



UNIVERSITÉ
DE NAMUR

Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le règlement extrajudiciaire des litiges en matière de propriété intellectuelle

HENROTTE, Jean-François; Cruquenaire, Alexandre

Published in:

Droits intellectuels : le contentieux

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

HENROTTE, J-F & Cruquenaire, A 2012, Le règlement extrajudiciaire des litiges en matière de propriété intellectuelle. Dans *Droits intellectuels : le contentieux*. Commission Université Palais, Numéro 132, Liège, Anthémis, p. 65-95.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3

Le règlement extrajudiciaire des litiges en matière de propriété intellectuelle

Alexandre CRUQUENAIRE

*Avocat, tiers-décideur auprès du CEPANI,
maître de conférences aux F.U.N.D.P.*

Jean-François HENROTTE

Avocat, médiateur TIC auprès du CEPANI

SOMMAIRE

CHAPITRE 1	
Règlement des litiges relatifs aux noms de domaines	66
CHAPITRE 2	
La médiation pour le secteur des technologies de l'information et de la communication	84

1. La présente contribution sera consacrée à un double objet.

D'une part, la problématique des noms de domaine, qui constitue un exemple intéressant d'application des mécanismes alternatifs de résolution des conflits (ou MARC) en matière de propriété intellectuelle (chapitre 1).

Nous aborderons également le processus de médiation spécifique aux technologies de l'information et de la communication (TIC) mis en place par le CEPANI, qui est susceptible de constituer une alternative aux recours judiciaires (chapitre 2).

CHAPITRE 1

Règlement des litiges relatifs aux noms de domaines

2. Après un bref rappel des éléments techniques et pratiques de l'enregistrement des noms de domaine, nous aborderons les différents modes de résolution des litiges utilisés en la matière, en centrant notre propos sur les modes extrajudiciaires.

SECTION 1

L'enregistrement des noms de domaine en pratique

3. Afin de communiquer entre eux, les ordinateurs et serveurs connectés à l'internet doivent être identifiés. Cela se fait via les adresses I.P. (*Internet Protocol*) qui sont les adresses numériques attribuées à tout point d'accès au réseau. L'adresse I.P. est constituée d'une chaîne de quatre nombres de 0 à 255. Par exemple, l'adresse I.P. 176.31.131.137 correspond au serveur de l'O.B.F.G.

Lorsqu'un internaute souhaite accéder à un contenu situé sur un site web, il devrait en principe indiquer à son navigateur internet (Internet Explorer, Firefox, Safari...) l'adresse I.P. correspondante. La mémorisation de ces suites de nombres est toutefois très indigeste, raison pour laquelle le système des noms de domaine (ou DNS, pour *Domain Name System*) a été mis en place. Par ce biais, un ou plusieurs¹ noms de domaine peuvent être liés à une adresse IP, ce qui permet de faciliter considérablement la mémorisation de l'adresse d'un site web. Dans le cas de l'O.B.F.G., le nom de domaine

1. Plusieurs sites web peuvent en effet être enregistrés sur un même serveur et un même site web peut avoir plusieurs noms de domaine.

« avocat.be » est nettement plus facile et logique à mémoriser que l'adresse IP du serveur de l'O.B.F.G.

On observera toutefois que, dans la pratique de l'usage d'internet, cette fonction de facilitation de la recherche d'information a progressivement été supplantée par la valeur commerciale du nom de domaine, qui est utilisé comme un signe distinctif à part entière dans la communication et la publicité (certaines publicités ne mentionnant parfois que le seul nom de domaine comme identifiant de l'annonceur).

4. Un nom de domaine comporte deux éléments : un premier qui est déterminé par un terme quelconque choisi par la personne qui demande l'enregistrement (son nom patronymique, par exemple)², complété d'un suffixe qui détermine le domaine de haut niveau (ou *Top Level Domain Name – TLD*) auquel appartient le nom de domaine concerné³.

5. Les noms de domaine de haut niveau sont classés en deux catégories⁴, à savoir : les domaines génériques (ou *generic Top level Domain Names – gTLDs*)⁵ et les domaines « nationaux » (*country-code Top Level Domain Names – ccTLDs*)⁶. L'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, association sans but lucratif de droit américain⁷) chapeaute l'ensemble des domaines de haut niveau, mais délègue la gestion des différents domaines à d'autres entités (DNS.BE pour le domaine.be, par exemple).

6. Lorsque l'on souhaite enregistrer un nom de domaine, il suffit de s'adresser à un agent d'enregistrement (ou *registrar*) agréé par l'autorité gestionnaire du domaine concerné⁸. En quelques clics, vous pouvez acquérir un

2. Dans l'exemple précité, l'élément « avocat ».

3. Le domaine « .be », dans ce même exemple.

4. Pour une explication de ces distinctions et un aperçu des principaux domaines disponibles, voy. http://fr.wikipedia.org/wiki/Domaine_de_premier_niveau

5. Certains domaines sont totalement ouverts (.com,.net), tandis que d'autres ne sont accessibles que sous certaines conditions relatives à la qualité du demandeur de nom de domaine ou à la nature de ses activités (.name pour les noms personnels,.xxx pour les sites à contenu « réservé aux adultes », etc.).

6. Les domaines correspondent au code ISO des pays (.be pour la Belgique,.uk pour la Grande-Bretagne, etc.).

7. L'ICANN s'est vue confier la mission de gérer le partage des ressources d'identification de l'internet, sur délégation du gouvernement américain et avec l'accord des milieux intéressés. Sur l'historique et le rôle de l'ICANN, voy. <http://fr.wikipedia.org/wiki/ICANN>.

8. Par exemple, pour le domaine.be, c'est la société DNS.BE qui est gestionnaire du domaine et délègue la tâche d'enregistrer les noms de domaines à des agents qu'elle accrédite à cette fin (voir la liste des agents sur www.dns.be).

nom de domaine, ou, pour être plus précis, conclure un contrat de licence d'utilisation d'un nom de domaine. En effet, les contrats relatifs aux noms de domaine portent toujours sur un droit d'usage limité dans le temps (même si renouvelable indéfiniment). Ce contrat est régi par les conditions générales d'enregistrement imposées par le gestionnaire du domaine concerné. Dans ce contrat figure une clause renvoyant à une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges⁹.

7. Dans la plupart des domaines, le choix du nom de domaine est libre, sous réserve de la double règle du « premier arrivé, premier servi » et de l'unicité des noms de domaine. En vertu de la première règle, le premier demandeur qui sollicite l'enregistrement d'un nom de domaine peut l'obtenir. Cette règle doit être envisagée en combinaison avec la contrainte technique selon laquelle un nom de domaine ne peut renvoyer qu'à une seule adresse I.P. On parle dès lors d'unicité des noms de domaine, dans la mesure où un nom de domaine ne pourra être utilisé que par une seule personne, tout renvoi vers plusieurs serveurs (identifiés par leur adresse I.P.) étant impossible¹⁰.

Cette double contrainte empêche tout partage d'un nom de domaine, tandis que le droit des signes distinctifs permet précisément un tel partage, en fonction de la zone géographique et/ou de la nature des activités.

À cela, il convient d'ajouter – dans la majorité des domaines – l'absence de contrôle sur la légitimité des demandes d'enregistrement.

Les règles régissant l'enregistrement des noms de domaine imposent donc aux opérateurs économiques une extrême rapidité lorsqu'ils envisagent d'utiliser internet pour développer leurs activités. Il est même vivement conseillé de réserver un nom de domaine avant tout acte d'exploitation d'un signe distinctif, au risque de se faire dribbler par un tiers opportuniste qui tentera ensuite de négocier la cession des droits sur le nom de domaine concerné à un prix exorbitant ou en fera un usage qui contraindra l'opérateur économique

9. Figure ainsi à l'article 10, a, des conditions générales de DNS.BE, la disposition suivante : « Le détenteur d'un nom est tenu de se soumettre à une procédure de résolution des litiges pour tout litige décrit ci-dessous et accepte l'autorité de l'institution de règlement des litiges agréée. Il accepte que cette procédure se déroule devant une institution de règlement des litiges parmi celles qui sont agréées par DNS.be. DNS.be publie la liste des institutions agréées sur son site Web. La procédure se déroule dans la langue choisie par le détenteur lors de l'enregistrement et est menée conformément aux règles de la procédure de résolution des litiges applicable au moment où la plainte est introduite » (le type de litiges couverts par la procédure étant décrit au point b de cet article 10).

