

## Réglementer la résolution des litiges en ligne en Suisse: défis et enseignements de la pratique

JACQUES DE WERRA, THOMAS SCHULTZ\*

SOMMAIRE: *Introduction – 1. Les enseignements du système de résolution des litiges relatif aux noms de domaine – 1.1. La procédure UDRP – 1.2. L'attribution des noms de domaine .ch – 1.3. Le règlement des litiges concernant les noms de domaine .ch – 1.4. Enseignements potentiels – 2. Les enseignements du système d'eBay – 2.1. Le besoin d'une architecture de confiance – 2.2. Le système d'évaluation – 2.3. Les systèmes de résolution des litiges en ligne – 2.4. Aspects-clefs et enseignements – 3. Pistes de réflexion pour la Suisse – 3.1. La détermination du rôle de l'Etat – 3.2. Les mécanismes d'incitation à participer aux procédures d'ODR et à exécuter les résultats – Conclusion*

**Riassunto: Regolamentare la risoluzione delle liti per via informatica in Svizzera: sfide e insegnamenti della pratica.**

In questo articolo, gli autori analizzano le procedure di risoluzione delle liti relative ai nomi di dominio (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* e procedure per i domini .ch) e a eBay, per trarne degli insegnamenti in relazione allo sviluppo di meccanismi di risoluzione delle liti in Svizzera. Questi insegnamenti riguardano specificatamente il ruolo che deve svolgere lo Stato per procedure di questo tipo e la necessità di instaurare delle misure di promozione verso la risoluzione delle liti per via informatica (on-line).

### INTRODUCTION

La présente contribution a pour but de présenter certaines réflexions sur l'avenir de la résolution en ligne des litiges en Suisse en tentant de tirer des enseignements de deux exemples concrets, soit celui des noms de domaines et celui d'eBay, dans lesquels des mécanismes de résolution alternative des litiges (*Alternative Dispute Resolution*, ADR<sup>1</sup>) et de résolu-

\* Jacques de Werra est professeur ordinaire de droit de la propriété intellectuelle et de droit des obligations, Faculté de droit, Université de Genève (jacques.dewerra@droit.unige.ch); Thomas Schultz est maître-assistant, Faculté de droit, Université de Genève (thomas.schultz@droit.unige.ch).

<sup>1</sup> Les ADR se conçoivent comme des alternatives à la justice étatique. Ces dernières peuvent être définies selon trois axes, en fonction de la dimension de la justice dont les ADR cherchent à se distinguer. Il s'agit de procédures ou de pratiques qui sont soit extrajudiciaires

tion des litiges en ligne (*Online Dispute Resolution*, ODR<sup>2</sup>) ont été utilisés avec succès.

Cette réflexion paraît se justifier aujourd'hui compte tenu de l'intérêt récemment montré par les autorités suisses pour les méthodes d'ADR et d'ODR, ceci ressortant en particulier de deux chantiers législatifs récents (l'un ayant été achevé et étant entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007 en matière de télécommunications, l'autre étant encore en cours à l'heure actuelle et concernant le droit de la procédure civile).

Pour ce qui concerne le domaine des télécommunications, le Conseil fédéral a ainsi relevé, dans son Message à l'appui de la révision partielle de la loi fédérale sur les télécommunications (LTC), l'intérêt du développement des mécanismes de résolution alternative des litiges à l'ère de l'Internet, en soulignant expressément que "ce développement des ADR tient aux difficultés d'accéder à la justice (durée, complexité et coût des procédures, en particulier lors de litiges transfrontaliers avec des conflits de loi et de juridiction), difficultés qui se sont accentuées dans le monde immatériel, sans frontières et en rapide évolution de l'internet"<sup>3</sup>.

Sur cette base, la promotion des ADR a été mise en œuvre dans la loi à l'art. 12c LTC (qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007). En vertu de cette disposition (al. 1), "L'office [soit l'Office fédéral de la communication, OFCOM] crée un organe de conciliation ou confie cette tâche à un tiers.

(dimension institutionnelle), soit informelles (dimension procédurale), ou encore non juridictionnelles ou non adjudicatives (dimension décisionnelle). Nous retiendrons ici la première acception de cette notion, ce qui permet d'y inclure l'arbitrage. Un excellent survol de la question est fourni par A.-J. ARNAUD, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *Alternatif (Droit) – Alternative (Justice)*, in Arnaud A.-J. (éd.), "Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit", 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 11.

