elles ont fait l'objet de plusieurs Recommandations tant les exigences d'impartialité, d'indépendance, du débat contradictoire, du respect des droits de la défense peuvent aisément être balayées dans des procédures en ligne.

- **Les clauses compromissaires** : ces clauses souvent intégrées dans les contrats de consommation sont dangereuses. En effet, les contrats conclus sur le net s'analysent en contrats d'adhésion. Or, l'internaute ne prend pas toujours le temps de lire et comprendre les conditions générales mises sur le site, il se contente de « cliquer » sur le bouton « j'accepte » sans mesurer les conséquences de cette acceptation. En particulier dans le cadre de l'arbitrage, cela implique qu'il renonce aux voies judiciaires de résolution du litige.¹⁴⁷

- **Des problèmes pratiques** : ils surgissent à l'égard des conditions de confidentialité et de préservation de la vie privée (quelle assurance a-t-on que les documents n'ont pas été transmis à des tiers ? Quid des éventuelles copies même temporaires dans les dédales du réseau ?). Quant aux incertitudes relatives à l'identité des parties, elles peuvent être écartées par le biais de la signature électronique. Les autres problèmes pourraient être surmontés en recourant à une politique d'autorégulation du cyberspace.¹⁴⁸

- **Le manque d'investigation** : tant que les litiges sont simples et ne requièrent pas d'enquêtes complémentaires, tout va bien. A contrario, quand le litige quitte la voie de l'évidence et nécessiterait de plus amples investigations, l'audition de témoins, le recours à un expert, les ODR se montrent défaillants. Ce caractère ressort particulièrement dans la procédure UDRP dont un commentateur¹⁴⁹ dit : « le dessein de l'UDRP est de fournir une procédure rapide, bon marché, juste et généralement peu complexe en vue de résoudre des cas clairs d'enregistrements abusifs »¹⁵⁰

¹⁴⁴ CLARCK E ; HOYLE A., « On-line dispute resolution : present realities and future prospects », disponible à l'adresse <http://www.bileta.ac.uk/02papers/hoyle.html> p. 5

¹⁴⁵ ibidem

¹⁴⁶ KRAUSE, op.cit., pp.481-482

¹⁴⁷ CACHARD, op.cit., p. 331 et s. ; KRAUSE, op.cit., pp.476 et s.

¹⁴⁸ CLARCK & HOYLE, op.cit., p.6 ; POULLET, Y., « Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », *Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°142, décembre 2001, pp. 3 et s.

¹⁴⁹ FROOMKIN A., « Comments on ICANN Uniform Dispute Resolution Policy : A Catalog of Critical Process Failures ; Progress on Substance ; More Work Needed, Substantive Issues » disponible à l'adresse <http://www.law.miami.edu/~amf/icann-udp.htm>, cité par KRAUSE, op.cit., pp.486 et s.

¹⁵⁰ KRAUSE, op.cit., pp. 486-488

- **Le cyberspace sans frontières** : pose des problèmes en terme de droit international privé. En effet, les principes de droit international privé se rattachent au concept de territorialité et le cyberspace se caractérise par son aterritorialité.¹⁵¹

3.6. Quelques exemples¹⁵²

a) secteur privé

- **WebMediate** : il fournit tous les ODR, compte de nombreuses compagnies d'assurances parmi ses clients

- **ClickNSettle** (<http://www.clickNSettle.com>) : il s'agit d'une société américaine qui opère dans le secteur de la négociation et de la médiation en ligne. Elle a élaboré un système complexe de répartition des coûts en fonction du nombre d'étapes franchies dans le règlement du litige.

- **Online Resolution** (<http://www.onlineresolution.com>) : c'est une société américaine qui offre tous les services d'ODR. Elle comprend, en outre, une « chambre » virtuelle de médiation en ligne.

- **SquareTrade** (<http://www.squaretrade.com>): c'est une société américaine qui offre des services de médiation en ligne en relation avec les services d'enchères en ligne. Elle compte eBay parmi ses clients !¹⁵³

- **ECODIR** (<http://www.ecodir.org>) : il s'agit d'un service de résolution des litiges de consommation B2C (business to consumers) alliant trois phases (négociation, médiation, recommandation).

- **Cybersettle** (<http://www.cybersettle.com>): il constitue un exemple du succès des ODR. En moins de deux ans, cet organe de règlement des différends a réglé des litiges s'élevant globalement à une valeur de trente millions de dollars.¹⁵⁴

- etc.

b) autres

- **OMPI** (WIPO) : le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est une unité administrative offrant « des services spécialisés dans le règlement extrajudiciaire des litiges commerciaux internationaux de propriété intellectuelle entre particuliers ou entreprises privées. »¹⁵⁵

- **eResolution** (<http://www.eresolution.ca>) : c'est une création privée de l'Université de Montréal destinée à remplacer CyberTribunal. Elle se fonde sur les mêmes textes que l'OMPI. Elle traite tant des litiges de consommation (B2C) que des litiges entre entreprises(B2B).¹⁵⁶

- **Virtual Magistrate** : c'est un projet issu de la collaboration de plusieurs centres et instituts. « Le Virtual Magistrate offre un service de médiation en ligne en vue de résoudre en ligne des

¹⁵¹ MANEVY, op.cit, pp.22 et s.

¹⁵² CLARCK E ; HOYLE A., pp.16 et s.

¹⁵³ KRAUSE,op.cit., pp.462-463

¹⁵⁴ KRAUSE,op.cit., pp 460-461

¹⁵⁵ WERY & VERBIEST, op.cit., p. 571

¹⁵⁶ ibidem

litiges dans diverses matières y compris les atteintes aux droits de propriété intellectuelle au travers de la diffamation, de la fraude et des pratiques déloyales. Il poursuit un objectif plus formel dans la résolution des différends et est parfois considéré tel un substitut à une décision judiciaire. »¹⁵⁷ Le succès de ce « tribunal virtuel » est très faible voire nul.¹⁵⁸

- **Online Ombudsman** : il s'agit d'une initiative de l'Université du Massachusetts, semblable à Virtual Magistrate, mais sur un fondement « moins formel, plus flexible ». Il offre un service de médiation gratuit, il n'y a pas de procédure de médiation préétablie et les décisions rendues n'ont aucune force contraignante.¹⁵⁹

¹⁵⁷ CLARCK, op.cit., p.21 et s. ; voir aussi KRAUSE,op.cit.,p.458 et s.

¹⁵⁸ KRAUSE, op.cit., p.459

¹⁵⁹ ibidem

DEUXIEME PARTIE : L'UDRP, un mode alternatif de règlement des différends pas comme les autres.

1. Spécificité de la procédure UDRP

1.1. Nature de la procédure UDRP à la lumière des autres modes complémentaires de règlement des litiges

Un O.J.N.I. (objet juridique non-identifié), voilà ce qu'est la procédure UDRP !

Les singularités de cette procédure empêchent de la classer dans une catégorie prédéfinie. Il s'agit d'une procédure *sui generis* au sein des modes complémentaires de règlement des différends.¹⁶⁰ C'est une **construction hybride** qui emprunte des éléments propres aux systèmes de prise de décision judiciaire, arbitral et administratif.¹⁶¹

Le choix d'un système non-national de règlement des différends résulte du conflit entre la nature non-nationale des noms de domaine et celle nationale du système de marque. La nécessité de le rendre hybride relève de la volonté de trouver la forme optimale de règlement des différends.

• De nombreuses caractéristiques sont empruntées à l'**arbitrage**. En effet, M. Dinwoodie et M. Helfer considèrent que le modèle arbitral constitue un point de départ certes mais doit être amendé pour constituer un modèle valable de règlement non-national des différends.¹⁶² L'**arbitrage** se définit en tant que « mode de juridiction particulier à base conventionnelle par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes (les arbitres) pour leur demander de trancher le différend qui les oppose ». ¹⁶³

Au-moins deux caractéristiques les rassemblent : *rapidité* et *volonté de réduire le rôle des tribunaux*.

Toutefois, quatre différences majeures existent :

- à la base, on ne distingue pas de contrat dans lequel une clause compromissoire serait intégrée et qui lierait les parties. Autrement dit, il n'y a pas de convention d'arbitrage entre le demandeur à la procédure UDRP (soit le détenteur du droit de marque) et le titulaire du nom de domaine enregistré. Si le demandeur de nom de domaine s'engage par contrat avec l'unité d'enregistrement à soumettre certains litiges à la procédure UDRP, il demeure que le demandeur à la procédure UDRP est un tiers à ce contrat. M. Cachard soutient que cette différence n'est pas absolument pertinente dès lors qu'en matière d'investissement international, on s'abstient de conclure une convention d'arbitrage.¹⁶⁴

- « la convention d'arbitrage déploie un effet négatif » en ce qu'elle est exclusive de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. Tandis que la procédure UDRP n'emporte pas

¹⁶⁰ FAUCHOUX V. ; BEURAIN N., « Conflits de nom de domaine : vers l'élaboration d'un droit *sui generis* ? », *Légipresse*, n°169

¹⁶¹ HELFER L. ; DINWOODIE G., « Designing non-national systems : the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », 43 *Wm and Mary L.Rev* 141 (oct.2001) p.50 disponible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=275468

¹⁶² ibidem, pp.52-54 ; MILCHIOR, R., « Marques et internet », *Cahiers du Lamy de l'informatique et des réseaux*, n°139, août-septembre 2001, p.12

¹⁶³ DE LEVAL, G., *Droit judiciaire privé iii.2.procédure*, éditions juridiques de l'Université de Liège, 2001-2002, n°344, p.204

¹⁶⁴ CACHARD, op.cit., p.328 ;

renonciation au « droit d'ester justice ». ¹⁶⁵ L'**article 18** des règles d'application UDRP envisage la possible interaction des procédures judiciaire et UDRP : « *lorsqu'une procédure judiciaire a été engagée avant ou pendant la procédure administrative concernant le litige sur le nom de domaine qui fait l'objet de la plainte, il appartient à la commission de décider de suspendre ou de clore la procédure, ou de la poursuivre et de rendre sa décision.* »

- en droits belge et français, « une fois rendue, la sentence arbitrale passe en force de chose jugée », elle n'est plus susceptible de voies de recours ordinaires (toutefois, une faculté d'appel restreinte est prévue en Belgique à l'article 1703 C.Jud.). ¹⁶⁶ A contrario, l'**article 4.k** des principes directeurs envisagent la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions judiciaires dans les dix jours ouvrables à partir de la décision du panel, ce qui paralysera le transfert du nom de domaine.