10. À ce propos, voy. A. CRUQUENAIRE, « L'identification sur internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *J.T.*, 2001, pp. 146 et s. (n° 6000 du *J.T.* consacré aux nouvelles technologies).

concerné à réagir juridiquement pour protéger ses droits. En témoigne le récent exemple fort peu élégant de l'enregistrement, par des membres de l'U.M.P., du nom de domaine « lechangementcestmaintenant.fr » correspondant au slogan de campagne (dévoilé le jour-même dans *Libération*) du candidat du P.S., François Hollande, afin de railler la personne de ce dernier.

De nombreuses entreprises ont été ou sont victimes d'enregistrements frauduleux de noms de domaine correspondant à leurs signes distinctifs (nom commercial, marques, dénomination sociale). Selon un rapport fouillé de l'O.M.P.I., qui fait encore autorité aujourd'hui, l'enregistrement d'un nom de domaine peut être qualifié d'abusif¹¹ lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies : i) le nom de domaine est identique, ou ressemblable, au point de prêter à confusion, à une marque de produits ou de services sur laquelle un tiers a des droits ; ii) le titulaire du nom de domaine n'a ni droit ni intérêt légitime par rapport au nom de domaine litigieux ; iii) le nom de domaine a été enregistré et est utilisé de mauvaise foi¹².

SECTION 2

La résolution des litiges relatifs à l'enregistrement abusif de noms de domaine

8. Confrontée à un enregistrement abusif, une entreprise peut se protéger par plusieurs biais. Elle peut introduire une action judiciaire, selon les voies classique ou spécifique, ou utiliser les modes extrajudiciaires de résolution de litiges.

9. Les premiers cas d'enregistrements abusifs de noms de domaine ont été soumis aux tribunaux de l'ordre judiciaire, sur la base du droit commun, en l'absence, à l'époque, de dispositif légal spécifique et de procédures extrajudiciaires *ad hoc*.

Une première difficulté réside dans la justification de la compétence des juridictions belges lorsque le fraudeur est localisé à l'étranger. La question de la loi applicable a également compliqué la tâche des magistrats. Une fois la

11. Cette pratique est également connue sous le terme anglais de *cybersquatting*.

12. O.M.P.I., *La gestion des noms et adresses de l'internet : questions de propriété intellectuelle*, Rapport final concernant le premier processus de consultation de l'O.M.P.I., 30 avril 1999, disponible sur le site web officiel de l'O.M.P.I., à l'adresse <http://www.wipo.int/amc/fr/processes/process1/report/finalreport.html>, p. 62, n° 171.

décision favorable obtenue, l'exécution internationale est parfois complexe lorsque le fraudeur est établi à l'étranger.

Sur le fond, la jurisprudence a tout d'abord été relativement hésitante dans son appréhension de ce phénomène neuf au moyen des textes du droit commun. La première décision belge rendue en la matière avait ainsi considéré que le fait pour un individu n'ayant aucun droit sur ce signe d'enregistrer le nom de domaine « tractebel.com » constituait une *business opportunity* qui n'avait rien d'illicite¹³. Une autre chambre du même tribunal sanctionna au contraire l'enregistrement du nom de domaine « cockerill-sambre.be » car il s'inscrivait dans le cadre d'un comportement qualifié d'abus de position dominante¹⁴. La maturation de la jurisprudence fut toutefois rapide, la cour d'appel de Bruxelles consacrant la sanction qui paraissait la plus logique au regard du droit commun, à savoir l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale (devenu acte contraire aux pratiques honnêtes du marché depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les pratiques du marché – L.P.M.C.)¹⁵.

Les recours judiciaires n'en présentent pas moins certaines limites. Il y a tout d'abord la lenteur des procédures et leur coût élevé. Certes, il existe des actions comme en référé, mais dans ce cadre, la possibilité pour le juge d'ordonner le transfert d'un nom de domaine (au-delà de la simple cessation de l'usage illicite) est controversée. L'action en cessation commerciale ne peut en outre être initiée qu'à l'encontre d'une entreprise au sens de l'article 2, 1^o, de la L.P.M.C., qualité qu'il ne sera pas toujours aisé d'établir dans le chef du *cybersquatter*.

10. En raison de ces incertitudes, le législateur belge a adopté une loi spécifique sanctionnant l'enregistrement abusif des noms de domaine¹⁶. Cette loi ouvre la possibilité d'une action en cessation spécifique, conduite comme en référé, dans le cadre de laquelle il est expressément permis de solliciter le transfert du nom de domaine¹⁷. La notion d'enregistrement abusif

13. Comm. Bruxelles (cess.), 11 juin 1997, V.S. 2903/97.

14. Comm. Bruxelles (cess.), 23 octobre 1997, D.A.O.R., mars 1998, n° 45, p. 101.

15. Bruxelles (cess.), 1^{er} avril 1998, J.L.M.B., 1998, p. 1588, obs. E. WÉRY.

16. Loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine, M.B., 9 septembre 2003, p. 45225.

17. Pour un commentaire de cette loi, voy. A. CRUQUENAIRE, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine. Et la montagne accoucha d'une souris... », J.T., 2004, pp. 545 et s. Pour un aperçu de la jurisprudence fondée sur cette loi, voy. T. HEREMANS et C. MORLIÈRE, « Enregistrement abusif de noms de domaine : litiges judiciaires et extrajudiciaires », in A. CRUQUENAIRE (dir.), *La protection des marques sur internet*, Cahiers du CRID, n° 28, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3 et s., spéc. pp. 3-17 ; B. DOCQUIR, « Examen de jurisprudence (1995-2005) : le contentieux des noms de domaine », J.T., 2007, pp. 61 et s.

est délimitée par des conditions¹⁸ très proches de celles retenues dans les travaux précités de l'O.M.P.I. Le champ d'application de cette loi est toutefois limité aux noms de domaine.be ainsi qu'aux hypothèses dans lesquelles le titulaire du nom de domaine générique ou « étranger » est domicilié en Belgique.

Ce nouvel outil mis à disposition par le législateur ne permet toutefois pas de résoudre les principales difficultés liées aux procédures judiciaires, à savoir le coût, la durée et la mise en œuvre effective des décisions.

SECTION 3

Les modes extrajudiciaires de résolution des litiges relatifs aux noms de domaine

11. Les entreprises ne sont pas restées passives face à la menace que représente le *cybersquatting* pour leurs intérêts.

Ainsi, sous la pression des titulaires de marques, l'ICANN mandata l'O.M.P.I. afin d'organiser un vaste processus de consultation ouvert à toutes les personnes intéressées, qui aboutit, le 30 avril 1999, au dépôt d'un rapport final très fouillé¹⁹, dont un des chapitres était consacré aux mécanismes de règlement des litiges et à la mise sur pied d'une procédure internationale uniforme de résolution des différends relatifs au *cybersquatting* (nos 129 à 244).

Sur la base des recommandations du rapport de l'O.M.P.I., l'ICANN a adopté le 24 octobre 1999 les textes fondateurs de cette procédure : l'*Uniform domain name Dispute Resolution Policy* (U.D.R.P.)²⁰, qui constitue les principes directeurs de la procédure, et les *Rules for Uniform domain name Dispute Resolution Policy*²¹, qui sont les règles d'application des principes directeurs (les règles de procédure proprement dites).

18. Selon l'article 4, alinéa 2, de la loi du 26 juin 2003, « est considéré comme un enregistrement abusif d'un nom de domaine, le fait de faire enregistrer, par une instance agréée officiellement à cet effet, par le truchement ou non d'un intermédiaire, sans avoir ni droit ni intérêt légitime à l'égard de celui-ci et dans le but de nuire à un tiers ou d'en tirer indûment profit, un nom de domaine qui soit est identique, soit ressemble au point de créer un risque de confusion, notamment, à une marque, à une indication géographique ou une appellation d'origine, à un nom commercial, à une oeuvre originale, à une dénomination sociale ou dénomination d'une association, à un nom patronymique ou à un nom d'entité géographique appartenant à autrui ».

19. *La gestion des noms de domaine et adresses de l'Internet : questions de propriété intellectuelle*, précité.

20. Ci-après « Principes directeurs U.D.R.P. ». Disponibles à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>

21. Ci-après « Règles d'application U.D.R.P. ». Texte disponible à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>

12. L'efficacité de la procédure U.D.R.P. est telle que le succès a été immédiat et se confirme au fil des ans²². Ce modèle d'instrument de résolution des litiges a d'ailleurs fait des émules. De nombreux gestionnaires de domaines ont en effet soit décidé d'adhérer à cette procédure (celle-ci devant applicable pour les litiges concernant leurs domaines), soit de mettre en place des procédures inspirées du modèle de l'U.D.R.P. (c'est le cas notamment de la procédure CEPANI, mise en place dans le cadre du domaine.be).