<sup>2</sup> La définition la plus généralement acceptée des ODR est qu'ils constituent des ADR dont l'essentiel de la procédure se déroule via des moyens de communication électronique. Pour une discussion des frontières du concept d'ODR, voir par exemple G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution*, La Haye, Kluwer, 2004, pp. 5-7 et, plus spécifiquement sur la délimitation floue entre ADR impliquant un recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et ODR, du point de vue de l'arbitrage, T. SCHULTZ, *Information Technology and Arbitration*, La Haye, Kluwer, 2006, pp. 7-8.

<sup>3</sup> Message relatif à la modification de la loi sur les télécommunications (LTC) du 12 novembre 2002, Feuille Fédérale (FF) 2003 7275, accessible à: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/7245.pdf>.

Si un différend survient entre un client et un fournisseur de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée, chaque partie peut saisir l'organe de conciliation". L'al. 2 de cet article règle la question des coûts de la procédure en disposant que "[c]elui qui saisit l'organe de conciliation paie un émolument pour le traitement de la requête. Le fournisseur de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée supporte les frais de la procédure, déduction faite de cet émolument". Enfin, l'al. 3 prévoit, concernant les effets de la décision de l'organe de conciliation que "les parties ne sont pas liées par la décision de l'organe de conciliation".

Sur ce fondement réglementaire, selon une information divulguée le 2 juillet 2007, l'OFCOM a décidé de créer lui-même d'ici au 1<sup>er</sup> juillet 2008 un service indépendant de conciliation, dont l'objectif sera de trouver des solutions équitables aux litiges entre les consommateurs et leur opérateur de télécommunication ou fournisseur de services à valeur ajoutée (p. ex. numéro surtaxé 0900)<sup>4</sup>. Ce faisant, l'OFCOM a privilégié une solution interne par rapport à une approche externalisée (qui aurait supposé le recours à un fournisseur de résolution des litiges tiers). Selon le communiqué de presse de l'OFCOM, "le service cherchera à apporter des solutions acceptables pour les deux parties sans qu'il soit nécessaire de juger qui a tort ou raison d'un point de vue purement juridique. En cas d'échec de la conciliation, les parties conservent le droit d'agir en justice"<sup>5</sup>. Comme les modalités de la mise en œuvre du service indépendant de conciliation par l'OFCOM ne sont pas encore connues, on ne sait pas à ce stade si ce service sera basé partiellement ou totalement sur un système de résolution des litiges en ligne.

La nouvelle réglementation du droit des télécommunications comporte par ailleurs une autre référence aux mécanismes de résolution alternative des litiges à l'art. 28 al. 2bis LTC (également entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007) qui prévoit que "[l]e Conseil fédéral peut prescrire un mode alternatif obligatoire de règlement des différends pour les conflits opposant les titulaires de ressources d'adressage à des tiers. Il règle la procé-

<sup>4</sup> Voir le communiqué de presse de l'OFCOM du 2 juillet 2007, <http://www.ofcom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=fr&msg-id=13373>.

<sup>5</sup> Cf. référence citée à la note précédente.

dure de ce mode de règlement, ses effets et ses conséquences sur la procédure civile, notamment en ce qui concerne la suspension de la prescription et le fardeau de la preuve. Les actions civiles des titulaires de ressources d'adressage et des tiers sont réservées". Aucune ordonnance du Conseil fédéral n'ayant été adoptée à ce jour, les modalités de la mise en œuvre de ce mécanisme de résolution des litiges restent encore inconnues. Là encore, on ne sait pas si ce système de règlement des différends aura au moins partiellement lieu en ligne sur un modèle d'ODR.