- pour obtenir l'exécution forcée de la sentence arbitrale, il faudra requérir l'exequatur de celle-ci devant les tribunaux (de première instance en Belgique, de grande instance en France), alors la sentence deviendra un titre exécutoire. A contrario, la décision UDRP est susceptible d'exécution forcée sans le préalable d'exequatur. ¹⁶⁷

La décision du panel se situe donc « **en dehors des frontières de l'arbitrage** ». ¹⁶⁸

Dans la même optique de non-assimilation de la procédure UDRP à une procédure arbitrale, une décision américaine (*Parisi v. Netlearning* ¹⁶⁹) rejette la qualification d'arbitrage en vertu des fondements essentiellement contractuels de la procédure UDRP :

1° les parties demeurent libres d'introduire un recours judiciaire

2° « en vertu du principe de relativité des conventions, les dispositions régissant la procédure UDRP sont inopposables aux tiers (détenteurs de droits de marque qui s'estimeraient lésés par l'enregistrement d'un nom de domaine. Les tiers ne peuvent pas être contraints de participer à une procédure UDRP. » ¹⁷⁰

3° le caractère ciblé et spécifique des décisions des panels (radiation, transfert du nom de domaine)

4° le contrôle du tribunal n'est pas marginal (contrôle de la légalité au niveau de l'exequatur des sentences arbitrales), il peut porter sur un réexamen de la plainte quant au fond. ¹⁷¹

M. Dinwoodie conclut en soutenant que « ni les parties (en vertu de leur consentement), ni un tiers (vu que l'arbitrage n'affecte que les parties) ne peuvent remettre en cause les mécanismes de contrôle externe du modèle arbitral ». Il insiste sur l'absence de consentement : les parties au litige appliquant la procédure UDRP ne sont pas liées par un contrat et le procédé par lequel la procédure UDRP est initiée ne pourrait servir de substitut au consentement. ¹⁷²

● S'agissant de l'**arbitrage commercial international**, il présente l'indéniable avantage d'être ajustable par les parties au regard de nombreux paramètres dont les règles de fond et de procédure. M. Dinwoodie met en exergue ce possible exercice de l'autonomie de la volonté

¹⁶⁵ CRUQUENAIRE A., op.cit., p.54

¹⁶⁶ CACHARD, op.cit., pp.328-329 ; CRUQUENAIRE, op.cit., pp.52-54

¹⁶⁷ HOLLANDE, op.cit., pp.328-329

¹⁶⁸ JARROSSON C., « Les frontières de l'arbitrage », *Rev.arb.*, 2001, p.5-41 cité par CACHARD, op.cit, p.329 note 26

¹⁶⁹ *Parisi v. Netlearning Inc.*, District Court, Eastern District of Virginia, 10 mai 2001, n°A 00-1823-A, citée dans CRUQUENAIRE, op.cit., pp.54-55

¹⁷⁰ ibidem

¹⁷¹ ibidem

¹⁷² HELFER ; DINWOODIE, op.cit., p.53

pour les parties et constate son absence évidente au sein de la procédure UDRP. En effet, la procédure se rallie à un corps préétabli de règles, fruit de la collaboration de l'ICANN et de l'OMPI. Lors de l'enregistrement d'un nom de domaine générique de premier niveau, l'individu se trouve face à « un contrat d'adhésion dont les termes ne sont pas négociables ». Les facultés de sélection sont réduites au choix de l'unité d'enregistrement.¹⁷³

Mais encore, au sein de l'arbitrage international, les parties sont toutes deux des acteurs économiques, les arbitres statuent donc sans parti pris pour l'une ou l'autre partie. A contrario, dans la procédure ICANN, tout le litige est dans les mains du plaignant qui initie la procédure, paie les panélistes et détient les intérêts économiques prépondérants. Tous ces éléments suscitent une attitude « favorable au demandeur, détenteur de droits de propriété intellectuelle » dans le chef des panélistes.¹⁷⁴

L'arbitrage international offre des possibilités, quoique limitées, de remettre en cause les décisions des arbitres sur le fondement d'un abus de pouvoir. (recours en annulation) L'UDRP, à l'inverse, ne prévoit pas un tel recours, seule une procédure d'appel « de novo » est envisageable.¹⁷⁵

- En toute hypothèse, il y a lieu de la différencier de la **médiation** et de la **conciliation**, ces procédures tentant de rapprocher les parties, le tiers médiateur/conciliateur n'imposant pas sa décision mais se contentant tout au plus de proposer des solutions.

Le tiers pacificateur ne tranche pas le litige alors que le tiers panéliste rend une décision qui rejette la demande ou y fait droit en donnant un ordre de transfert ou de maintien du nom de domaine.

Dans la procédure UDRP, il ne s'agit pas de pensée ternaire dont l'issue donne deux gagnants mais bien d'une application plus mécanique de la philosophie « manichéenne » : un gagnant /un perdant. La terminologie employée par M. Cruquenaire, quand il évoque la nature « répressive » de l'UDRP, renforce cette allégation.¹⁷⁶

Qu'ajouter ? Que la position commune issue d'une médiation n'est pas plus que la décision UDRP, dotée d'autorité de chose jugée. Si l'exécution des décisions du tiers médiateur se fonde sur la bonne volonté des parties, celle des décisions UDRP repose sur une assise contractuelle lui épargnant une nécessaire intervention du pouvoir judiciaire.

- Une autre proposition serait de classer la procédure UDRP parmi les **tierces-décisions obligatoires**. En effet, il s'agit d'un « processus par lequel les parties confient à un tiers qui n'est juge ni arbitre mais leur mandataire commun la mission de prendre une décision qui s'impose à elles de la même manière qu'un contrat »¹⁷⁷. On la qualifie parfois d'« arbitrage contractuel » en ce que le litige est tranché par voie contractuelle.¹⁷⁸

En dépit des controverses relatives à sa base juridique, il semble admis d'y recourir pour tout litige relatif à des droits dont les parties peuvent disposer (un litige arbitral en vertu du Code Judiciaire belge), sur base du caractère obligatoire des conventions (l'article 1134 du Code Civil belge).¹⁷⁹

¹⁷³ HELFER & DINWOODIE, op.cit., pp. 62-64

¹⁷⁴ ibidem, p.74

¹⁷⁵ ibidem, pp.69-70

¹⁷⁶ CRUQUENAIRE, op.cit., p. 195

¹⁷⁷ DE LEVAL, op.cit., p. 206

¹⁷⁸ CAPRASSE, O., « De la tierce décision obligatoire », *JT* 1999, p. 566 ; KASSIS A., *Problèmes de base de l'arbitrage et arbitrage contractuel*, L.G.D.J., Paris, 1987

¹⁷⁹ CAPRASSE, O., op.cit., p.573

A la différence de la sentence arbitrale qui est revêtue de l'autorité de chose jugée et qui peut être exequaturée, la tierce-décision n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée, n'est pas susceptible d'exequatur, n'est pas soumise aux dispositions légales relatives à l'arbitrage, elle s'impose aux parties avec la force d'un contrat. Dès lors en cas d'inexécution de la décision, une procédure judiciaire devra être engagée.¹⁸⁰ Mais seul un contrôle marginal du juge est envisageable, il ne substituera pas sa décision à celle du tiers décideur.

Les relations contractuelles se déploient à deux niveaux comme dans la procédure UDRP : d'une part, le contrat qui lie les parties par lequel elles s'engagent à soumettre leur litige à la décision d'un tiers ; d'autre part, un contrat entre les parties et le tiers auquel le règlement du différend est déféré.¹⁸¹

In fine, si **base contractuelle** et son corollaire de **flexibilité** rapprochent procédure UDRP et tierce-décision obligatoire, il subsiste cette asymétrie : ainsi, par exemple, dans la procédure UDRP, le recours judiciaire quand il est exercé porte sur le fond du litige sans se cantonner à un « contrôle marginal » comme dans la tierce-décision obligatoire.¹⁸²

1.2. Avantages au regard des autres modes complémentaires de règlement des conflits : un catalogue non-exhaustif

Cette procédure privilégie des impératifs d'**efficacité** : la sanction des enregistrements abusifs de noms de domaine est rapide, exécutable sans exequatur et peu onéreuse.