13. Les procédures extrajudiciaires du type U.D.R.P. reposent sur une double assise contractuelle, qui en assure la redoutable efficacité. Le gestionnaire du domaine contrôle techniquement l'attribution des noms de domaine (la base de données qui fait la correspondance entre les adresses I.P. et les noms de domaine). Fort de cette position, il peut, dans le cadre de ses contrats, imposer le recours à la procédure extrajudiciaire (dans les contrats conclus avec les titulaires de noms de domaine) et en assurer l'efficacité (en prévoyant dans les contrats avec les agents accrédités pour l'enregistrement des noms de domaine que ceux-ci se conformeront aux décisions rendues dans le cadre de ces procédures).

14. Les limites assignées aux présentes ne permettent pas un examen de nombreuses procédures extrajudiciaires qui existent²³. Nous avons donc choisi de centrer notre propos sur les procédures U.D.R.P. (A.) et CEPANI (B.). La première car elle constitue historiquement le premier outil mis en place et a servi de modèles à tous les autres. La seconde car elle concerne les noms de domaine « belges », c'est-à-dire enregistrés dans le domaine.be.

Enfin, actualité oblige, nous présenterons les modes extrajudiciaires de résolution des conflits susceptibles de survenir dans le cadre du processus de création de nouvelles extensions (C.).

A. La procédure U.D.R.P.

1. La nature de la procédure U.D.R.P. et son déroulement

15. Il est tout d'abord important de souligner qu'aucune disposition des principes directeurs ou des règles U.D.R.P. n'empêche les recours judiciaires. L'article 4, k, des principes directeurs énonce d'ailleurs que « la procédure

22. Depuis l'entrée en vigueur de la procédure U.D.R.P. (début 2000), l'O.M.P.I. a résolu à lui seul plus de 22.000 litiges, ce qui fait une moyenne annuelle de plus de 2.000 cas. Pour des statistiques à jour, consulter le site web de l'O.M.P.I., à l'adresse <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>

23. Voy., par exemple, la procédure applicable dans le domaine.eu : <http://www.adr.eu>

administrative obligatoire (...) ne vous interdit pas, non plus qu'elle interdit au requérant, de porter le litige devant un tribunal compétent appelé à statuer indépendamment avant l'ouverture de cette procédure administrative obligatoire, pendant son déroulement ou après sa clôture ». La procédure U.D.R.P. ne constitue donc pas un arbitrage au sens des articles 1676 et suivants du Code judiciaire. Le mécanisme s'apparente plutôt à une tierce décision obligatoire²⁴, cette dernière étant définie comme « le processus par lequel des parties qui connaissent des difficultés recourent aux services d'un tiers, qui n'est ni un juge ni un arbitre, afin d'obtenir une décision obligatoire, qui s'imposera à elle avec la même force qu'un contrat lie les contractants »²⁵.

16. Toute personne physique ou morale qui estime être victime de *cybersquatting* suite à l'enregistrement par un tiers d'un nom de domaine peut – pour autant que le gestionnaire du domaine concerné ait adhéré au mécanisme²⁶ – introduire une plainte auprès d'un des organismes de règlement des litiges accrédité par l'ICANN²⁷. Les plaintes sont à rédiger sur la base d'un formulaire standard disponible sur le site de l'organe de résolution choisi (modèle dont la teneur est imposée par l'ICANN). La procédure est entièrement écrite et les communications se font par voie électronique (email).

La forme de la plainte est alors contrôlée par l'organisme saisi.

Si la plainte est complète, l'organe de résolution la transmet au titulaire du nom de domaine²⁸. Celui-ci dispose d'un délai de 20 jours pour y répondre, faute de quoi, il est statué par défaut, sur la base des seuls éléments fournis par le plaignant²⁹.

24. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, Cahiers du CRID, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 2002, nos 83 à 86.

25. O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, p. 574, n° 44.

26. Il convient de vérifier sur le site web du gestionnaire du domaine si la procédure U.D.R.P. s'applique dans son domaine.

27. Sont accrédités (situation au 5 janvier 2012) : Asian Domain Name Dispute Resolution Centre ; National Arbitration Forum, O.M.P.I., The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes. La liste actualisée et les coordonnées des organismes sont disponibles sur le site web de l'ICANN, à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/approved-providers.htm>

28. Cf. l'article 4 des règles d'application U.D.R.P. En cas de non-conformité, le plaignant dispose d'un délai de 5 jours pour corriger les lacunes de la plainte. À défaut, la plainte est réputée abandonnée. Les mentions devant obligatoirement figurer dans la plainte sont énumérées à l'article 3 des règles d'application U.D.R.P.

29. Article 5 des règles d'application U.D.R.P.

À l'expiration de ce délai, l'organisme saisi du litige dispose de 5 jours pour désigner, parmi les experts inscrits sur sa liste, un panel qui sera composé d'une ou trois personnes, selon le choix des parties³⁰.

Le panel doit communiquer sa décision à l'organisme qui l'a désigné dans un délai de 14 jours suivant sa nomination.

La décision est ensuite notifiée au titulaire du nom de domaine et au plaignant.

L'article 4, k, des principes directeurs U.D.R.P. envisage l'exécution de la décision de transfert d'un nom de domaine. Selon cette disposition, la décision U.D.R.P. est mise en œuvre par l'agent d'enregistrement, à moins que le titulaire du nom de domaine apporte la preuve, dans un délai de dix jours ouvrables suivant la notification de la décision U.D.R.P., de l'introduction d'un recours judiciaire devant un tribunal dont le plaignant a accepté la compétence. Dans son formulaire de plainte, le plaignant doit ainsi accepter la compétence d'au moins l'une de ces juridictions : tribunal du lieu d'établissement de l'agent d'enregistrement concerné ou tribunal du domicile du titulaire du nom de domaine³¹. Lors de l'enregistrement d'un nom de domaine, il est donc intéressant pour le futur titulaire du nom de domaine de choisir un agent d'enregistrement établi dans son propre pays, car cela lui assure qu'en cas de décision U.D.R.P. défavorable, il pourra en suspendre l'exécution par un recours judiciaire devant un tribunal de son pays.

La durée totale de la procédure est donc d'environ 45 jours, ce qui constitue un objectif impossible à atteindre dans le cadre d'un recours judiciaire au fond (ou comme en référé).

La langue de la procédure U.D.R.P. est déterminée par la langue du contrat d'enregistrement³². Ici encore, lors de l'enregistrement du nom de domaine, il est intéressant de choisir un agent qui propose des contrats dans la langue voulue par le titulaire du nom de domaine, afin de pouvoir se défendre le cas échéant dans cette langue. Le choix d'un agent d'enregistrement doit donc être soigneusement réfléchi sur ce plan aussi.

Le coût d'une procédure U.D.R.P. est également très attractif, puisque le plaignant doit déboursier (hors frais de conseil – frais en principe limités vu qu'il n'y a pas de comparution et pas d'échanges de conclusions détaillées) une somme de 1.500 USD (supplément si plus de 5 noms de domaine concernés

30. Art. 6 des règles d'application U.D.R.P.

31. Art. 3, b, xiii, des règles U.D.R.P.

32. Art. 10 des règles U.D.R.P.

ou si panel de trois membres). Les frais sont définitivement à charge du plaignant, même s'il obtient gain de cause.

17. En ce qui concerne l'évaluation de la conformité de ces procédures aux exigences du procès équitable, plusieurs remarques doivent être formulées.

On soulignera tout d'abord que les pouvoirs d'un organe extrajudiciaire découlent directement de la volonté des parties. Dès lors, aucun recours devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est possible si la décision de cet organe viole les exigences du procès équitable, car la décision émane d'un organe indépendant de la puissance publique signataire de la CEDH. Le cas échéant, les tribunaux interviennent au stade de l'exécution forcée d'une telle décision et, dans ce cas, ils sont censés vérifier et, le cas échéant, sanctionner, les éventuelles entorses aux exigences du procès équitable. À défaut de vérification adéquate, un recours est possible contre l'État du fait de la défaillance de ce contrôle *a posteriori*³³. Dans le cas de la procédure U.D.R.P., cette question est toutefois assez théorique, dans la mesure où la maîtrise technique des gestionnaires de domaines leur permet d'assurer une exécution immédiate de toutes les décisions U.D.R.P., sans devoir recourir à la contrainte imposée par un tribunal de l'ordre judiciaire. La conséquence pratique majeure d'une évaluation négative ne pourrait résider que dans le peu de poids que devrait accorder un tribunal à une décision U.D.R.P. lorsqu'il est postérieurement saisi du litige relatif à l'attribution d'un nom de domaine. Si le tribunal estime la procédure U.D.R.P. non conforme aux standards du procès équitable, il est évident qu'il ne peut en aucun cas être lié en quelque manière que ce soit par la teneur d'une telle décision³⁴.