Des références, nettement moins abouties, ont également été faites à l'ODR et à l'ADR dans le cadre de la rédaction du projet de code de procédure civile suisse (CPC), les travaux de révision étant en cours actuellement, étant précisé que ce projet constitue une (petite) révolution en droit suisse, compte tenu du fait que le droit de procédure a été jusqu'à présent régi par le droit cantonal de sorte que le code de procédure civile suisse instituera à son entrée en vigueur une restriction importante à l'approche traditionnellement fédéraliste de la Suisse. Ainsi, dans le projet du Conseil fédéral du 28 juin 2006<sup>6</sup>, l'art. 399 P-CPC (Projets pilotes) prévoit que "Les cantons peuvent mener des projets pilotes avec l'approbation du Conseil fédéral" (al. 1). Dans le Message du Conseil fédéral concernant l'art. 399 CPC, on peut ainsi lire que "[n]onobstant la nouvelle compétence de la Confédération en droit de la procédure civile, les cantons sont expressément encouragés à participer activement à son développement: par le biais de la jurisprudence d'une part, et par des projets pilotes d'autre part (p. ex. pour d'autres formes de RAL [soit des Règlements alternatifs des litiges] ou dans le cadre de la mise sur pied de procédures en ligne simplifiées, de conciliation ou au fond)"<sup>7</sup>. Dans un autre passage de ce Message, on peut aussi lire que "[l]'avenir est pris en considération de façon à permettre l'adaptation du droit de procédure à l'incessante évolution de la société, notamment dans le domaine des moyens et des formes de communication électronique et par Internet. Les cantons pourront ainsi – avec l'autorisation de la Confédération – entreprendre

<sup>6</sup> Message relatif au code de procédure civile du 28 juin 2006, FF 2006 6841, accessible à: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6841.pdf>.

<sup>7</sup> FF 2006 7013.

des *tests pilote* aux fins d'instituer des formes de procédure plus aisées que les procédures actuelles"<sup>8</sup>.

A la lecture de ces divers documents officiels, on peut ainsi constater l'intérêt des autorités suisses pour l'ADR et l'ODR de sorte qu'il paraît opportun de présenter certaines réflexions sur le développement de systèmes d'ODR en Suisse.

## 1. LES ENSEIGNEMENTS DU SYSTÈME DE RÉOLUTION DES LITIGES RELATIF AUX NOMS DE DOMAINE

### 1.1. La procédure UDRP

Avant de présenter les caractéristiques essentielles du système de résolution des différends applicable aux noms de domaine .ch<sup>9</sup>, il convient de rappeler que ce système s'inscrit dans le sillage de la procédure de l'*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), qui a été adoptée par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) le 26 août 1999<sup>10</sup> et qui a permis de résoudre un nombre assez phénoménal (soit plusieurs dizaines de milliers) de litiges de *cybersquatting*<sup>11</sup>. Ce succès découle en particulier de l'obligation imposée aux autorités d'enregistrement de noms de domaine de type *generic top level domains* (gTLDs) d'obtenir une accréditation auprès de l'ICANN pour exercer leurs activités, cette accréditation requérant précisément que ces autorités s'engagent à ce que leurs propres clients (qui enregistrent des noms de domaine) soient tenus de se soumettre à l'UDRP<sup>12</sup>.

Bien que le succès d'une procédure UDRP dépende de l'existence d'une marque dont la partie demanderesse doit prouver être titulaire

<sup>8</sup> FF 2006 6859.

<sup>9</sup> Voir ci-dessous 1.2.

<sup>10</sup> Voir <http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm> (ci-après: UDRP Policy).

<sup>11</sup> On peut mentionner que le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, qui est un des fournisseurs de service de règlement des litiges approuvés par l'ICANN, a annoncé récemment l'initiation de la 25'000ème procédure de résolution des litiges relatifs aux noms de domaine. Voir le communiqué de presse du 12 mars 2007, [http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2007/article\\_0014.html](http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2007/article_0014.html).

<sup>12</sup> Voir l'art. 3.8 du Registrar Accreditation Agreement accessible à: <http://www.icann.org/registrars/ra-agreement-17may01.htm>.

et, dans cette mesure, dépende du droit étatique, ce système de résolution des litiges en ligne se caractérise néanmoins par son caractère *géographiquement* et *juridiquement* délocalisé. En effet, la procédure UDRP est destinée à s'appliquer indépendamment de la localisation géographique des parties au litige, et en particulier indépendamment du domicile/siège de la partie défenderesse qui est titulaire du nom de domaine. De plus, la décision rendue par les experts dans le cadre de la procédure UDRP doit l'être sur la base de critères matériels qui sont indépendants du droit étatique (qui tiennent en particulier à la bonne ou mauvaise foi respectives des parties au litige), sous réserve de la question de l'existence d'une marque détenue par la partie demanderesse<sup>13</sup>. Le pouvoir de cognition des experts est également limité dans la procédure UDRP, les experts ne pouvant pas se prononcer sur d'autres conclusions que celles en radiation ou en transfert du nom de domaine litigieux. Concernant l'exécution des décisions de transfert ou de radiation du nom de domaine litigieux qui seraient rendues dans le cadre de la procédure UDRP, cette exécution sera automatiquement effectuée par l'autorité d'enregistrement du nom de domaine litigieux, si la partie ayant succombé n'a pas initié de procédure judiciaire devant les autorités judiciaires compétentes dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date de la décision rendue par l'expert dans le cadre de la procédure UDRP<sup>14</sup>.