La procédure UDRP est souple et hybride. Comme le souligne M. Kaufman, il s'agit d' « une synthèse originale des modes alternatifs de règlement des conflits, elle emprunte de nombreux principes au modèle du procès civil tout en utilisant les nouvelles technologies à bon escient ».¹⁸³

Les pouvoirs conférés aux panélistes dépassent ceux du tiers médiateur. En effet, le pouvoir d'ordonner le transfert ou le maintien du nom de domaine dépasse le cadre de la mission du médiateur. Il n'est pas non plus anodin de souligner l'expertise des panélistes dans ce type de litige.¹⁸⁴ Les critiques fusant à l'égard du manque de compétence de certains panélistes confirment l'importance de cette composante de la procédure.¹⁸⁵

S'agissant de l'arbitrage, pour pouvoir être soumise à une procédure arbitrale encore faut-il que la matière ne soit pas d'ordre public. Or, en droit français comme en droit belge, de tels litiges impliquant des droits de marques intéressent l'ordre public.¹⁸⁶ On ajoutera encore que la décision du panéliste ne nécessite pas d'exequatur pour être efficace, au contraire de la sentence arbitrale. Qu'en termes de célérité, l'arbitrage pourrait difficilement rattraper la procédure UDRP qui se boucle en un temps record (soixante jours en moyenne). C'est d'autant plus vrai que la procédure arbitrale peut requérir l'audition de témoins et l'intervention d'experts, ce qui ralentit considérablement le cours de la procédure. Au vu de la

¹⁸⁰ CAPRASSE, O., op.cit., p.573

¹⁸¹ CRUQUENAIRE, op.cit., pp.55-56 ; CAPRASSE, op.cit., pp. 573-574

¹⁸² ibidem

¹⁸³ KAUFMAN G., *Noms de domaine sur internet, Aspects juridiques*, Entreprendre informatique, Vuibert, 2001, p.172

¹⁸⁴ BOCHURBERG, op.cit., p.49

¹⁸⁵ GEIST M., « Fair.com, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP », pp.30-31 disponible à l'adresse <http://aix1.uowatta.ca/~geist/geistudrp.pdf> (en passant par <http://www.udrplaw.net/UDRPReview.htm>)

¹⁸⁶ KAUFMAN, op.cit., pp.172, 173

simplicité statistique des litiges en cause, la procédure UDRP ne s'embarrasse pas de ces inutiles interventions de tiers.

Au regard de l'arbitrage commercial international, caractérisé par une forte individualisation des règles applicables tant au fond qu'à la procédure, M. Dinwoodie se pose la question de l'opportunité d'importer cette faculté dans le système UDRP. La question se poserait véritablement dans la virtualité où la procédure UDRP se révélerait substantiellement viciée par son mode d'adoption associant des acteurs privés (ICANN) et l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle.¹⁸⁷ Que la procédure soit indemne de tout parti pris est discutable certes mais faut-il la disqualifier totalement sur base de cette simple supputation ?

Par ailleurs, la confidentialité absolue de l'arbitrage et l'absence corrélative de publication des sentences empêchent la création d'une cohérence et d'une unité jurisprudentielle.

Mais encore, le coût moyen d'une procédure arbitrale internationale se révèle bien plus élevé que celui engendré par la procédure UDRP. En effet, en deçà de 200000 euros, on ne trouve point de procédure d'arbitrage commercial international.¹⁸⁸

Enfin, plus que tout autre mode extrajudiciaire des différends, la procédure UDRP participe du mouvement d'autorégulation du cyberspace.¹⁸⁹ En effet, « la quasi-totalité de la chaîne de production du droit » se voit phagocytée : « édicition de normes, interprétation du droit par résolution des litiges, application concrète du droit par (auto)exécution des décisions (transfert du nom de domaine) ». ¹⁹⁰ Certains conçoivent même que la procédure UDRP puisse être le bulbe d'une « *lex mercatoria du réseau des réseaux* » ou encore le vecteur créatif d'« un ensemble de normes internationales fondées sur des principes internationaux ». ¹⁹¹

1. 3. Les écueils de la procédure UDRP et remèdes éventuels

Les qualités de souplesse, rapidité et flexibilité inhérentes à la procédure UDRP si elles en assurent l'efficacité, ne sauraient en occulter les revers au regard du respect des principes fondamentaux de la procédure judiciaire. La question du respect de l'équité est posée dans chaque critique.

1.3.1. Une première pomme de discorde : une législation privée, fruit des efforts de l'ICANN et de l'OMPI

Une première critique prend racine dans le processus même d'élaboration de la procédure. Gail Evans fustige le manque de représentativité (tant au niveau de la structure que de la composition du Conseil d'administration de l'ICANN) et la carence de crédibilité inhérents au processus législatif de l'ICANN. Il met en exergue le caractère privé et fermé de la négociation de ce processus où aucun Etat Membre ni aucune ONG ne furent impliqués en temps réel.¹⁹² De plus, histoire de donner un regain de légitimité à la procédure, il est amusant

¹⁸⁷ HELFER & DINWOODIE, op.cit., p.63

¹⁸⁸ CACHARD, op.cit., p.338 citant MOREAU B., « L'avenir de l'arbitrage », *CJFE*, 2001, n°4, p. 838

¹⁸⁹ Lire à ce propos : LONGWORTH E., op.cit., pp.11- 89 ; POULLET Y., « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Editions UNESCO, Economica, 2000, pp.185-235 et MAEESCHALK M ; DEDEURWAERDERE T ; « Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », in BERLEUR J; BROUSSEAU E ; et alli , *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant, 2002, pp. 100-102

¹⁹⁰ SCHULTZ, op.cit., p.17

¹⁹¹ BOCHURBERG, op.cit., p.49

¹⁹² EVANS G. , « Comment on the terms of reference and procedure for the second WIPO internet domain name process », *E.I.P.R* 2001, 23(2), 61-65

de savoir que c'est sous les coups de semonce du lobby des titulaires de droits de marques que la procédure fut finalement initiée !¹⁹³

Comme le soulignent M.Helfer et M.Dinwoodie, le processus de création a été accéléré à outrance (la procédure d'approbation de l'UDRP fut expéditive et peu de commentaires purent être émis) et les amendements n'ont pas impliqué toutes les entités qui avaient été à la base de ce mouvement de création de droit. Le résultat des négociations, d'ailleurs, ne fut pas plus soumis à un contrôle législatif national.¹⁹⁴

Pour le surplus, la participation de l'OMPI (organisation mondiale de la propriété intellectuelle) dans l'élaboration de la procédure a fait grincer les dents, d'aucuns y voyant un risque prononcé de favoriser les détenteurs de droits de propriété intellectuelle au détriment de détenteurs de noms de domaine litigieux. L'équilibre de la procédure allait-il être remis en cause par des relents de partialité ?¹⁹⁵

1.3.2. Violation des garanties fondamentales posées par le droit judiciaire

a. Garantie d'un procès équitable : vue panoramique

Alexandre Cruquenaire opte pour une analyse plus systématique des lacunes de la procédure UDRP en se référant aux prescrits de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Par la même occasion, il écarte le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques car celui-ci tout en jouissant d'un catalogue de normes quasi identique ne dispose pas d'une Cour internationale pour en assurer le respect.¹⁹⁶

Le principe du procès équitable trouve son fondement en l'**article 6** de la **C.E.D.H.** Il s'énonce comme suit : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial...* ».

Selon Georges de Leval, cet article a effet direct dans l'ordre juridique interne et se situe au-dessus des normes internes applicables, il prévaut donc.¹⁹⁷

M. Cruquenaire, quant à lui, se questionne quant à son applicabilité immédiate *in specie*. En effet, la procédure UDRP met en scène des personnes privées et non une autorité étatique.

Tant au niveau des bénéficiaires que des débiteurs de cette obligation de garantir un procès équitable, l'application de l'article 6 est plausible. S'agissant du bénéficiaire, l'adage « Qui peut le plus peut le moins » s'applique. Dès lors que l'insertion d'une clause d'arbitrage ne prive pas le particulier de cette garantie procédurale malgré la renonciation partielle qui en est faite, ainsi en va-t-il de la procédure UDRP puisque celle-ci n'est pas exclusive des recours judiciaires. S'agissant des débiteurs de l'obligation, une exclusion a priori de l'application de la CEDH dans des rapports entre particuliers ne se justifient pas selon M. Cruquenaire.

Qu'un effet direct ou non soit reconnu à la CEDH dépend du statut des normes de droit international en droit interne. Soit il y a incorporation de la norme dans le droit national et elle s'applique de manière directe ; soit la norme reste distincte du droit interne, elle

¹⁹³ CRUQUENAIRE, op.cit., p.2

¹⁹⁴ EVANS G., op.cit., pp. 61-65 ; HELFER & DINWOODIE, op. cit., pp.40-42

¹⁹⁵ ITEANU, op.cit., pp.131-135

¹⁹⁶ CRUQUENAIRE, op.cit., pp.143-173

¹⁹⁷ DE LEVAL G., *Institutions judiciaires : introduction au droit privé*, Ed.Collection Scientifique de la faculté de droit de Liège, 2^{ème} édition, 1993, p.39

s'applique alors indirectement en recourant à des principes de droit interne tels que l'ordre public ou l'abus de droit.¹⁹⁸

Ce principe implique que « chacune des parties puisse soutenir sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas de manière substantielle par rapport à la partie adverse »¹⁹⁹.

Ce principe lui-même est sous-tendu par d'autres :

- le principe de l'égalité des armes implique que « chaque partie ait la possibilité d'apporter des moyens de preuve et de présenter des arguments sur les points litigieux. Il convient de prendre en considération non seulement les possibilités juridiques ouvertes aux parties mais encore les conditions dans lesquelles elles sont exercées. »²⁰⁰

- le principe du contradictoire implique que « chaque partie puisse être entendue et puisse réagir sur les arguments et éléments de preuve avancés par la partie adverse. »²⁰¹

- le respect des droits de la défense doit permettre à la partie défenderesse de « se placer dans des conditions lui permettant d'exprimer de manière équitable son point de vue par rapport aux éléments litigieux. »²⁰²

- l'exigence d'une motivation suffisante de la décision constitue un amalgame à base de principe contradictoire et d'égalité des armes.²⁰³

b. Garantie d'un procès équitable au regard de la procédure UDRP

1. Clause compromissoire

Il y a lieu de distinguer deux hypothèses :

- soit une clause compromissoire intégrée dans les conditions générales d'enregistrement de nom de domaine qui impose de se soumettre à la procédure UDRP auprès de tel organisme de règlement des différends en cas de litige

- soit une clause attributive de compétence antérieure à l'entrée en vigueur de la procédure UDRP

Dans la première hypothèse, la renonciation à un procès équitable n'est que partielle : en effet, un recours judiciaire demeure possible pour autant que le demandeur en justice apporte, dans un délai de 10 jours ouvrables, la preuve de l'introduction d'un recours judiciaire devant un for dont le demandeur à la procédure UDRP a accepté la compétence conformément aux règles UDRP (tribunal du domicile de titulaire du nom de domaine ou tribunal du lieu de l'unité d'enregistrement concernée). Par ailleurs une autre contrainte s'impose au demandeur en justice puisqu'il doit introduire son recours judiciaire dans un délai extrêmement court en vue d'obtenir la suspension de la phase d'exécution.²⁰⁴

¹⁹⁸ CRUQUENAIRE, op.cit pp.152-155 ; DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux*.

Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens, Bibliothèque de la faculté de droit de l' UCL, XXIX, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.300-302 in CRUQUENAIRE, op cit, p.154, note 481

¹⁹⁹ CRUQUENAIRE,op.cit., p.150

²⁰⁰ ibidem

²⁰¹ ibidem, p.151

²⁰² ibidem.

²⁰³ ibidem.

²⁰⁴ CRUQUENAIRE, op cit., pp.28 et 157

Dans la seconde hypothèse, il suffit de rappeler que la procédure UDRP n'est pas exclusive des recours judiciaires pour effacer les soupçons relatifs à la renonciation au droit à un procès équitable qu'emporterait la clause compromissoire.²⁰⁵

2. Forum shopping

• Le mal

Il existait quatre principaux organismes de résolution des différends (eResolution, OMPI, CFR, NAF). Des auteurs tels que M. Mueller, M. Geist ou M. Froomkin ont mis en exergue, statistiques à l'appui, à quel point les décisions se révélaient à géométrie variable d'un organe de résolution à l'autre.

De manière générale, on constate une tendance à promouvoir les services d'arbitrage qui favorisent le demandeur titulaire d'un droit de marques. M. Froomkin et M. Mueller qualifient cette attitude de « complainant friendly » (comportement amical à l'égard du plaignant).²⁰⁶ En effet, d'emblée, les deux organes de règlement des différends les plus favorables au plaignant se taillèrent la part du lion au détriment d'eResolution moins favorable au demandeur. En revanche, les autres paramètres de comparaison tels que le prix, la langue, les règles de procédure complémentaires, les panélistes attachés à un seul organe tendent à une harmonisation ou en tout cas ne semblent pas déterminants dans le choix du demandeur.²⁰⁷

Comme facteur déterminant dans le caractère contrasté de ces résultats d'un organe à l'autre, le manque d'impartialité des panels à un seul arbitre est souligné.²⁰⁸ M. Geist insiste également sur le caractère incorrect et inconsistant de moult décisions de panels.

• Les remèdes

Dès lors, M. Geist propose de généraliser le recours à un panel à trois membres pour rendre la procédure plus transparente et consistante.

M. Mueller cible trois améliorations à apporter à la procédure : une sélection de l'organisme de règlement des différends par les unités d'enregistrement, une distribution aléatoire des affaires entre les différents organes de résolution des différends, une procédure d'appel.²⁰⁹

M. Froomkin, quant à lui, préconise la mise en place d'un mécanisme effectif de récusation d'un arbitre partial.²¹⁰ Il met également en exergue la difficulté de faire confiance à un organe de résolution des litiges dont le chiffre d'affaires à long terme dépend de la satisfaction qu'il donne à une partie et pas à l'autre. Il avance alors un remède consistant à demander aux parties de choisir ensemble un fournisseur et, à défaut d'accord, de s'en remettre à un tirage au sort. Ainsi, les deux parties ayant leur mot à dire, l'incitant à favoriser à une partie s'évanouit.²¹¹

M. Geist fait d'autres propositions en vue d'assurer une plus grande transparence. Il suggère l'établissement d'un plancher et d'un plafond de cas pouvant être soumis à un même panéliste. Ceci réduirait l'influence sur la sélection des fournisseurs, augmenterait l'assurance

²⁰⁵ CRUQUENAIRE, op cit., p.157

²⁰⁶ FROMKIN A.M., ICANN's « "Uniform dispute resolution policy"-causes and partial cures», *Brooklyn Law Review* vol.67 number 3, 2002 pp.605-718 p.688; GEIST, op.cit., pp.2-3; MUELLER M. Rough Justice : an analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy disponible à l'adresse <http://dcc.syr.edu/miscarticles/roughjustice.pdf> p.2

²⁰⁷ GEIST, op.cit., pp.2-3

²⁰⁸ ibidem, p. 8,26-28

²⁰⁹ MUELLER, op cit. p.2

²¹⁰ FROMKIN, op cit. p.689

²¹¹ ibidem. pp.690-691

d'une attribution aléatoire des litiges et augmenterait la confiance du public à propos de la justice de la procédure.²¹² Il préconise encore une recherche active de panélistes compétents par les organismes de règlements des différends. Enfin, il propose de mettre au point un recueil des décisions UDRP gratuit et d'un standard de qualité élevé en vue d'encore accroître le degré de transparence de la procédure.²¹³

3. Les délais

M. Froomkin souligne le caractère insidieux du système de computation des délais. En effet, c'est la théorie de l'envoi et non celle de la réception qui a été adoptée s'agissant de la prise de cours du délai octroyé au défendeur pour répondre à la plainte. Or, au demeurant ce délai est déjà extrêmement bref (20 jours). Un tel délai peut paraître suffisant s'agissant d'un litige « évident » ; a contrario si le litige est complexe, ce délai attaque de front les principes du respect des droits de la défense et du débat contradictoire²¹⁴.

Dès lors, M. Froomkin propose de tripler ce délai au minimum et d'utiliser la réception de l'ensemble des pièces comme point de départ. (Certains utilisant des attachements qu'ils envoyaient a posteriori) M. Froomkin établit une comparaison avec un procès traditionnel et met en exergue le fait que ce délai de 20 jours soit ridiculement bref puisqu'il s'agit, endéans ce délai, de trouver un avocat, de réunir les preuves (dont certaines peuvent se situer à l'étranger si le droit de marque du demandeur est incertain), de préparer son argumentation et de la soumettre. Des mois seraient requis s'agissant d'une procédure traditionnelle. Ceci explique partiellement pourquoi les défauts de comparution sont récurrents.²¹⁵

Par ailleurs, il semblerait que le procès se limite à la plainte et à sa réponse, la suite n'étant pas prévue par les textes. Néanmoins, il semblerait qu'en vertu des règles d'application de l'UDRP (**article 12**), l'expert puisse requérir ou tolérer de nouveaux échanges entre les parties. Les organes de résolution des litiges adoptent, il est vrai, des règles d'appréciation à géométrie variable en ce qui concerne les pouvoirs d'investigation des experts, certains requérant des suppléments de coûts pour pouvoir déposer d'autres pièces au dossier.²¹⁶

4. Lacune au niveau de la motivation des décisions

L'**article 15** de la procédure UDRP se montre particulièrement flexible quant au choix des règles applicables : les panels statuent sur base des principes directeurs et des règles d'application mais encore *en vertu de tout principe ou règle de droit* qu'ils jugent applicables. Ce dernier point rend les décisions fluctuantes voire incertaines.²¹⁷ Dès lors, comme le soulignent M. Helfer et M. Dinwoodie, les panels sont libres « d'ignorer la force corrective indirecte qu'exercent les arrêts des juridictions nationales en appel et peuvent continuer à appliquer leur interprétation »²¹⁸ Ces deux auteurs s'interrogent quant à la possibilité d'engendrer une jurisprudence cohérente alors que les incitants pour les panélistes à réconcilier des décisions contradictoires sont minces, qu'il n'y a pas de procédure d'appel et que les contrôles politiques sont atténués.²¹⁹

²¹² GEIST, M., op.cit., pp.29-30

²¹³ ibidem. p. 31

²¹⁴ DREYFUS, N., op.cit., pp.126-127

²¹⁵ FROOMKIN, op cit., p.703

²¹⁶ DREYFUS, op cit., p.126

²¹⁷ CRUQUENAIRE, op cit p.162

²¹⁸ HELFER & DINWOODIE, op cit, pp.95, 100-102

²¹⁹ ibidem, pp.100-103

5. Absence de voie de recours interne

Des critiques ont fusé quant à l'absence de degré d'appel au niveau interne en vue de minimiser les différences d'interprétation d'un panel à l'autre.

M. Cruquenaire y voit une atteinte au principe du contradictoire.²²⁰

M. Helfer et M. Dinwoodie ne versent pas dans cette critique au vu de l'expérience de certains organes de règlement des différends qui ont été capables d'élaborer une jurisprudence cohérente en l'absence de degré d'appel et de doctrine du précédent obligatoire. A titre d'exemple, ils mentionnent « la résolution des litiges de droit international public qui s'est toujours opérée sans l'aide d'un organe judiciaire suprême ». ²²¹ Ils posent une série de conditions pour que l'UDRP «puissent fonctionner comme un **système de règlement des différends désagrégé et non-hiérarchisé** » :

- d'abord, les panélistes doivent intégrer un corps d'objectifs et de principes directeurs pour les assister dans la solution des cas plus épineux.

- ensuite, deux voies d'interprétation quant aux pouvoirs des panélistes peuvent être émises : *soit* on adopte une interprétation stricte de l'article 4 limitant l'exercice de leur autorité tel que dépeint dans les principes directeurs et règles d'application *soit* on considère que l'**article 4** leur confère la possibilité d'adopter une interprétation extensive, téléologique des règles en vue de combler les lacunes laissées par les pères fondateurs. Ils nuancent d'emblée leurs propos en requérant la recherche d'un équilibre entre le comblement des lacunes au travers d'une jurisprudence créatrice et le respect de la volonté du législateur.