Sur le plan de la conformité aux exigences du procès équitable du mécanisme, plusieurs points posent problème.

Le mode de saisine accorde une totale liberté au plaignant, qui peut choisir librement l'organe qu'il saisit parmi les organes accrédités par l'ICANN. L'effet pervers apparaît lorsque l'on sait que les organes de résolution publient leurs décisions. Une analyse de celles-ci permet de dégager des tendances en termes de taux moyen de succès des recours. Plusieurs analyses indépendantes ont ainsi montré des différences importantes de jurisprudence entre certains organes de résolution des litiges³⁵. Il en a résulté une désertion

33. Voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, Cahiers du CRID, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 157-158, n° 250.

34. *Ibidem*, p. 166, n° 262.

35. M. MUELLER, *Rough Justice. An analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy*, disponible sur le site de l'université de Syracuse, à l'adresse <http://dcc.syr.edu/roughjustice.pdf>, p. 16.

des organes de résolution de litiges qui ne présentaient pas des statistiques assez favorables aux plaignants³⁶.

Ensuite, par rapport aux droits de la défense, on soulignera que les articles 4, a, et 2, a, des règles U.D.R.P. prévoient, à charge de l'organe de règlement des litiges saisi, une obligation de notification de la plainte au défendeur. L'article 2, a, précise que cette obligation n'est qu'une obligation de moyens. En effet, il dispose que « pour transmettre une plainte au défendeur, il incombe à l'institution de règlement d'employer les moyens dont elle peut raisonnablement disposer pour que le défendeur reçoive effectivement notification ». Le souci d'assurer la rapidité de la procédure a ici été privilégié. L'idée est aussi de se prémunir contre la tentation pour les titulaires de noms de domaine de renseigner de fausses adresses en vue d'échapper à toute possibilité de notification.

En outre, le délai de réponse est extrêmement bref, ce qui laisse peu de chances aux distraits.

L'absence de voies de recours internes au mécanisme est d'autant plus préjudiciable dans ce contexte, car une éventuelle décision par défaut ne peut être corrigée par l'exercice d'un recours.

Ces entorses apparentes aux exigences du procès équitable se justifient par l'objet limité de la procédure qui vise seulement à régler les cas d'abus manifestes dans l'enregistrement des noms de domaine³⁷. La question du champ d'application du mécanisme est donc essentielle. Cela nous renvoie à l'examen des conditions de fond.

2. Les conditions de fond

18. La rapidité voulue pour ce mécanisme exigeait une certaine automatisation du processus de décision. La marge d'appréciation des panels est donc balisée par les règles de la procédure U.D.R.P. qui définissent trois conditions cumulatives³⁸ : 1) Le nom de domaine litigieux est identique ou semblable au point de prêter à confusion à une marque de produits ou services sur laquelle le plaignant a des droits. 2) Le titulaire du nom de domaine n'a aucun droit ni intérêt légitime quant à l'utilisation de ce nom de domaine. 3) Le nom de domaine a été enregistré et utilisé de mauvaise foi.

36. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, Cahiers du CRID, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 159-160.

37. Pour une analyse plus détaillée de ces questions, voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, *op. cit.*, pp. 158-165.

38. Cf. art. 4, a, des principes directeurs U.D.R.P.

1. Le nom de domaine doit être identique à une marque de produits ou services sur laquelle le plaignant a des droits. Le champ d'application de la procédure a été étendu par la jurisprudence à d'autres signes comme les noms commerciaux ou les noms patronymiques³⁹. Cette interprétation extensive du champ d'application de la procédure U.D.R.P. est discutable, notamment au regard du rapport de l'O.M.P.I. qui constituait la base de la procédure et qui prône explicitement une limitation du champ de la procédure aux litiges relatifs à des marques déposées⁴⁰.
2. Le titulaire du nom de domaine ne doit avoir aucun droit ni intérêt légitime quant à l'utilisation du nom de domaine. Les principes directeurs U.D.R.P. énoncent trois cas dans lesquels le rejet de la demande s'impose (article 4, c). D'abord, lorsque, avant d'avoir connaissance du litige, le titulaire du nom de domaine utilisait celui-ci en relation avec une offre de bonne foi de biens ou services. Ensuite, lorsque le titulaire du nom de domaine est connu sous ce nom. Enfin, lorsque le titulaire du nom de domaine en fait un usage non commercial légitime ou un usage loyal, sans intention de détourner les consommateurs à des fins lucratives ni de ternir la marque en cause. Pour le surplus, le panel apprécie librement en fonction des éléments rapportés par les parties. Ici encore, une interprétation stricte du champ d'application devrait conduire à reconnaître plus facilement un intérêt légitime.
3. Le nom de domaine doit avoir été enregistré et utilisé de mauvaise foi. Cette condition est en fait double. La mauvaise foi doit être présente tant au moment de l'enregistrement qu'au moment de l'utilisation ultérieure⁴¹.

Compte tenu des limites assignées aux présentes, nous n'irons pas au-delà de ces considérations générales sur ce point. Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence, nous renvoyons le lecteur à d'autres études qui y sont plus spécifiquement consacrées⁴².

39. Voy. à ce sujet B. DOCQUIR, « Examen de jurisprudence (1995-2005) : le contentieux des noms de domaine », *J.T.*, 2007, pp. 61 et s.

40. Le paragraphe 167 du rapport de l'O.M.P.I. (*op. cit.*) précise ainsi que « les enregistrements effectués en violation de noms commerciaux, d'indications géographiques ou de droits de la personnalité ne seraient pas considérés comme relevant de la définition de l'enregistrement abusif aux fins de la procédure administrative ».

41. En ce sens, lire A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, *op. cit.*, pp. 130-131.

42. Voy. spéc. T. HEREMANS et C. MORLIÈRE, « Enregistrement abusif de noms de domaine : litiges judiciaires et extrajudiciaires », in A. CRUQUENAIRE (dir.), *La protection des marques sur internet*, Cahiers du CRID, n° 28, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3 et s., spéc. pp. 3-17 ; B. DOCQUIR, « Examen de jurisprudence (1995-2005) : le contentieux des noms de domaine », *J.T.*, 2007, pp. 61 et s. ; A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure U.D.R.P.*, *op. cit.*

B. La procédure CEPANI concernant les noms de domaine.be

19. À l'origine, le domaine.be était soumis à des règles d'enregistrement très strictes⁴³. Lors de la libéralisation des règles⁴⁴, DNS.BE a jugé nécessaire de prendre des mesures destinées à protéger les droits des tiers susceptibles d'être lésés par un enregistrement abusif de nom de domaine⁴⁵. Ainsi, DNS.BE décida de mettre en place, avec le concours du CEPANI, une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges calquée sur la procédure U.D.R.P.

Malgré l'inspiration forte de la procédure U.D.R.P., le gestionnaire du domaine belge a préféré conserver son autonomie par rapport à la politique de l'ICANN, ce qui l'a conduit à mettre en place une procédure spécifique à son domaine. Les quelques différences que nous relèverons ci-après montrent que ce choix était judicieux, car la procédure CEPANI se distingue du modèle U.D.R.P. sur plusieurs points considérés comme problématiques dans le cadre de la procédure U.D.R.P.

20. La notion d'enregistrement abusif au sens de la procédure CEPANI est déterminée par des conditions fort proches de celles retenues dans le cadre de la procédure U.D.R.P.

Ainsi, il y a enregistrement abusif au sens de la procédure CEPANI lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

« 1. le nom de domaine du détenteur est identique ou ressemble au point de prêter à confusion à une marque, un nom commercial, une dénomination sociale ou un nom de société, une indication géographique, une appellation d'origine, une indication de provenance, un nom de personne ou une dénomination d'une entité géographique sur lequel le plaignant a des droits ; et

2. le détenteur n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache ; et

3. le nom de domaine du détenteur a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi »⁴⁶.

43. Le demandeur de nom de domaine devait démontrer qu'il était établi en Belgique et que le nom de domaine correspondait à une marque lui appartenant ou à sa dénomination sociale.