Dans ces circonstances, on peut constater que la procédure UDRP institue un régime juridique autonome sur le plan du droit matériel qui est pratiquement indépendant du droit étatique, sous réserve de la possibilité laissée aux parties demanderesse lésées par l'enregistrement et l'utilisation d'un nom de domaine d'instituer une procédure judiciaire ordinaire (notamment dans le but de tenter d'obtenir des dommages-intérêts, qui ne peuvent pas être octroyés dans le cadre de la procédure UDRP)<sup>15</sup>. Par contraste, les parties défenderesses, soit les titulaires des noms de domaine litigieux, sont tenues de se soumettre à la procédure UDRP (en raison

<sup>13</sup> Art. 4 a. UDRP Policy ("your domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights").

<sup>14</sup> Art. 4 k. UDRP Policy.

de l'engagement contractuel pris dans le contrat d'enregistrement du nom de domaine), mais restent en mesure de bloquer l'exécution d'une décision défavorable qui serait rendue dans le cadre de la procédure UDRP en saisissant les juridictions étatiques compétentes (soit celles du lieu du siège de la société auprès de laquelle le nom de domaine a été enregistré ou celles de leur domicile, ce afin de respecter le principe du juge naturel). La procédure UDRP institue ainsi un régime *asymétrique* entre les parties, qui s'impose d'une part aux parties défenderesses titulaires de noms de domaine, mais n'est d'autre part pas obligatoire pour les parties demandereses qui peuvent directement faire valoir leur droit – sur un autre fondement juridique (soit la violation du droit national concerné) – devant les juridictions étatiques ordinaires.

En tout état, force est de constater que la procédure UDRP constitue probablement à ce jour le système le plus abouti de résolution globale des litiges en ligne indépendant des voies étatiques, cette indépendance se marquant particulièrement par l'application de critères matériels distincts du droit étatique et par l'exécution automatique des décisions rendues dans le cadre de celle-ci.

Il convient désormais d'examiner la manière par laquelle ce système de résolution des litiges en ligne pour les noms de domaine a été mis en œuvre en Suisse.

### 1.2. L'attribution des noms de domaine .ch

Les art. 14 ss de l'Ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT)<sup>16</sup> réglementent les noms de domaine dépendant du domaine .ch. En vertu de ces dispositions, l'OFCOM désigne le registre, soit l'institution chargée de gérer et d'attribuer les noms de domaine .ch sur la base d'un contrat de droit administratif conclu avec l'OFCOM<sup>17</sup>. Les "Prescriptions techniques et adminis-

<sup>15</sup> Art. 4 i. UDRP Policy.

<sup>16</sup> Recueil Systématique du droit suisse (RS 784.104), accessible à: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/7/784.104.fr.pdf>.

<sup>17</sup> Art. 14a al. 1 ORAT; les tâches du registre sont énumérées de manière non exhaustive à l'art. 14a al. 2 ORAT.

tratives concernant l'attribution et la gestion des noms de domaine de deuxième niveau qui dépendent du domaine .ch (5e édition)<sup>18</sup> constituent une autre source réglementaire importante des noms de domaine .ch<sup>19</sup>.

La Fondation SWITCH - Services de téléinformatique pour l'enseignement et la recherche créée par le Conseil fédéral et huit cantons universitaires<sup>20</sup> a été désignée comme registre pour les noms de domaine .ch. Les relations contractuelles entre SWITCH et le titulaire<sup>21</sup> d'un nom de domaine sont régies par le contrat d'enregistrement d'un nom de domaine<sup>22</sup> et par les conditions générales de SWITCH<sup>23</sup>. Comme cela été confirmé récemment par le Tribunal fédéral, la relation contractuelle existant entre SWITCH et un titulaire, également appelé détenteur<sup>24</sup>, d'un nom de domaine relève du droit privé<sup>25</sup>. SWITCH attribue les noms de domaine

<sup>18</sup> 5<sup>e</sup> édition du 9 mars 2007, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007, RS 784.101.113/2.13 (non publiée au RS).