- enfin, les panélistes doivent interagir par le médium d'un dialogue permanent, large et informé en vue d'articuler les différentes normes. A cet égard, deux bémols doivent être rappelés : d'une part, il n'y a pas de système de précédent obligatoire et donc les panels ne doivent pas se référer à des décisions antérieures rendues à propos de faits similaires ; d'autre part, la liberté quant au choix du droit applicable rend encore moins attrayante l'idée de se conformer à une décision antérieure rendue sous l'égide d'un autre système juridique.²²²

6. Recours judiciaires

Un des objectifs de la procédure était d'assurer un recours judiciaire après avoir perdu en procédure UDRP. On constate que si le demandeur dispose du temps qu'il souhaite pour porter plainte, a contrario, le défendeur est cadencé dans des délais stricts pour y répondre. Ce désavantage se poursuit au niveau des recours judiciaires : s'il perd en procédure UDRP, le détenteur de marques n'est pas enfermé dans des délais pour introduire un recours. A l'inverse, le détenteur du nom de domaine litigieux ne disposera que d'un délai de 10 jours dès lors que le transfert ou la radiation du nom de domaine est exigé.²²³ Comme le souligne Cruquenaire, il faudrait que le défendeur ait « anticipé l'issue défavorable de la procédure ! ».

7. Publication et archivage

Comme le souligne M. Fromkin , il n'existe pas de système public de publication et d'archivage des décisions. En effet, c'est une conséquence du caractère privé de la procédure. Cette lacune porte atteinte à l'indépendance des décisions et rend improbable une éventuelle

²²⁰ CRUQUENAIRE, op.cit., p.163

²²¹ HELFER & DINWOODIE, op cit. , p.98

²²² ibidem, pp.99-103

²²³ FROMKIN, op cit., p.705

révision de la procédure par l'ICANN. Pour le surplus, dès lors que les décisions n'ont ni valeur de précédents, ni autorité de chose jugée, il est courant de constater des disparités dans des décisions rendues sur base de mêmes faits.

c. Les Recommandations européennes

De prime abord, les Recommandations de l'Union Européenne en matière de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation ne sont « pas opposables aux organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN vu qu'ils sont établis en dehors de l'Union ».

En revanche, on leur reconnaît « une incidence indirecte en tant que disposition interprétative des exigences du droit au procès équitable (CEDH ou PIDCP) dans le cadre des procédures extrajudiciaires de résolution des litiges en ligne ». ²²⁴

La seule Recommandation relevante s'agissant de la procédure UDRP est la **Recommandation 98/257 CE** ²²⁵ puisqu'en vertu de son **huitième considérant**, elle s'applique « *aux procédures qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à une règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution* ». ²²⁶ A contrario, la **Recommandation 2001/310**, en vertu de son **neuvième considérant**, s'applique plutôt lorsque que le tiers-décideur est passif. ²²⁷

S'agissant du premier principe de la Recommandation, il semble écorché par le manque d'indépendance et d'impartialité des organes de résolution.

Le deuxième principe insistant sur la transparence de la procédure est également mis à mal par « l'absence de contrôle interne au niveau de la motivation des décisions UDRP ». ²²⁸

Quant au cinquième prescrit relatif au principe de légalité, il est également violé. Comme le remarque M. Cruquenaire, « le caractère simplifié de la procédure s'accommode mal de la recherche systématique du droit applicable, voulue par la Recommandation, (...) les décisions UDRP ne justifiant pas le choix du droit qu'elles appliquent ou ne se référant à aucun système juridique particulier sont légion. » ²²⁹

2. De l'extension de la procédure

2.1. Extension de la procédure UDRP au-delà du « cybersquatting »

2.1.1. Introduction

L'idée a germé dans l'esprit de certains législateurs tant nationaux qu'internationaux que la procédure UDRP pourrait servir comme modèle pour résoudre les conflits qui transcendent les frontières nationales. En effet, par essence, les conflits qui naissent dans le cyberspace ont cette nature transnationale. ²³⁰ Deux questions préliminaires se posent :

²²⁴ CRUQUENAIRE, pp. 165-173, p. 172

²²⁵ voir supra point 3.4 de la première partie

²²⁶ Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire de litiges de consommation, J.O.C.E., n°L 115 du 17 avril 1998, p.31

²²⁷ CRUQUENAIRE, op.cit. pp. 166-167

²²⁸ ibidem, p.172

²²⁹ ibidem., p.173

²³⁰ HELFER & DINWOODIE, pp.103, 146

- « les conditions nécessaires à la duplication de l'UDRP sont-elles absentes d'autres corps de règles ? »
 - « en considérant qu'une duplication est possible, l'UDRP doit-elle être étendue (sous sa forme actuelle ou seulement moyennant certaines modifications de sa structure) ? »²³¹
- En faisant un tour d'horizon des différentes options qui s'offrent au législateur pour dupliquer cette procédure, certaines interrogations émergent.

2.1.2. De la nécessité de monopoles technologiques

Selon les partisans de la théorie de l'« essentialisme technologique », le succès de la procédure UDRP repose sur deux éléments :

- « la technologie aurait donné à l'ICANN le contrôle exclusif de l'espace des noms de domaine le plus rentable commercialement et aurait permis de conditionner l'accès à cet espace au consentement du demandeur à une série de règles substantielles »
- « la technologie aurait donné à l'ICANN les moyens de mettre la procédure en œuvre d'une manière simple et automatique sans avoir à subir les retards ou les contraintes inhérentes à l'exécution des jugements »

Ces deux caractéristiques seraient le gage de la stabilité et de l'utilité de ce modèle non-national.

A cet argument, on peut répondre que le contrôle de l'ICANN sur l'espace des noms de domaine n'est que partiel, qu'il est imparfait et qu'il souffre une certaine concurrence. (News.net a adopté la procédure UDRP) Dès lors, l'UDRP peut réussir même dans des zones hors du monopole de l'ICANN. En outre, les qualités de ce modèle non-national de règlement des différends peuvent convaincre un législateur national de l'adopter sans qu'une structure impérative ou un contrôle centralisé ne soit indispensable. Une telle procédure peut naître en dehors des noms de domaine. *In fine*, en dépit de l'efficacité accrue d'une structure centralisée, cela ne freinera pas une propagation *extra muros* même décentralisée de la procédure lorsque ce modèle présente des avantages sur les alternatives possibles ou lorsque le gouvernement ou d'autres intérêts privés seraient ainsi mieux desservis.²³²

2.1.3. De l'allure des systèmes de contrôle au sein des systèmes non-nationaux

a) Légitimité

Pour accomplir des objectifs tels que viabilité à long terme et efficacité, il est impératif que le système fasse montre de légitimité. La procédure UDRP manque précisément de légitimité. Malgré le caractère non-contraignant du droit sécrété par des procédés non-nationaux, celui-ci peut être renforcé par des processus législatifs ou judiciaires traditionnels ou intégré au sein de ceux-ci. Pour obtenir un tel soutien, la structure doit, au préalable, être perçue comme légitime.²³³

²³¹ HELFER & DINWOODIE, p.103

²³² ibidem, pp.104-109

²³³ ibidem, pp.109-113

b) Un collège délibérant ?

La procédure UDRP comprend deux caractères distinctifs qui affaiblissent sa légitimité :

- « l'absence du recours à un collège délibérant dans le développement des règles du système de règlement des différends »
- « la mise à l'écart de la « poursuite d'un crescendo qualitatif » dans le jugement des litiges »

Il s'agit d'un choix préliminaire entre deux modèles législatifs et décisionnels : un rapide et un lent. M. Helfer et M. Dinwoodie proposent *soit* de rendre le processus UDRP plus délibératif en y important des éléments des modèles législatifs non-nationaux plus lents *soit* de maintenir le système tel quel en rajoutant des contrôles externes. Ils insistent également sur l'indispensable flexibilité de ce modèle au rythme de l'évolution de l'environnement digital et sur la nécessité pour les panels de combler les lacunes de la loi. *In fine*, la loi pourra elle-même puiser dans ce panier pour se réformer.²³⁴

c) Réforme institutionnelle ?

Une réforme des structures législatives de l'ICANN lui fournirait un regain de légitimité. L'institution d'un « corps législatif public ou privé, formel, organisé » en vue d'imposer des fonctions de contrôle aux panels paraît indispensable dès lors que des normes nationales continuent à servir de base à la résolution des conflits en ligne.²³⁵

d) Un environnement compétitif

On assiste à une course en vue de favoriser le titulaire de la marque. Il est primordial de rétablir concurrence et équilibre. Il s'agirait dès lors de se rapprocher du système arbitral international et de permettre à ceux qui s'enregistrent de choisir l'organisme de règlement des différends qui règlera leurs litiges.²³⁶

e) Un organe d'appel non national

Son utilité est débattue. En effet, à la lumière de l'expérience acquise en arbitrage international, un tel organe d'appel amoindrirait la finalité de la procédure surtout en terme de rapidité et d'efficacité. Par ailleurs, ses vertus réconciliatrices et correctrices se révéleraient indispensables si le champ d'application substantif de la procédure était élargi, donnant lieu à des conflits entre les décisions des différents panels.²³⁷

f) L'interaction entre le système national et le modèle national

Les mécanismes de contrôle ne gagneront en validité et effectivité que si les intérêts nationaux sont intégrés dans l'analyse.

- Au niveau législatif, on propose qu'un système de « représentation directe et des structures de vote » soient introduites. Cette incursion du modèle national présente des intérêts tant pratiques qu'au niveau des principes. En effet, les actions en ligne dépassent parfois le simple cadre du cyberspace et rejoignent l'univers « hors-ligne » régi par les gouvernements

²³⁴ HELFER & DINWOODIE, pp.112-116

²³⁵ ibidem, pp.116-118

²³⁶ ibidem, pp.118-119

²³⁷ ibidem., pp.119-120

nationaux. En outre, il est opportun d'injecter des soucis d'intérêt public dans le processus législatif.

- Au niveau décisionnel, les relations avec les tribunaux judiciaires devraient être basées sur des principes de « subsidiarité et de respect ». Il s'agit de soutenir le **respect envers le judiciaire** pour que des décisions teintées de partialité puissent être remises en cause devant des tribunaux nationaux. En ce qui concerne la **subsidiarité**, une double alternative est proposée en vue d'associer le système législatif à la procédure UDRP :

- par une révision des règles de détermination du droit applicable ;
- par l'introduction d'une clause de subsidiarité visant à souligner le caractère exceptionnel de la procédure UDRP, cantonnée à la résolution de conflits où la mauvaise foi exsude.