44. Le seul principe applicable depuis lors est celui du « premier arrivé, premier servi », sans plus aucun contrôle *a priori* de la légitimité des demandes d'enregistrement de noms de domaine.be.

45. T. HEREMANS, *Domainnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingssteken*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 98-99.

46. Voy. l'article 10 des conditions générales de DNS.BE (version du 14 mai 2011), disponibles sur le site web de DNS.BE, à l'adresse http://www.dns.be/library/documents/312_enduser_terms_and_conditions_fr_v50.pdf. Voy aussi B. LIEBEN et F. PETILLON, « Overzicht van de.be beslissingen in de ADR-procedure van Cepina (2001-2006) », *Computerr.*, 2007, pp. 74 et s.

Deux différences intéressantes à relever par rapport à la procédure U.D.R.P. toutefois.

D'une part, l'identité du nom de domaine est appréciée par rapport à d'autres signes que les seules marques, les conditions générales de DNS.BE visant expressément « une marque, un nom commercial, une dénomination sociale ou un nom de société, une indication géographique, une appellation d'origine, une indication de provenance, un nom de personne ou une dénomination d'une entité géographique sur lequel le plaignant a des droits ». Dans le cadre de la procédure U.D.R.P., la jurisprudence des panels a interprété la notion de marque d'une manière extensive, de sorte que le résultat pratique est similaire. Le procédé est cependant plus contestable. Dans le cadre du CEPANI, le champ d'application de la procédure extrajudiciaire est, contractuellement et d'une manière expresse, défini d'une manière extensive.

D'autre part, les hésitations de la jurisprudence U.D.R.P. quant à l'appréciation de la condition de mauvaise foi (enregistrement et utilisation ; quid en cas d'absence d'utilisation ou d'utilisation de bonne foi, voire en cas d'enregistrement de bonne foi, mais d'utilisation ultérieure de mauvaise foi ?) ont été mises à profit. Les conditions générales de DNS.BE visent ainsi l'enregistrement ou l'utilisation de mauvaise foi, de sorte qu'il est clairement établi que l'exigence de mauvaise foi ne doit pas nécessairement être rencontrée dans les deux phases.

21. Sur le plan procédural, quelques améliorations importantes ont été apportées par rapport au modèle de la procédure U.D.R.P.⁴⁷.

La procédure CEPANI comporte une voie interne de recours. Les parties peuvent en effet interjeter appel de la décision d'un panel. Dans ce cas, le litige est renvoyé à un panel de trois tiers-décideurs⁴⁸. Si cet appel est introduit dans les 15 jours de l'information de DNS.BE de la décision rendue en première instance, l'exécution de cette décision sera suspendue jusqu'à la décision d'appel⁴⁹. Les coûts de cette instance d'appel sont plus élevés en raison de l'intervention d'un panel triple (frais de 4.050 EUR). Cette procédure d'appel constitue un progrès majeur par rapport à la procédure U.D.R.P., car

47. D'une manière plus anecdotique, signalons que le délai de réponse du titulaire du nom de domaine est de 21 jours calendrier (et non 20 comme dans la procédure U.D.R.P.). Cela ne change toutefois pas fondamentalement le mécanisme sur ce plan.

48. CEPANI, Règlement pour la résolution des litiges concernant des noms de domaine, 1^{er} janvier 2011, disponible sur le site web du CEPANI, à l'adresse <http://www.cepani.be/upload/files/nomdedomaine-reglement-2011.pdf>, art. 17.

49. Conditions générales de DNS.BE, art. 10, g.

cela offre une plus grande assurance aux parties quant à la qualité de motivation des décisions des panels. Le fait que l'appel soit soumis à un panel de trois membres garantit par ailleurs un véritable débat dans le cadre du délibéré sur le litige soumis.

Afin de rendre la procédure CEPANI plus attractive, DNS.BE a introduit une autre particularité intéressante, sur le plan de la prise en charge des frais de la procédure. En cas de succès du plaignant, DNS.BE s'engage en effet à lui rembourser les frais de la procédure (qui sont de 1.620 EUR), à charge pour DNS.BE de récupérer les sommes concernées auprès du titulaire du nom de domaine évincé⁵⁰. Ce mécanisme de remboursement des frais de procédure n'est cependant pas applicable à la procédure interne d'appel, les frais de celle-ci demeurant définitivement à charge de l'appelant nonobstant le succès éventuel de son recours.

22. D'un point de vue pratique, la procédure CEPANI est nettement plus intéressante que la procédure judiciaire spécifique basée sur la loi de 2003. La raison principale réside dans la lenteur des procédures judiciaires. Même dans le cadre de procédures « comme en référé », la durée approximative d'une procédure judiciaire est d'environ six mois (à un an) pour l'instance et d'un an (voire deux ou trois dans certains ressorts où l'arriéré judiciaire est plus important) pour l'appel. On ajoutera que le caractère simplifié de la procédure CEPANI permet de limiter les coûts dans une mesure beaucoup plus contrôlable que dans le cadre d'un débat judiciaire. Les craintes quant à la teneur des décisions rendues sont dissipées par l'existence d'une procédure interne d'appel à effet suspensif.

C. **Actualité : les procédures extrajudiciaires dans le cadre des nouvelles extensions**

23. L'ICANN a récemment lancé un programme d'ouverture de nouvelles extensions. Pour autant qu'elle dispose de ressources et compétences suffisantes, toute personne intéressée peut poser sa candidature en vue de devenir gestionnaire d'un domaine qu'elle se propose de créer.

S'agissant de la gestion d'un domaine, les conditions d'accès sont logiquement drastiques, sous peine de perturber le bon fonctionnement de l'internet. Pour pouvoir soumettre une candidature, le droit d'entrée est de 185.000 USD. La première phase (limitée à 500 candidatures) se clôture le 12 avril 2012. Nous n'aborderons pas ici le détail du processus, mais indiquerons

50. Conditions générales de DNS.BE, art. 10, k.

seulement que toute candidature requiert la préparation d'un dossier démontrant les capacités techniques, financières du candidat ainsi que la présentation d'un *business plan* crédible quant à l'exploitation de la nouvelle extension proposée⁵¹.

24. Compte tenu des enjeux, l'ICANN a prévu des mécanismes de résolution des litiges susceptibles de naître entre un candidat à une nouvelle extension et les tiers (voire entre plusieurs candidats pour une même extension).

Les candidatures sont rendues publiques par l'ICANN et un recours (objection) contre une candidature est possible, dans les limites décrites ci-après.

Les recours doivent être introduits dans un délai de sept mois à compter de la publication de la liste des candidatures retenues par l'ICANN (à l'issue du processus d'évaluation).

25. L'ICANN a défini une liste exhaustive de quatre motifs permettant d'introduire une objection⁵² :

1. similarité avec un domaine existant ou avec une autre candidature retenue lors du même processus de candidature (*string confusion objection*) ;
2. atteinte à des droits du plaignant (*legal rights objection*) ;
3. atteinte à des principes ou normes de moralité ou d'ordre public généralement admis en droit international (*limited public interest objection*) ;
4. opposition substantielle d'une partie significative de la communauté à laquelle est implicitement ou explicitement destinée la nouvelle extension (*Community objection*).

26. Ont qualité pour introduire une objection :

- tout gestionnaire actuel d'une extension ou candidat à une nouvelle extension, sur la base du fondement 1 ;
- tout intéressé sur la base des fondements 2 ou 3 ;
- toute institution établie (dont l'existence et le lien avec la communauté concernée sont établis) qui peut démontrer être associée à une communauté bien définie en rapport avec le fondement 4 ;

51. Pour des explications sur le processus, voy. not. le site web <http://www.openregistry.com>

52. Pour plus de détails sur la portée des objections et le processus de résolution des litiges, nous renvoyons le lecteur vers le site de l'ICANN qui comporte un ensemble de documents fixant les règles du processus de création de nouvelles extensions. Voy. ainsi <http://newglds.icann.org/en/applicants/agg> (spécialement le module 3 en ce qui concerne les litiges).

- à titre subsidiaire, l'objecteur indépendant⁵³ peut introduire une objection au regard des fondements 3 ou 4 (*limited public interest objection* ou *Community objection*). L'objecteur indépendant est une personnalité dont la stature et la compétence sont internationalement reconnues.

27. L'objection doit être introduite auprès de l'organe de résolution de litiges désigné par l'ICANN.

Les litiges de catégorie 1 (*string confusion*) sont confiés à un organe de résolution dénommé « *International Centre for Dispute Resolution* »⁵⁴, ceux de catégorie 2 (*legal rights objection*) au Centre d'arbitrage et de médiation de l'O.M.P.I., ceux de catégorie 3 (*limited public interest objection*) et de catégorie 4 (*Community objection*) au Centre international d'expertise de la Chambre de Commerce internationale.