<sup>19</sup> Les Prescriptions Techniques sont mentionnées à l'annexe 2, ch. 13 de l'Ordonnance de l'Office fédéral de la communication sur les services de télécommunication et les ressources d'adressage du 9 décembre 1997, RS 784.101.113/2.

<sup>20</sup> Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Neuchâtel, St-Gall, Vaud et Zurich.

<sup>21</sup> Voir notamment l'art. 14h al. 1 let. b, c, d et e ORAT.

<sup>22</sup> Contrat d'enregistrement d'un nom de domaine entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007 (version 1.0, ci-après: le Contrat d'Enregistrement), accessible depuis: [https://nic.switch.ch/reg/ocView.action?res=/reg/guest/terms/prices.jsp&plain&request\\_locale=fr](https://nic.switch.ch/reg/ocView.action?res=/reg/guest/terms/prices.jsp&plain&request_locale=fr).

<sup>23</sup> Conditions générales (CG) relatives à l'enregistrement et à la gestion des noms de domaine qui dépendent du domaine .ch ou .li, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007 (version 8.0, ci-après: les Conditions Générales), accessibles depuis: [https://nic.switch.ch/reg/ocView.action?res=/reg/guest/terms/prices.jsp&plain&request\\_locale=fr](https://nic.switch.ch/reg/ocView.action?res=/reg/guest/terms/prices.jsp&plain&request_locale=fr).

<sup>24</sup> Conditions Générales, art. 1.1 sous la définition de "Détenteur": "Personne physique ou morale, ou société en nom collectif ou en commandite, qui a enregistré un nom de domaine en son nom".

<sup>25</sup> Arrêt du Tribunal fédéral, Revue suisse du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic!) 2005, p. 479; cf. le commentaire de cet arrêt de N. BERANEK ZANON, *Privatrechtliche Rechtsnatur des Domain-Namen-Registrierungsvertrages und Einführung neuer Zeichen mittels Big Bang*, in "Jusletter" du 4 avril 2005 (revue électronique accessible – contre paiement – depuis [www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch)); même si l'examen de la qualification juridique de ce contrat dépasse le cadre de cette contribution, on peut noter que le Contrat d'Enregistrement exclut à son art. 10.5 la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (soit la Convention de Vienne), laissant ainsi entendre

sur la base du principe du “premier arrivé, premier servi”<sup>26</sup>. Le moment déterminant pour l’application du principe de la priorité dans le temps est celui de l’“enregistrement [d’une demande] par le système du registre auquel aboutit son site internet et ses autres interfaces d’enregistrement”<sup>27</sup>. SWITCH ne vérifie pas si un demandeur a le droit d’utiliser les dénominations alphanumériques du nom de domaine qu’il requiert<sup>28</sup>, l’art. 14f al. 2 ORAT disposant en outre que “les litiges relatifs aux droits privés que des tiers détiennent sur la dénomination alphanumérique d’un nom de domaine sont régis par le droit civil”. SWITCH exclut d’ailleurs sa responsabilité pour tout dommage lié à l’exécution d’une décision d’experts du service de règlement des différends<sup>29</sup>. La durée de l’attribution d’un nom de domaine est illimitée, sous réserve de renonciation par le titulaire ou de révocation par SWITCH<sup>30</sup>, notamment suite à une décision rendue dans le cadre du système de règlement des différends institué par SWITCH.

### 1.3. Le règlement des litiges concernant les noms de domaine .ch

#### 1.3.1. Le cadre réglementaire

L’art. 14g al. 1 et 2 ORAT a imposé à SWITCH de mettre en place un service de règlement des différends relatifs aux noms de domaine .ch<sup>31</sup> et d’en régler l’organisation et la procédure, en prévoyant en outre que cette dernière doit être équitable, rapide et avantageuse et que les règles régissant la

que le droit de la vente serait applicable au contrat liant le détenteur à SWITCH, ce qui paraît exclu, la relation contractuelle étant une relation proche d’un bail et pas une vente.

<sup>26</sup> Art. 14f al. 1 ORAT; cf. aussi art. 2.2 des Conditions Générales.

<sup>27</sup> Prescriptions Techniques, ch. 4.1.2, p. 12.

<sup>28</sup> Art. 14f al. 2 ORAT; voir le texte (moins catégorique) des Conditions Générales, art. 4.1: “En principe, SWITCH ne se prononce ni au moment de l’enregistrement, ni dans le cadre de l’utilisation des noms de domaine sur la question de savoir qui détient éventuellement un droit préférable en la matière”.