On conseille également le développement de **standards** de conduite pour administrer les relations entre le judiciaire et le législatif. Enfin, à supposer que les règles UDRP soient complétées, cela constituerait un incitant pour les législateurs nationaux à adopter leur propre législation. (La Belgique par exemple a adopté un projet de loi en la matière).

Au-delà, les auteurs proposent un catalogue de mécanismes ciblés pour assurer cette interaction. Parmi eux, ils évoquent :

- une révision des aspects procéduraires, spécialement au niveau des délais, ces derniers rendant le recours aux tribunaux peu effectif ;
- un partage d'expérience du national vers le non-national ;
- une révision des règles substantielles applicables en matière de noms de domaine en vue de réduire le contentieux ou en tout cas en vue d'instiller un peu plus de certitude juridique en la matière.²³⁸

- S'agissant des règles de conflits de loi, les auteurs préconisent de prendre garde à trois éléments :

- vu le caractère transnational des litiges, il faut écarter une application invariable de règles issues du droit national du for.
- parallèlement, eu égard au développement de règles autonomes, il serait absurde de ne se fier qu'à des principes complètement détachés d'une empreinte nationale.
- les panels devraient dès lors reconnaître que « les structures sociales non-nationales impliquent des participants avec un amalgame complexe d'affinités nationales, régionales, non-nationales ».

Il s'agit de s'accommoder de tous ces éléments pour élaborer des règles de conflits de lois idoines.²³⁹

- Les auteurs considèrent comme non fondées les craintes relatives à une éventuelle révérence tant à la législation qu'à la jurisprudence américaine s'agissant de l'élaboration de cette réplique anationale.²⁴⁰

- Enfin, le droit international public n'a pas de caractère contraignant en ce qui concerne des entités anationales telles que l'ICANN. Néanmoins, il faudrait songer à incorporer certaines règles impératives édictées dans les traités ou à défaut, instaurer un contrôle de compatibilité avec ces mêmes règles.²⁴¹

²³⁸ HELFER & DINWOODIE, pp.121-130

²³⁹ ibidem, pp.131-137

²⁴⁰ ibidem., pp.137-139

²⁴¹ ibidem., pp.139-145

2.1.4. Salves de critiques

Une kyrielle d'auteurs critique une éventuelle extension de cette procédure.

Parmi eux, Alexandre Cruquenaire met exergue la nature de ce mécanisme c'est à dire un « **mécanisme d'exception** » dont il réprovoe un éventuel élargissement au-delà de son champ d'application original. Il cautionne un certain **cantonnement** de cette procédure aux litiges concernant les **marques de produits ou de services**.²⁴² Le rapport de l'OMPI ainsi que les documents préparatoires soulignent que la procédure UDRP ne vise que les enregistrements abusifs de marques de produits ou de services. « Les enregistrements effectués en violation de noms commerciaux, d'indications géographiques, de droits de la personnalité, de noms patronymiques et de dénominations sociales » ne sont pas visés. Les principes directeurs ne font pas référence à la similitude du nom de domaine avec une marque « déposée » parce que cette formalité de dépôt n'est pas requise s'agissant des marques notoires. Il ne faut pas y déceler l'intention d'ouvrir la procédure aux autres signes distinctifs.²⁴³ En effet, le droit applicable aux signes distinctifs autres que les marques n'est pas harmonisé au niveau international et la plupart des abus sont commis au détour de droits de marques.²⁴⁴ En fait, en droit belge, on distingue clairement ces concepts de marques, noms commerciaux et noms patronymiques. Ainsi, la marque se définit dans la Loi Uniforme Bénélux (article 1) comme englobant « *les dénominations, dessins, empreintes, cachets, lettres, chiffres, formes de produits ou conditionnements destinés à distinguer les produits ou services d'une entreprise.* » La protection du nom commercial (« signe sous lequel une entreprise est connue et exploitée ») obéit au droit commun.²⁴⁵ Des difficultés surgissent dans les pays de *Common Law* où la notion de marque se décline en deux variétés : d'une part, la marque déposée (équivalant à la notion belge de marque) et d'autre part, les marques non déposées ou marques d'usage regroupant « toute forme de signe utilisé pour identifier l'origine de produits ou de services. Ces droits s'acquièrent par l'usage qui est fait du signe concerné. » Tant les noms commerciaux que les noms patronymiques sont visés. Seule la **marque déposée** devrait être soumise à la procédure.²⁴⁶ Or, la jurisprudence des panels, sous l'influence du double concept de marques anglo-saxon, se révèle plus laxiste et étend parfois la procédure UDRP aux noms patronymiques, aux noms commerciaux voire même à d'autres signes.²⁴⁷

Sans mettre de côté la patente efficacité de la procédure au regard de litiges simples, M. Cruquenaire en rappelle néanmoins le prix à payer s'agissant des exigences du procès équitable. Au regard de ces multiples vices, il se questionne quant à la valeur résiduelle des décisions issues d'une telle procédure.²⁴⁸

Il souligne un double danger à vouloir élargir la procédure UDRP :

1- elle est conçue comme un « **outil répressif destiné aux cas de fraudes manifestes** », il ne faut dès lors pas l'étendre à tout litige « relatif à l'appropriation de noms de domaine »²⁴⁹

²⁴² CRUQUENAIRE A., « L'identification sur internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *JT*, 17 février 2001 n°6000, pp.146-154, 151

²⁴³ CRUQUENAIRE, op.cit., pp.70-71

²⁴⁴ CRUQUENAIRE, op cit. , pp.194-195

²⁴⁵ ibidem, pp.68-69

²⁴⁶ ibidem

²⁴⁷ lire CRUQUENAIRE, pp. 72-84

²⁴⁸ CRUQUENAIRE A., « L'identification sur internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *JT*, 17 février 2001 n°6000, p.152

²⁴⁹ CRUQUENAIRE, op. cit. p.195

2- la tendance de certains panels à se référer à des notions de « Common Law » rend précaire cet objectif de « mise en place d'un mécanisme international uniforme de résolution des différends reposant sur une assise internationale commune ». ²⁵⁰

Gail Evans renchérit la critique en se focalisant sur le concept d' « **internet governance** ». Il dénonce cette délégation de pouvoir du gouvernement vers une entité privée en vue soi-disant d'alléger le fardeau pesant sur les gouvernements et de promouvoir l'intérêt public global au travers d'une stabilité opérationnelle d'internet. Il poursuit en invoquant le risque qu'une telle « logique technocratique et guidée par le marché » ne devienne un *modus operandi* pour les autorités. ²⁵¹

Quant à M. Froomkin, il retire des enseignements de la procédure UDRP quant aux risques afférents à l'élaboration de droit privé et à la **relation amour-désamour qui lie le droit et internet**. Il souligne qu'à l'inverse du principe de Common law selon lequel « code is law » (le code est le droit), ici « law is law » (le droit est le droit) puisque les normes standards du net et ses pratiques furent simplement un vecteur permettant de générer du droit privé. En effet, l'ICANN, une société privée, (bien que soutenue par un organisme international et un gouvernement) s'est fondue dans un régime contractuel pour imposer ses règles à ceux qui enregistrent un nom de domaine. ²⁵²

Dès lors, comme le souligne M. Cruquenaire, une **réévaluation permanente** de la procédure s'impose. ²⁵³

2.2. Quels éléments des autres modes complémentaires de règlement des différends l'UDRP devrait-elle importer ?

La procédure UDRP fait partie intégrante des ODR. Elle constitue même le plus prisé de ceux-ci ... mais peut-être pas pour les bonnes raisons. Comme le constate M. Milchior, chiffres à l'appui, c'est une procédure qui n'est « pas juridiquement parfaite mais qui est pratiquement efficace ». ²⁵⁴

Au niveau qualitatif, les autres ODR semblent plus ambitieux, mus par une volonté de se mouler aux paramètres du conflit. Dans la procédure UDRP, c'est plutôt le conflit qui doit s'accommoder de la procédure !

Au niveau quantitatif, c'est la procédure UDRP qui récolte le plus de lauriers. Bien sûr, elle n'a vocation à s'appliquer qu'à des litiges ciblés quand les autres ODR sont susceptibles de s'appliquer à tout litige quelle qu'en soit la nature.

Dire que ces procédures ne sont pas comparables serait un raccourci confortable tant il est difficile d'identifier ce que concrètement un échange pourrait recouvrir. Défi relevé ?

D'emblée, il existe une série de garanties fondamentales énoncées dans les Recommandations européennes et dans l'article 6 C.E.D.H. dont l'ensemble des ODR fait parfois l'économie. Il importe dans un premier temps que ces principes deviennent leur livre de chevet.

Par ailleurs, s'ils font tous des sacrifices sur l'autel de l'efficacité, leur manière de décliner cette efficacité diffère quelque peu. Du côté des ODR, la partition se joue parfois pianissimo, parfois allegro. Allegro ? Rapidité, économie en termes de coûts y participent. Pianissimo ?

²⁵⁰ CRUQUENAIRE, op.cit., p.194

²⁵¹ EVANS G., op.cit., pp.61-65

²⁵² FROOMKIN, op.cit., pp.716-717

²⁵³ CRUQUENAIRE, op.cit., p.196

²⁵⁴ MILCHIOR, op.cit., p.13

Flexibilité dans les règles applicables, malléabilité, recadrage du litige et parfois archivage, pacification plutôt qu'échauffement des esprits...donnent leur souplesse aux ODR.

Du côté de la procédure UDRP, l'efficacité consiste à sanctionner des enregistrements abusifs de noms de domaine avec célérité, au moindre coût, par le truchement d'une décision exécutable sans intervention judiciaire.

Quelles composantes de chaque mécanisme, l'UDRP pourrait-elle alors adopter ?