28. Une fois l'objection introduite, le candidat contesté dispose d'un délai de 30 jours (à compter de la notification de la publication par l'ICANN de l'ensemble des objections reçues) pour répondre. À défaut de réponse dans ce délai, l'objection est réputée fondée⁵⁵. La réponse à l'objection requiert, pour être prise en compte, le paiement de taxes complémentaires⁵⁶.

Un panel, de un ou trois membres selon le cas, sera ensuite désigné pour trancher le litige⁵⁷ :

- un membre pour les objections de type 1 ;
- un ou trois membre(s), expérimentés dans les litiges de propriété intellectuelle, au choix des parties pour les objections de type 2 ;
- trois membres « experts reconnus en tant qu'éminents juristes de réputation internationale, expérimentés dans le domaine concerné », pour les objections de type 3 ;
- un membre pour les objections de type 4.

29. La procédure est inspirée du modèle U.D.R.P., mais un peu plus sophistiquée compte tenu des enjeux. À l'instar de ce qui se fait dans la procédure U.D.R.P., les plaintes sont limitées (5.000 mots maximum)⁵⁸.

53. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 9 (art. 3.2.5).

54. Cette institution gère également les litiges dans le domaine.eu.

55. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 13 (art. 3.3.3).

56. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 14 (art. 3.3.4).

57. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 16 (art. 3.4.4).

58. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, 19 septembre 2011, disponible sur le site web de l'ICANN, à l'adresse <http://www.icann.org/en/topics/new-glds/objection-procedures-clean-19sep11-en.pdf>, p. 12.

30. Dans le cadre de ces objections, différents éléments doivent être établis par le plaignant.

En ce qui concerne les objections de type 1 (*string confusion*), il faut démontrer un risque de confusion (qui dépasse la simple association), en ce sens que l'internaute moyen sera induit en erreur par la ressemblance entre les suffixes des extensions concernées⁵⁹.

Pour les objections de type 2 (*legal rights objection*), il convient de vérifier si l'usage potentiel de l'extension demandée pourrait tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou du signe distinctif du plaignant (ou de son nom voire de son acronyme s'il s'agit d'une organisation internationale).

En ce qui concerne les objections de type 3 (*limited public interest objection*), une série de références internationales sont énumérées (Déclaration universelle des droits de l'Homme, CEDH, convention contre la torture, convention sur les droits de l'enfant, etc.). Sur la base de ces différentes normes internationales, l'ICANN identifie notamment des motifs de rejet tels que l'incitation à la haine ou à la discrimination, ainsi que la pédopornographie⁶⁰.

Pour les objections de type 4 (*Community objection*), quatre conditions doivent être établies par le plaignant⁶¹ :

- la communauté invoquée comme exprimant une opposition à la candidature litigieuse est une communauté bien délimitée et dont l'existence est généralement reconnue ;
- il doit exister une opposition substantielle à ce projet au sein de la communauté pré-identifiée ;
- il doit exister un lien fort entre l'extension proposée à la création et la communauté concernée ;
- la candidature à la création d'une nouvelle extension est de nature à porter préjudice aux droits ou intérêts légitimes d'une partie significative de la communauté concernée.

31. Les conclusions du panel, qui doivent en principe être remises dans un délai de 45 jours suivant la constitution du panel⁶², seront considérées comme un avis d'expert(s) qui sera automatiquement suivi par l'ICANN dans sa décision finale sur la candidature contestée⁶³.

59. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 18 (art. 3.5).

60. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 21 (art. 3.5.3).

61. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, pp. 22 à 25 (art. 3.5.4.).

62. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Attachment Module 3, p. 10 (art. 21).

63. ICANN, *gTLD Applicant Guidebook*, Module 3, p. 17 (art. 3.4.6).

CHAPITRE 2

La médiation pour le secteur des technologies de l'information et de la communication

32. Plus encore que dans d'autres secteurs, le secteur des TIC s'accommode mal de la longueur des procédures, particulièrement pour ce qui concerne le respect de propriété intellectuelle, tant l'innovation connaît une durée de vie de plus en plus courte.

Il n'est pas rare qu'un projet d'informatisation planifié soit déjà obsolète au moment du prononcé du jugement ou de l'arrêt qui clôture la procédure judiciaire.

33. En outre, les tribunaux ne sont pas en mesure de remédier à l'éventuel déséquilibre qui existe entre les parties au contrat en amendant les termes du contrat.

34. Le secteur des technologies de l'information et de la communication, est sans nul doute un secteur technique et complexe, en tout cas encore pour beaucoup de juristes, et les parties peuvent craindre l'incompréhension du magistrat sur certains aspects essentiels du différend, et donc une mauvaise décision.

Le CEPANI propose une liste de juristes compétents dans le secteur des technologies de l'information et de la communication et d'experts techniques, qui ne se limiteront pas à donner un avis, comme un expert judiciaire, mais agiront comme co-médiateur.

En outre, même si c'est dans une certaine mesure un détail, la procédure peut se faire par voie électronique, ce qui peut être particulièrement apprécié par le secteur des TIC, alors que la procédure judiciaire belge continue à rester sous forme papier.

La seule voie amiable en matière judiciaire qu'est la conciliation convient mal aux litiges aussi complexes que ceux mettant en cause les technologies de l'information et de la communication, les ingrédients du succès étaient donc présents avec cette proposition de médiation spécialisée.

Et pourtant, en deux ans, aucune médiation n'a été organisée dans ce cadre.

Le CEPANI envisage d'ailleurs de fusionner les règlements de la médiation généraliste et de la médiation du secteur des TIC en s'inspirant du règlement plus récent sur les TIC. Nous indiquerons donc dans notre contribution les nouveautés qui pourraient en résulter dans les médiations qui nous occupent.

L'insuccès de cette procédure est sans doute dû à la méconnaissance de cet outil par les praticiens.

Notre contribution vise donc à promouvoir cette médiation spécifique, et ce tout particulièrement si l'on a égard aux recommandations de l'O.B.F.G. du 9 mai 2005 en matière de médiation, qui suggère aux avocats « d'examiner avec leur client, préalablement à toute introduction d'une action en justice au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leur différend par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus »⁶⁴.

SECTION 1

L'encadrement législatif et réglementaire de la médiation

35. C'est la loi du 21 février 2005 qui a introduit dans notre Code judiciaire ce nouveau mode alternatif de résolution des litiges qu'est la médiation, en créant une septième partie dans le Code judiciaire⁶⁵.

36. Cette loi s'est avérée être moderne, puisque l'adoption de la directive 2008/52/CE⁶⁶ du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matières civile et commerciale, n'a entraîné aucune adaptation de cette législation.

37. Comme le soulignent J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans « Il est [...] fréquent que le même médiateur soit soumis à une triple déontologie »⁶⁷.

En effet, s'il s'agit d'un médiateur agréé, celui-ci devra respecter la décision du 18 octobre 2007 relative au code de bonne conduite du médiateur agréé⁶⁸.

S'il s'agit d'un avocat, il devra respecter également le règlement du 20 janvier 2003 de l'O.B.F.G. relatif à la déontologie de l'avocat en matière de médiation⁶⁹ et s'il est dans le cas qui nous occupe, médiateur du

64. <http://www.avocat.be>, menu « Communication – Règlements ».

65. Loi du 21 février 2005, modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

66. *J.O.U.E.*, L 136, 24 mai 2008, pp. 3-8.

67. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 137.

68. <http://www.mediation-justice.be>.

69. <http://www.avocat.be>, *op. cit.*

CEPANI, il devra respecter le règlement de médiation pour le secteur des technologies de l'information et de la communication du 1^{er} janvier 2010⁷⁰.

38. En tout état de cause, les médiés se référeront utilement à la septième partie du Code judiciaire et au règlement du CEPANI relatif à la médiation pour le secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC).

Pour la présente contribution, nous n'examinerons que cette loi et ce règlement, compte tenu des limites qui ont été assignées à notre contribution par les organisateurs de ce colloque.

Nous soulignerons toutefois, ci-après, les modifications qui pourraient résulter de la fusion des deux règlements du CEPANI.

Pour de plus amples développements, en tous cas sur les aspects déontologiques et d'agrégation, il est renvoyé à d'autres contributions doctrinales⁷¹.