<sup>29</sup> Conditions Générales, art. 6.2 let. d.

<sup>30</sup> Prescriptions Techniques, ch. 4.1.4, p. 13.

<sup>31</sup> Pour une présentation générale du système de règlement des différends, voir J. DE WERRA, “*Domain-Dispute.ch*”, *Le service de règlement des différends pour les noms de domaine “.ch”*, in “Revue suisse du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence (sic!)”, numéro spécial à l’occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire des dépôts de marques en Suisse (décembre 2005), p. 149 ss.

résolution des différends doivent s'inspirer des "meilleures pratiques en la matière", faisant ainsi une référence implicite au système de résolution des litiges UDRP<sup>32</sup>. La structure de l'organisation, les règles régissant la résolution des différends, les règles de procédure et la nomination des "membres"<sup>33</sup> appelés à trancher requièrent l'approbation de l'OFCOM, SWITCH étant de plus invitée à prendre l'avis de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle et de l'Office fédéral de la justice dans ce cadre<sup>34</sup>. Les dispositions adoptées par SWITCH relatives à la procédure de règlement des différends pour les noms de domaine .ch et .li sont entrées en vigueur le premier mars 2004 (ci-après: le Règlement)<sup>35</sup>. SWITCH a confié au Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) la tâche d'organe de règlement des différends, soit celle de l'institution chargée par le registre d'exécuter la procédure de règlement des différends<sup>36</sup>.

Concernant la nature juridique de la procédure de résolution des différends instituée par le Règlement, force est de rappeler que celle-ci ne constitue pas une procédure arbitrale<sup>37</sup>. Les décisions qui sont rendues dans ce cadre ne jouissent pas de la force de chose jugée et la procédure n'est pas obligatoire pour les parties demandresses qui restent ainsi libres d'aller plaider leur cause devant les tribunaux civils, faculté que réserve d'ailleurs expressément l'art. 14g al. 4 ORAT<sup>38</sup>. De plus, contrairement à la confidentialité de principe des procédures et sentences arbitrales, SWITCH a le

<sup>32</sup> Sur l'historique de l'adoption du Règlement, voir N. BERANEK ZANON, cité note 25, § 13 ss.

<sup>33</sup> Soit plutôt des experts appelés à trancher les différends relatifs aux noms de domaine.

<sup>34</sup> Art. 14g al. 3 ORAT.

<sup>35</sup> Version 1.0, accessible à: [www.switch.ch/fr/id/disputes/rules\\_v1.html](http://www.switch.ch/fr/id/disputes/rules_v1.html); on notera que le délai initial fixé à l'art. 56a ORAT imposait que le service de règlement des différends soit mis en place une année après l'entrée en vigueur, soit jusqu'au premier avril 2003, ce délai pouvant toutefois être prolongé, ce qui a été fait.

<sup>36</sup> Règlement, art. 1 (sous la définition de l'"[o]rgane de règlement des différends").

<sup>37</sup> On peut noter que ces procédures ne reposent pas sur un accord des parties de conduire une telle procédure, soit un accord entre la personne qui se prétend lésée et le titulaire du nom de domaine concerné, l'obligation de participer à la procédure de résolution des litiges étant imposée à tout nouveau détenteur d'un nom de domaine par le biais des conditions générales de SWITCH; sur cette question, voir PH. GILLIÉRON, *La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine*, Lausanne CEDIDAC 2002, p. 26 ss.

<sup>38</sup> "Une action devant un juge civil est réservée".

droit de publier ou de faire publier les décisions “prises par le service de règlement des différends”<sup>39</sup> en vertu de l’art. 14g al. 5 ORAT, ce qui est fait sur le site Internet du Centre d’arbitrage et de médiation de l’OMPI<sup>40</sup>.

A cet égard, on peut noter que l’art. 14b al. 5 ORAT dispose que “[s]ous réserve de dispositions contraires de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé et de la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, il [soit SWITCH] soumet au droit et à la juridiction suisses tout litige relatif à la gestion et à l’attribution des noms de domaine qui lui ont été délégués”. On pourrait ainsi considérer que le système de résolution des litiges adopté par SWITCH soit conforme à cette disposition et qu’il doit être considéré comme une “juridiction suisse” au sens de l’ORAT, même s’il ne peut se voir reconnaître la qualité d’organe juridictionnel suisse.