S'agissant de la médiation/conciliation, ce sont des idées de pacification des conflits, de justice négociée, de rapprochement des parties qui prévalent. L'UDRP fait fi de cela, elle fuse sur un autre circuit où les pâquerettes et autre humeur fleur bleue n'ont pas leur place. On transfère ou on maintient le nom de domaine, pas de demi-mesure. Les pouvoirs du panéliste se révèlent donc supérieurs à ceux du tiers pacificateur.

S'agissant de l'arbitrage, bien qu'il fut son père virtuel, la procédure UDRP tend à s'en émanciper. S'ils partagent cette vertu de rapidité et cette volonté d'alléger le fardeau des Cours et Tribunaux, l'UDRP se singularise à maints égards : une absence de convention d'arbitrage, une procédure qui n'est pas exclusive de la voie judiciaire, des décisions ciblées (transfert, maintien), un contrôle judiciaire qui ne se contente pas de la marge mais peut porter sur le fond. *In fine*, il serait opportun d'importer de l'arbitrage cette faculté de requérir l'annulation de la décision rendue par un arbitre ou panéliste partial.

Quant à l'arbitrage commercial international et sa fameuse individualisation des règles applicables, ça ne semble pas transposable *in casu* puisque l'efficacité de la procédure UDRP repose justement sur une quasi-automatisation de la procédure.

Pour le surplus, l'UDRP ne partagera pas ses galons de sergent chef de l'autorégulation²⁵⁵ du cyberspace. Certes la labellisation y participe aussi mais peut-être pas aussi clairement que l'UDRP qui s'offre toute la « chaîne de production du droit » (« édicition de normes, interprétation du droit par résolution des litiges, application concrète du droit par auto-exécution des décisions »).²⁵⁶

Enfin, les ODR semblent devoir mettre de côté la moindre perspective de rentabilité. En effet, comment allier un impératif de rentabilité et la noble cause de rendre la justice accessible à l'internaute en rognant sur les coûts? Le retour en grâce des transactions sur internet a un prix : la gratuité de la solution des litiges y afférents. Il demeure, L'UDRP est certainement le plus rentable des ODR, peut-être aussi parce que l'UDRP ne vise pas à rendre confiance à l'internaute mais plutôt aux titulaires de droits de marques...

²⁵⁵ voir BERLEUR J ; POULLET Y, op.cit., pp.139-141

²⁵⁶ SCHULTZ, op.cit., p.17

CONCLUSION

Les ODR et parmi eux l'UDRP, sans pouvoir être qualifiés de révolutionnaires, témoignent d'« un effort permanent et inévitable de composer avec l'évolution des technologies de l'information »²⁵⁷

Les ODR (négociation, médiation, conciliation, arbitrage en ligne surtout) présentent cette indéniable vertu d'avoir ouvert les portes d'une justice certes alternative face à une justice traditionnelle qui refuserait l'accès à ses prétoires pour des transactions n'engageant que de faibles montants (cfr.l'adage « *de minimis non curat praetor* »).²⁵⁸

Leur vœu d'efficacité se décline en termes de flexibilité, de rapidité, de faibles coûts administratifs. Malheureusement, le fonctionnement et le succès pratiques de ces ODR se sont révélés en décalage par rapport aux idéaux poursuivis. En effet, le commerce électronique ne jouit pas d'un degré de confiance suffisant pour qu'un maximum de transactions se déroule par cette voie. Assez logiquement, à un nombre restreint de transactions correspond un nombre tout aussi ténu de litiges et de règlements de ces litiges par le truchement d'ODR.²⁵⁹

Indubitablement, la procédure UDRP ne possède pas la même « clientèle » que les autres ODR. Il ne s'agit pas de consommateurs ou d'entreprises quelconques mais bien de titulaires de droit de marques (de produits et de services). Ces derniers sont les innocentes victimes d'enregistrements abusifs de noms de domaine visant à leur nuire ou à obtenir une contrepartie intéressante en échange du transfert du nom de domaine.²⁶⁰

La procédure UDRP constitue un remède salutaire en offrant « une sanction rapide, effective et peu onéreuse des enregistrements abusifs de noms de domaine »²⁶¹.

Quant à l'idée poursuivie par certains d'étendre la procédure UDRP, elle est la cible de moult critiques. Plusieurs propositions d'extension se profilent : la manière drastique consiste, moyennant amendements, à l'étendre à tout type de litige ; la manière moins ambitieuse se range à une simple extension aux noms patronymiques et aux noms commerciaux. La voie la plus convaincante semble celle empruntée par M. Cruquenaire qui condamne toute extension au-delà des marques de produits et de services. En effet, en s'interrogeant sur la nature de cette procédure, on constate qu'il s'agit d'un outil répressif, d'un mécanisme d'exception efficace pour la solution de cas-types simples, où la mauvaise foi est patente, où la fraude est manifeste.²⁶² Il importe dès lors que l'exception ne devienne principe, portant ainsi une logique répressive, punitive au rang de reine. Circonscrire la procédure à cette solution de cas simples apparaît souhaitable. Une autre question est celle d'utiliser cette procédure tel un modèle pour de futures législations destinées à régir le cyberspace. Ici, M. Helfer et M. Dinwoodie soutiennent cette potentialité. En revanche, l'UDRP, ne pourrait être reproduite à l'identique sans y inclure des remaniements fondamentaux. Modèle d'efficacité et de rapidité, voilà des caractères qui rendent cette procédure séduisante ! Mais ce n'est qu'une esquisse, il faut la perfectionner, la renforcer.²⁶³

D'un point de vue pratique, l'efficacité de la procédure repose sur une quasi-automatisation des étapes de la procédure : plainte, décision de transfert ou de maintien, exécution de la

²⁵⁷ SCHULT,op.cit., p.17

²⁵⁸ voir infra, 1^{ère} partie, point 3

²⁵⁹ voir infra, 1^{ère} partie, points 3.1 et 3.5

²⁶⁰ voir infra, 1^{ère} partie, point 1 et 2^{ème} partie, point 2.1.4

²⁶¹ CRUQUENAIRE, op.cit., p.193

²⁶² ibidem, p.194 et voir infra 2^{ème} partie, point 2.4

²⁶³ voir infra, 2^{ème} partie, point 2.1

décision. Tout va vite, très vite, trop vite ? Soixante jours suffisent pour boucler la procédure. L'absence de voies de recours internes, la brièveté des délais laissés au défendeur pour répondre à la plainte ou pour intenter une procédure judiciaire, l'exécution quasi-automatique des décisions participent à la vélocité de la procédure.²⁶⁴

Par ailleurs, une série de vices ont été identifiés. Parmi ceux-ci on distingue un manque crucial d'adéquation aux garanties fondamentales édictées par l'article 6 C.E.D.H. et par les Recommandations européennes. Cette procédure favorise fréquemment le détenteur de droit de marques et pénalise avec une certaine systématique le détenteur de noms de domaine (un chiffre de 80% de décisions favorables aux titulaires de marques a été avancé)²⁶⁵. La disparition du seul organe de règlement des différends (eResolution) qui se montrait plus impartial constitue un symptôme sérieux de la cette propension à la partialité en faveur des titulaires de marques. Mais encore, la motivation des décisions se révèle parfois lacunaire voire viciée.²⁶⁶

Sans renier ses vertus de «puissant outil d'autorégulation du cyberspace»²⁶⁷, il conviendrait, avant même de songer à accroître le champ matériel de cette procédure, de soigner le déficit démocratique de la procédure elle-même.

En écho à cette préoccupation, Khalil Gibran dirait que « la pierre la plus solide d'un édifice est la plus basse de la fondation ».

²⁶⁴ voir infra, 1^{ère} partie, point 1.3.6 et 2^{ème} partie, points 1.1, 1.2

²⁶⁵ CRUQUENAIRE, op.cit., p.191

²⁶⁶ ibidem, pp.193-196 et voir infra, 2^{ème} partie, point 1.3

²⁶⁷ SCHULTZ, op.cit., p.17 et 2^{ème} partie, point 1.2

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATIONS

- divers

- ICANN uniform domain name dispute resolution policy disponible à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm> et à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/rules/icann/icannpolicy-fr.pdf> pour la traduction française établie par l'OMPI (en passant par <http://arbiter.wipo.int/domains/gtld/udrp/index-fr.html>)
- Rules for uniform domain name dispute resolution policy disponible à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm> et à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/rules/icann/icannrules-fr.pdf> pour la traduction française établie par l'OMPI (en passant par <http://arbiter.wipo.int/domains/gtld/udrp/index-fr.html>)
- Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

- au niveau européen

- Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur
- Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, J.O.C.E., n°L 115 du 17 avril 1998, p.31
- Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, J.O.C.E., n°L109 du 19 avril 2001, p.56
- Règlement (CE) N° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale
- Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, présenté par la Commission des Communautés européennes, le 19 avril 2002,

- au niveau national

- USA : *Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act* (1999)
- Belgique :- projet de loi belge relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine (Projet de loi adopté par la Chambre, le 27 février 2003)
 - Code Judiciaire : articles 731-734 ; 972 ; 1043 ; 1676-1723

DOCTRINE

1. MONOGRAPHIES

- AKDENIZ Y. ; WALKER C. ; WALL D., *The Internet, Law and society*, Longman, 2000
- BEAURAIN N. ; JEZ E., *Les noms de domaine de l'internet*, Litec, 2001
- BENSOUSSAN A. ; LE ROUX Y., *Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques*, Germes, 1999
- BERLEUR J; BROUSSEAU E ; et alli , *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant, 2002
- BOCHURBERG L., *Internet et commerce électronique*, 2^{ème} édition, Delmas, 2001
- CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J, 2002
- CHISSICK M. ; KELMAN A., *Electronic commerce, law and practice*, Sweet & Maxwell, 3d edition, 1998
- CRUQUENAIRE A., *Le Règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002