SECTION 2

Compétence *rationae personae* de la médiation

39. L'article 1724, alinéa 2, du Code judiciaire comprend une exclusion fâcheuse de la médiation, puisque « les personnes morales de droit public peuvent être parties à la médiation dans les cas prévus par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ».

En effet, aucun arrêté royal ne fixe à ce jour les cas autorisant les personnes morales de droit public à une médiation.

Il est donc exclu, à ce jour, de tenter une médiation avec un opérateur TIC aussi majeur que Belgacom ou dans le cadre de marchés publics, alors que, souvent, les plus gros marchés en matière de technologies de l'information et de la communication sont passés dans ce cadre et auraient eu avantage à essayer de trouver leur solution par ce biais⁷².

70. <http://www.cepani.be>, menu « Règlement médiation TIC ».

71. M. GONDA, J. PROESMANS, F. VAN DE PUTTE, P. VAN LEYNSEELE et L. VROMANS, *La médiation civile et commerciale*, Bruges, La Chartre, 2000 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droits et pratiques de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; P.P. RENSON, *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008 ; V. D'HUART, « Déontologie et discipline du médiateur », *Ius & Actores*, 2008/3, pp. 5 et s. P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010.

72. On pense, par exemple, au marché public Unisys pour le S.P.F. Justice dans le cadre de Phenix.

Cependant, en application de la directive 2008/52/C.E. du 21 mai 2008 « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », la loi belge devra inclure, dans le champ d'application de la médiation organisée, les personnes morales de droit public, en tout cas, en ce qui concerne leurs litiges transfrontaliers relatifs aux matières civiles et commerciales et sur lesquels il leur est permis de transiger. Du reste, l'article 1676 du Code judiciaire autorise déjà les personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage en ce qui concerne les litiges relatifs à l'élaboration et à l'exécution d'une convention à propos desquels elle peuvent transiger⁷³.

SECTION 3

Clauses de médiation

40. Le CEPANI propose sur son site une clause-type de médiation à insérer dans les conventions⁷⁴.

41. Dans l'hypothèse où une partie désigne un juge ou un arbitre d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation, celui-ci suspend l'examen de la cause à la demande *in limine litis* d'une des parties. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties, ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin⁷⁵.

Il s'agit d'une fin de non-procéder qui n'anéantit pas la procédure, mais la suspend simplement⁷⁶.

Si la partie récalcitrante refusait de participer à la médiation ou de collaborer loyalement, elle manquerait à une obligation de résultat, comme l'a souligné Véronique d'Huart⁷⁷.

Dans les faits, toutefois, il ne s'agirait que d'un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi de la clause, qui ne pourrait être réparée que

73. Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, « La directive du 21 mai 2008 "sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale" et sa transposition en droit belge », *R.E.D.C.*, 2-3/2009, pp. 521 et s., spéc. pp. 532-535. Les auteurs précisent qu'« À défaut de modification (de l'art. 1724, al. 2, C. jud.), l'on pourrait soutenir que l'article 1^{er} de la directive, tel qu'il est éclairé par la jurisprudence citée de la Cour de justice, dispose d'un effet direct qui imposerait, une fois le délai de transposition échu, à tout juge – ainsi qu'à toute autorité administrative – d'écarter l'article 1724, al. 2 – et la clause "suspensive" qu'il contient – pour appliquer directement l'autorisation faite par la directive aux personnes morales de droit public de recourir à la médiation pour résoudre certains de leurs litiges ».

74. <http://www.cepani.be>, Menu Médiation TIC, Modèles.

75. Art. 1725, § 2, C. jud.

76. Cité par J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, p. 99.

77. Cité par J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, p. 100.

sous la forme de dommages et intérêts, qui seront forcément limités, puisque réparant la perte d'une chance de voir la médiation aboutir ⁷⁸.

42. La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesure provisoire et conservatoire et n'entraîne pas renonciation à la médiation ⁷⁹, même s'il est évident que le recours à ce type de procédure peut mettre la médiation en péril, dès lors que le litige est judiciairisé.

SECTION 4

Initiation de la médiation

A. La requête en médiation

43. Une médiation peut être introduite par une requête unilatérale ou conjointe.

44. Cette requête, on l'a vu, peut être sur support papier ou électronique, mais doit, en toute hypothèse, être signée.

Le règlement ne prévoit aucune exigence quant à cette signature électronique, mais dans la mesure où il s'agit d'une matière régie par le Code judiciaire, et que l'on sera peut-être amenés à demander l'exécution forcée de l'entente qui sera conclue (voy. *infra*), on ne pourra qu'engager les médiés à utiliser une signature électronique avancée et validée sur la base d'un certificat qualifié et conçu au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, conformément à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

45. S'il s'agit d'une requête unilatérale, dès réception de la requête, le secrétariat du CEPANI adresse immédiatement un exemplaire de la requête à la partie adverse ⁸⁰.

La partie adverse indique au secrétariat du CEPANI, dans les sept jours de l'envoi de la requête, si elle accepte la médiation.

À défaut de réponse affirmative dans ce délai, la demande de médiation est considérée comme rejetée ⁸¹.

78. Cité par J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, p. 100.

79. Art. 1725, § 3, C. jud.

80. Art. 1.1 du règlement.

81. Art. 2, al. 2, du règlement.

Il en est de même quant au désaccord sur les conditions fixées par la partie requérante, sauf si le requérant adhère par écrit aux conditions fixées par la partie adverse.

46. Dans l'hypothèse où le nouveau règlement devrait être adopté suivant la version qui nous est connue, ce délai de sept jours serait porté à deux semaines et la computation des délais ne serait plus réglée par le règlement.

B. Effets de la requête

47. L'article 1.4, alinéa 1, du règlement CEPANI rappelle que si l'on respecte les formalités reprises à l'article 1730 du Code judiciaire, la requête unilatérale peut avoir pour effet de suspendre le cours de la prescription de l'action attachée aux droits pendant un mois et d'assimiler la proposition de médiation à une mise en demeure visée à l'article 1153 du Code civil.

Les conditions fixées à l'article 1730, § 2, du Code judiciaire sont que la proposition soit adressée par envoi recommandé et qu'elle contienne la réclamation d'un droit.

Heureusement, depuis l'adoption de la loi programme du 2 août 2002, ayant modifié l'article 144, § 2, de la loi du 21 mars 1991, il est possible d'utiliser en Belgique le service du courrier recommandé électronique. Une incertitude subsiste toutefois à l'égard de ces prestataires de ce service de confiance. En effet, après que la loi du 15 mai 2007, fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, ne soit jamais entrée en vigueur (à défaut d'arrêt d'exécution), la loi du 13 décembre 2010 – qui introduit les dispositions légales pour le recommandé électronique dans la loi du 9 juillet 2001 sur les signatures électroniques – vient d'être abrogée par une loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunication (du fait de l'absence de respect par la Belgique de la procédure prévue par la directive européenne sur la transparence réglementaire).

48. L'article 1.4, alinéa 2, étend conventionnellement cette suspension de la prescription à la requête commune.

On note toutefois que, à défaut de disposition sur la notification conventionnelle, cette requête commune ne marque pas le point de départ des intérêts, comme le fait la requête unilatérale.

Le médiateur et le protocole de médiation

A. Nomination du médiateur

49. Les parties peuvent proposer, de commun accord, un médiateur à l'agrément du Comité de désignation.

50. À défaut, le Comité de désignation ou le président du CEPANI nomment un médiateur dans un délai de sept jours après la réception de la réponse affirmative visée à l'article 2 ou le dépôt de la requête conjointe.

La désignation de ce médiateur pourrait se faire dans un délai de deux semaines si le nouveau règlement de médiation devait intervenir.

51. La liste des médiateurs TIC du CEPANI contient tant des médiateurs agréés que les médiateurs non agréés (voyez sur les conséquences de cette agrégation *infra*, n^{os} 76 et 77).

52. Plusieurs médiateurs peuvent être désignés pour former un collège. On pense à la désignation d'un juriste et d'un technicien pointu ⁸².

53. Le médiateur doit bien sûr être indépendant et signe, avant sa désignation, une déclaration d'indépendance disponible sur le site du CEPANI ⁸³.

54. Le remplacement du médiateur est prévu en cas de doute quant à son indépendance ⁸⁴, ainsi qu'en cas de décès, d'empêchement, de démission ou à la demande de toutes les parties ⁸⁵.

Si le Comité de désignation ou le président constate que le médiateur est empêché d'accomplir sa mission pour une raison de droit ou de fait ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément aux dispositions du règlement dans les délais impartis, il est évidemment également remplacé.