Le Règlement (et donc le système de résolution des différends) est opposable à tout titulaire d’un nom de domaine .ch ayant enregistré le nom de domaine après le premier mars 2004, ou ayant prolongé son abonnement (annuel) après cette date<sup>41</sup>. Ainsi, tous les titulaires de noms de domaine .ch sont soumis au système de règlement des différends depuis le premier mars 2005<sup>42</sup>.

La procédure de règlement des différends instituée selon le Règlement se déroule en principe en deux phases successives après l’initiation de la procédure (voir ci-dessous 1.3.2), soit une phase de conciliation (voir ci-dessous 1.3.3), qui est potentiellement suivie par une procédure conduisant à une décision prise par un expert (voir ci-dessous 1.3.4)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Les décisions sont en réalité prises par les experts nommés par le service de règlement des différends, et non pas par le service lui-même.

<sup>40</sup> Règlement, art. 25 (b), qui dispose que toutes les décisions sont publiées intégralement sur Internet, “sauf si l’expert exclut exceptionnellement de la publication certains passages de sa décision”; les décisions d’expert sont accessibles à: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/index-cctld.html> (sous l’abréviation .ch).

<sup>41</sup> Règlement, art. 1 (sous la définition de “Dispositions”).

<sup>42</sup> N. BERANEK ZANON, cité note 25, § 13.

<sup>43</sup> Pour une présentation graphique du déroulement de la procédure (avec l’indication des délais respectifs devant être respectés), voir <http://arbitrator.wipo.int/domains/filing/ch/organigram-fr.html>.

### 1.3.2. L'initiation de la procédure

La procédure est initiée par le dépôt d'une demande auprès du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI<sup>44</sup>. La demande doit comporter divers éléments et en particulier "un exposé des motifs expliquant pourquoi l'enregistrement ou l'utilisation du nom de domaine par la partie adverse constitue une infraction à un droit attaché à un signe distinctif attribué au requérant selon le droit de la Suisse ou du Liechtenstein"<sup>45</sup>. La langue de la procédure est en principe la langue du contrat d'enregistrement<sup>46</sup>, cette langue figurant parmi les données que SWITCH doit rendre publiquement accessibles en ligne<sup>47</sup>. Ceci signifie que les écritures doivent être rédigées dans cette langue, même si les pièces produites peuvent être déposées dans une autre langue<sup>48</sup>.

Le Règlement impose une obligation au demandeur de faire une requête en désignation d'un expert dans sa demande initiale pour les cas où, soit aucune conciliation ne serait effectuée, soit la conciliation échouerait<sup>49</sup>. Le Règlement exige du demandeur une déclaration par laquelle ce dernier "se soumet à la compétence des tribunaux de Zurich" en cas de "recours de la partie adverse contre une décision exigeant le transfert ou l'extinction du nom de domaine"<sup>50</sup>.

Dès la notification de la demande à l'organe de règlement des différends (soit l'OMPI), ce dernier est tenu d'en avvertir SWITCH immédiatement<sup>51</sup>. SWITCH doit alors bloquer le nom de domaine en litige dès

<sup>44</sup> Règlement, art. 12 (a); un modèle de demande est disponible à: <http://arbitr.wipo.int/domains/filing/ch/request-fr.doc>; le coût de la procédure est supporté par la partie requérante, le coût de la tentative de conciliation étant de CHF 600.- et celui de la décision d'expert de CHF 2'000.- (cf. <http://arbitr.wipo.int/domains/fees/cctlds/ch/index-fr.html>), ces coûts (très faibles) permettant effectivement de garantir une procédure "avantageuse" (art. 14g al. 2 ORAT).

<sup>45</sup> Règlement, art. 12 (b) vi.

<sup>46</sup> Règlement, art. 7 (a).

<sup>47</sup> Art. 14h al. 1 let. e ORAT, entré en vigueur le premier août 2005.

<sup>48</sup> Règlement, art. 7 (b).

<sup>49</sup> Règlement, art. 12 (c) i.

<sup>50</sup> Règlement, art. 12 (c)(ii).