- DASTNER C., « Introduction to Online ADR » in GEISELER-BONSE S., *Essays on online alternative dispute resolution*, ECLIP Series, Electronic Commerce Legal Issues Platform II , ITM, 2001, pp.5-13
- DE LEVAL G., *Institutions judiciaires : introduction au droit privé*, Ed.Collection Scientifique de la faculté de droit de Liège, 2^{ème} édition, 1993
- DE LEVAL G., *Droit judiciaire privé III Procédure (1)*, Collection scientifique de l'Université de Liège, 1999-2000
- DE LEVAL, G., *Droit judiciaire privé III.2.Procédure*, éditions juridiques de l'Université de Liège, 2001-2002
- DE LOCHT, P. « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges » in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Les cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit n°19, Bruylant, Bruxelles, 2001
- FALLON M.; RIGAUX F., *Droit international privé, tome II, Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993
- FERAL-SCHUHL C., *Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2002
- EDWARDS L. ; WAELE C., *Law and the internet : a framework for electronic commerce*, 2000
- GARNETT R. ; GABRIEL H. ; et alli, *A practical guide to international commercial arbitration*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 2000
- GEISELER-BONSE S., *Essays on online alternative dispute resolution*, ECLIP Series, Electronic Commerce Legal Issues Platform II , ITM, 2001
- GOLLA, R., *La régulation de l'internet : noms de domaine et droit des marques*, thèse Aix-en-Provence, 16 octobre 2002 (version non publiée)
- HOLLANDE A. ; LINANTS DE BELFONDS X., *Pratiques du droit de l'informatique*, 5^{ème} édition, Delmas, 2002
- KASSIS A., *Problèmes de base de l'arbitrage et arbitrage contractuel*, L.G.D.J., Paris, 1987
- KAUFMAN G., *Noms de domaine sur internet, Aspect juridique*, Entreprendre informatique, Vuibert, 2001
- KELLEHER D. ; MURRAY K., *IT Law in the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 1999
- LAMY, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, édition 2001
- LAWSON P., « Disputes in cyberspace : Online dispute resolution for consumers in cross-border disputes » in GEISELER-BONSE S., *Essays on online alternative dispute resolution*, ECLIP Series, Electronic Commerce Legal Issues Platform II , ITM, 2001, pp.34-71
- LONGWORTH E., « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace » in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Editions UNESCO, Economica, 2000, p.11- 89
- PANSIER F-J ; ZEZ E., *Initiation à l'internet juridique*, 2^{ème} édition, Litec, 2000
- POULLET Y., « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Editions UNESCO, Economica, 2000, p.185-235
- REDFERN A., HUNTER M., *Law and practice of international commercial arbitration*, 2^{ème} édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1991
- SALAUN A., « The ECODIR project : a step further to consumer confidence on the Net » in GEISELER-BONSE S., « *Essays on online alternative dispute resolution* », ECLIP Series, Electronic Commerce Legal Issues Platform II , ITM, 2001, pp.15-28
- SERAGLINI C., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001
- SMITH JH G., *Internet Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 3d edition, 2002
- WERY E. ; VERBIEST T., *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européens, belge et français*, Larcier, 2001

2. ARTICLES DE REVUE

- ANTIKI N., « Perspectives nord-américaines en médiation », dans Barreau du Québec, Service de la Formation Permanente, *Développements récents en médiation*, Cowansville, Edition Yvon Blais, 1995
- BIKOFF J. ; JONES P., « Internet/Domain issues », 2002, *IP litigator*, pp.30-33
- CAPRASSE, O., « De la tierce décision obligatoire », *JT* 1999, p. 565-576
- CRUQUENAIRE A., « L'identification sur internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *JT*, 17 février 2001 n°6000, pp.146-154
- DIMEGLIO, A., « La position squatting », *Expertises*, octobre 2002, p. 345-346
- D'HUART V., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits », *CUP* 2002, vol.59, p.5-56
- DREYFUS, N., « Marques et noms de domaine de l'internet », *Droit des technologies avancées*, volume 8, n°1/2001, Germes
- EVANS G. , « Comment on the terms of reference and procedure for the second WIPO internet domain name process », *E.I.P.R* 2001, 23(2), 61-65
- FAUCHOUX V. ; BEURAIN N., « Conflits de nom de domaine: vers l'élaboration d'un droit sui generis ? », *Légipresse*, n°169
- FIELD.G. , « Making the most of commercial global domains », 41 *Idea :The journal of law and technology* 101 (2001) disponible à l'adresse <http://www.piercelaw.edu/TFIELD/RDNs.htm>
- FROOMKIN A.M., ICANN's « "Uniform dispute resolution policy"-causes and partial cures », *Brooklyn Law Review* vol.67 number 3, 2002 p.605-718
- HELFER L. ; DINWOODIE G., « Designing non-national systems : the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », 43 *Wm and Mary L.Rev* 141 (oct.2001) disponible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=275468
- HUET J., VALMACHINO S., « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 2000
- ITEANU, O., « L'UDRP, le début de la fin de l'action judiciaire ? », In « Marques et noms de domaine de l'internet », *Droit des technologies avancées*, volume 8, n°1/2001, Germes.
- ITEANU, O., « L'ICANN, un exemple de gouvernance originale, ou un cas de law intelligence ? », *Expertises*, avril 2002, n°258, p.131-135
- JARROSSON C., « Les frontières de l'arbitrage », *Rev.arb.* , 2001, n°1, p.5-41
- KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », *Rev.arb.* , 1998
- KRAUSE, W., « Do you want to step outside ? An overview of online alternative dispute resolution », *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 2001, volume 19, n°3, p.457-491
- LARRIEU, J., « Le caractère distinctif d'un nom de domaine », *Expertises*, décembre 2002, p.416-418
- MILCHIOR, R., « Marques et internet », *Cahiers du Lamy de l'informatique et des réseaux*, n°139, août-septembre 2001,
- MOREAU B., « L'avenir de l'arbitrage », *CJFE*, 2001, n°4
- PERRIT H., « Dispute resolution in cyberspace : demand for new forms of ADR » , 15 *Ohio State Journal Of Dispute Resolution*, 2000
- POULLET, Y., « Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », *Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°142, décembre 2001, p.1-7
- SCHULTZ T., « Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et *ius numericum* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol.48, 2002, pp.153-203 disponible en ligne à l'adresse http://www.online-adr.org/SCHULTZ_ODR_RIEJ_site.pdf
- SORKIN D., « Judicial review of ICANN domain name dispute decisions », 18 *Computer & high technology law journal* 637 (2001) pp.35-55

- « Organisation mondiale de la propriété intellectuelle : « deuxième processus de consultations sur les noms de domaine de l'internet », *Bulletin d'actualité-Lamy droit de l'informatique*, n°140, octobre 2001, p.21-22

3. SOURCES INTERNET

- BONNET V. ; BOUBAOUAD et autres. , « Online dispute resolution systems as web services » disponible à l'adresse http://www.hpovua.org/PUBLICATIONS/PROCEEDINGS/9_HPOVUAWS/Paper_4_2.pdf
- CLARCK E ; HOYLE A., « On-line dispute resolution : present realities and future prospects », disponible à l'adresse <http://www.bileta.ac.uk/02papers/hoyle.html>
- DONAHEY S., « Divergence in the UDRP and the need for appellate review UDRPlaw.net Centre d'arbitrage et de médiation OMPI »
- FROMKIN A., « A critique of WIPO's RFC 3 », disponible à l'adresse <http://www.law.miami.edu/~amf/critique.htm>
- FROMKIN A., « Comments on ICANN Uniform Dispute Resolution Policy : A Catalog of Critical Process Failures ; Progress on Substance ; More Work Needed, Substantive Issues » disponible à l'adresse <http://www.law.miami.edu/~amf/icann-udp.htm>
- GEIST M., « Fair.com, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP », disponible à l'adresse <http://www.udrplaw.net/UDRPReview.htm> (<http://aix1.uowatta.ca/~geist/geistudrp.pdf>)
- IDE N., « Rapport OMPI sur les aspects IPR des noms de domaine », 14 février 1999 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=152
- KUR A., « UDRP, A study by the Max-Planck-Institute for Foreign and International patent, copyright and competition law », Munich disponible à l'adresse <http://www.intellecprop.mpg.de/Online-Publikationen/2002/UDRP-study-final-02.pdf>
- MANEVY I. , « Online dispute resolution : what future ? Mémoire de DEA de droit anglais et nord-américain des affaires », juin 2001 disponible à l'adresse <http://www.legalis.net> juriscom.net, 12 janvier 2002 <http://juriscom.agat.net/uni/mem/17/odr01.pdf>
- MELAMED J ; HELIE, J, « Online dispute resolution in the US », disponible en ligne à l'adresse <http://www.mediate.com/articles/ecodir1.cfm>
- MUELLER M., « Internet domain names privatization and freedom of expression », disponible à l'adresse <http://www.cato.org/pubs/briefs/bp-033.html>
- MUELLER M., « Rough Justice : an analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy », disponible à l'adresse <http://dcc.syr.edu/miscarticles/roughjustice.pdf>
- ROBERT, R., « Les noms de domaine en droit communautaire », mémoire 12 juin 2001, <http://www.droit-technologie.org> (http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=58)
- ROBERT R., « Commentaire sur le projet de loi relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine », 7 avril 2003 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=729
- VERBIEST T., « Les réformes des systèmes de gestion de noms de domaine : état des lieux », 6 mars 2001 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=397 (voir dans la rubrique « actualités » du site <http://www.droit-technologie.org>)
- VERBIEST T., CASSIERS D., « L'audit juridique d'un site web », 26 décembre 2002 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=700
- ATA Cours complet d'arbitrage disponible à l'adresse <http://www.legalis.net/ata/html/introduction.html>

Remarque : Tous les liens hypertextes ont été consultés pour la dernière fois, le **11 août 2003**

En cas de problème, une solution consiste à utiliser le moteur de recherche « Copernic » et à entrer le titre de l'article.