B. Le protocole de médiation et ses effets

55. Un protocole de médiation va alors être conclu, conformément à l'article 1731 du Code judiciaire et du règlement.

82. Art. 4.

83. Art. 5.

84. Art. 5.2.

85. Art. 8.

56. Contrairement à la médiation générale organisée par le CEPANI, la médiation TIC ne prévoit pas de barème d'honoraires et frais du médiateur. Des frais administratifs fixés forfaitairement à 10 % de l'état librement déterminé par le médiateur, majorés de la T.V.A., sont dus au CEPANI.

57. Une provision est fixée par le CEPANI pour les frais de médiation, qui conditionne le début de la médiation.

58. Le protocole de médiation prévoit, lui, la clé de répartition entre les parties des frais de la médiation et le montant de la provision visant à couvrir ces frais. En vertu de l'article 1731 du Code judiciaire, les frais et honoraires de la médiation sont à charge des parties par parts égales, sauf s'ils en décident autrement.

59. Le protocole de médiation prévoit également la ou les langue(s) de la médiation, ainsi que les méthodes de communication décidées par les parties ⁸⁶.

60. Un exemplaire du protocole de médiation sera adressé au secrétariat du CEPANI.

61. En vertu de l'article 1731, § 3, du Code judiciaire, la signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation.

SECTION 6

Procédure de médiation

62. Le médiateur, et c'est essentiel, n'est pas investi du pouvoir d'imposer une solution aux parties ⁸⁷.

63. Dans la nouvelle version potentielle du règlement, le médiateur pourrait se voir reconnaître, à la demande des parties, le pouvoir « pour autant qu'il le juge lui-même opportun en se laissant guider exclusivement par l'efficacité du processus, d'émettre des avis et formuler des opinions à propos de la position des parties, tant en droit qu'en fait. Ni les parties, ni le médiateur ne sont toutefois liés par ces avis, qui ne peuvent être compris que comme étant destinés à fournir aux parties un éclairage donné par un tiers neutre et indépendant, dans le but de les aider dans leur recherche d'une solution au différend qui les sépare ».

86. Art. 6 et 9.

87. Art. 7.3.

64. Naturellement, un médiateur doit veiller au bon déroulement de la procédure et créer un climat propice à la résolution par les parties elles-mêmes de leur litige⁸⁸ et il veille également à ce que les parties soient toujours traitées de manière équitable⁸⁹.

65. Si le formulaire de requête unilatérale ou commun prévoit un inventaire des pièces, il semble que cela n'implique pas que le médiateur soit mis concrètement en possession de celles-ci.

Cela résulte en effet de la potentielle nouvelle version du règlement qui dispose que « Si, dans le cadre de la médiation, les participants conviennent qu'il serait utile que le médiateur prenne connaissance des pièces ou de certaines pièces du dossier, ou s'il le juge lui-même utile, celles-ci lui seront communiquées accompagnées de leur inventaire. Cette communication pourrait éventuellement ne pas être faite à l'autre ou aux autres parties ».

Dans la pratique, on imagine mal qu'un médiateur puisse remplir son office s'il n'était pas complètement informé du litige et donc concrètement mis en possession des pièces reprises dans l'inventaire des pièces de la requête.

66. C'est le secrétariat du CEPANI qui fixe le siège et la date de la médiation.

Cette fixation par le secrétariat du CEPANI du lieu de la médiation se fait sans préjudice du droit pour le médiateur, après avoir consulté les parties, de tenir des réunions en tout endroit qu'il estime opportun⁹⁰.

67. Le médiateur peut, en accord avec les parties, entendre des tiers si ceux-ci l'acceptent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, ou faire appel à un spécialiste dans un ou plusieurs domaines particuliers, comme un expert judiciaire peut faire appel à un sapiteur.

68. Les communications dans le cadre du règlement sont faites à la dernière adresse postale ou électronique communiquée, comme c'est le cas en matière judiciaire.

69. Une communication envoyée par voie électronique au secrétariat du CEPANI n'est considérée comme ayant été reçue que si le secrétariat du CEPANI en confirme la bonne réception à l'expéditeur par voie électronique.

88. Art. 7.1.

89. Art. 7.2.

90. Art. 7.5.

que⁹¹, un peu à la manière du règlement sur l'usage des technologies de l'information et de la communication de l'O.B.F.G. et son article 2.9.

70. On note que c'est la théorie de l'envoi, et non de la réception, qui prévaut dans la computation des délais dans le cadre du règlement⁹² et que la computation des délais se fait comme en matière judiciaire⁹³.

71. Ces communications, conformément à l'article 1728 du Code judiciaire, sont confidentielles.

Une nouvelle disposition dans ce nouveau règlement rappelle cela, tout en précisant que le protocole de médiation, la notification de fin de la médiation et l'accord qui serait conclu entre les parties est officiel, sauf accord contraire des parties.

72. Les réunions tenues dans le cadre de la médiation ne sont pas publiques sans l'accord du médiateur et des parties⁹⁴.

73. Les parties comparaissent en personne⁹⁵, ce qui semble logique si l'on veut arriver à un accord.

SECTION 7

Le résultat de la médiation

Une procédure de médiation peut aboutir à un accord ou à un désaccord.

A. Accord ou désaccord

74. S'il y a accord (en matière de médiation, plutôt que d'accord, on parle d'entente), celle-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par les parties et le médiateur. Cet accord contient les engagements pris par chacune des parties, la répartition des frais de médiation TIC.

L'on note toutefois que les dépenses engagées par les parties ne sont pas comprises dans les frais de médiation et sont à charge de la partie qui les a exposées.

91. Art. 9, *in fine*.

92. Art. 10.

93. Art. 10.

94. Art. 12.

95. Art. 12, al. 2.

Il faut dire qu'il n'y a ni vainqueur, ni vaincu au terme d'une médiation ⁹⁶.

L'original de cet accord sera adressé au CEPANI, comme le constat de désaccord dressé par le médiateur.

75. En cas d'échec de la médiation, à la demande des parties et en concertation avec le CEPANI, le médiateur pourrait aider les parties à mettre en place un autre processus de résolution des conflits, si le nouveau règlement est adopté.

Le médiateur pourrait assumer un autre rôle que celui de médiateur, pour autant toutefois qu'il ne se départisse pas de sa neutralité et de son indépendance à l'égard des parties.

Il ne peut toutefois jamais accepter une nomination en tant qu'arbitre ou en tant que tiers chargé de prononcer une tierce décision obligatoire si, au cours de la médiation, il a rencontré les parties en aparté, ce qui est appelé *caucus*.

En principe, si un autre processus de règlement de conflit se met en place, sauf accord contraire entre les parties, celui-ci se fait conformément aux règlements du CEPANI.

On se souvient enfin qu'en cas d'échec de la médiation, en vertu de l'article 1731, § 4, du Code judiciaire, la suspension de la prescription prend fin un mois après la notification par l'une des parties ou par le médiateur aux parties de leur volonté de mettre fin à la médiation, pour autant que cette notification ait lieu par lettre recommandée.

B. Effet de l'entente

76. Si l'entente est survenue à l'instigation d'un médiateur agréé, les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation pour homologation au juge compétent, en vertu de l'article 1733 du Code judiciaire.

Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public. Cette ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement d'accord au sens de l'article 1043 du Code judiciaire et est donc exécutoire. ⁹⁷

77. Si l'accord n'a pas été conclu à l'instigation d'un médiateur agréé, cette entente constitue souvent une transaction, au sens de l'article 2044 du

96. P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, op. cit., p. 88.

97. Voy. notamment, V. D'HUART, « Statut et fonction du médiateur », *Ius & Actores*, 2007/1, pp. 25 et s., spéc. pp. 44-46.

Code civil, ou au moins, une convention liant les parties, en vertu de l'article 1134 du Code civil.

L'exécution forcée ou la résolution sur le pied de l'article 1184 du Code civil devra donc être demandée en termes de procédure judiciaire.

Si la médiation volontaire a été initiée après qu'une citation soit lancée, il serait prudent de prévoir dans les termes de l'entente que celle-ci recevra une force exécutoire aux termes d'un jugement d'accord, afin de disposer d'un titre exécutoire, même si le médiateur n'est pas agréé. Le médiateur non agréé remplira donc adéquatement son obligation de conseil en suggérant un tel jugement d'accord, sur le pied de l'article 1043 du Code judiciaire.

Si aucune procédure judiciaire n'a été initiée, il semble difficile, avant qu'un défaut d'exécution ne soit constaté, d'obtenir un titre exécutoire ⁹⁸.

3

98. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS op. cit., pp. 124 et s.