<sup>51</sup> Règlement, art. 13 (a).

réception de cette notification, pour la durée de la procédure de règlement des différends, ou, le cas échéant, au-delà de cette procédure si le défendeur a entamé une procédure judiciaire pour contester la décision de transfert ou de radiation du nom de domaine qui aurait été prise par l'expert<sup>52</sup>. On constatera qu'à teneur du Règlement, SWITCH n'a pas le pouvoir de décider (spontanément ou sur requête du demandeur ayant déposé une demande auprès de l'OMPI) le transfert à titre provisionnel d'un nom de domaine<sup>53</sup>, ni encore de désactiver un nom de domaine<sup>54</sup>.

A réception de la demande, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI vérifie que celle-ci satisfait aux conditions formelles requises, et octroie, le cas échéant, au requérant un délai de cinq jours pour remédier aux défauts constatés<sup>55</sup>. Ensuite, la demande est transmise à la partie défenderesse<sup>56</sup>, la date de transmission constituant le "jour de l'ouverture de la procédure de règlement des différends"<sup>57</sup>. Dans les vingt jours à compter de cette date, la partie défenderesse doit soumettre sa réponse dont le contenu est également prescrit précisément dans le Règlement<sup>58</sup>. A défaut de réponse dans ce délai et pour autant "qu'elle [soit la partie défenderesse] n'exprime d'aucune autre façon sa volonté de prendre part à une audience de conciliation"<sup>59</sup>, l'OMPI déclarera la procédure terminée, sauf si le requérant a demandé la nomination d'un expert dans sa demande<sup>60</sup>. Si par contre la partie défenderesse dépose une réponse dans

<sup>52</sup> Règlement, art. 13 (b) et art. 26(c).

<sup>53</sup> Sur cette question, voir I. CHERPILLOD, *Le transfert provisionnel d'un nom de domaine Internet*, in "Journal des Tribunaux" 2002 III, p. 69 ss.; voir aussi A. BÜHLER, D. RUETSCHI, *Die gerichtliche Anordnung der Übertragung von Domainnamen*, in Honsell H. et al. (éd.), "Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer", Bâle 2004, p. 1005 ss.; le transfert provisionnel a été admis par certains tribunaux, cf. Tribunal d'arrondissement Lausanne, sic! 2002, p. 55.

<sup>54</sup> Par exemple, afin d'interdire toute consultation du site associé au nom de domaine concerné.

<sup>55</sup> Règlement, art. 14 (b).

<sup>56</sup> Qui doit être désignée précisément dans la demande, cf. Règlement, art. 12(b)(iv).

<sup>57</sup> Règlement, art. 14(c).

<sup>58</sup> Règlement, art. 15(b); un modèle de réponse est mis à disposition à <http://arbiter.wipo.int/domains/filing/ch/response-fr.doc>.

<sup>59</sup> Règlement, art. 15(d).

<sup>60</sup> Règlement, art. 15(d).

le délai requis ou qu'elle exprime d'une autre façon sa volonté de prendre part à une audience de conciliation, l'OMPI nomme un conciliateur qu'elle choisit sur sa liste<sup>61</sup>.

### 1.3.3. La procédure de conciliation

Une fois nommé, le conciliateur a pour fonction de favoriser le règlement du litige entre les parties de la manière la plus appropriée dans le respect des dispositions du Règlement, sans toutefois avoir le droit d'imposer aux parties un certain résultat<sup>62</sup>. Pour ce faire, le conciliateur tient une audience de conciliation sous la forme d'une conférence téléphonique d'une durée maximale d'une heure<sup>63</sup>. En cas d'accord entre les parties, il appartient au conciliateur de consigner celui-ci "brièvement par écrit"<sup>64</sup> et d'envoyer un exemplaire de ce document pour signature à chacune des parties. Ce document muni de la signature de chacune des parties doit ensuite être adressé à l'OMPI dans les dix jours<sup>65</sup>, ce qui conduit à la conclusion de la procédure.

A défaut d'accord entre les parties au terme de l'audience de conciliation ou de réception du document signé par les parties consignant leur accord transactionnel, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI invite le requérant à demander la poursuite de la procédure<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Règlement, art. 16.

<sup>62</sup> Règlement, art. 17 (c).

<sup>63</sup> Règlement, art. 17 (d), les parties pouvant poursuivre l'audience de conciliation d'un commun accord, en supportant les frais supplémentaires de celle-ci.

<sup>64</sup> Règlement, art. 18 (a); on notera à ce propos que l'accord ne portera pas nécessairement sur un simple transfert du nom de domaine contre paiement, mais pourra également porter sur un partage du nom de domaine, ou avoir un autre contenu (par exemple un contrat de licence permettant l'usage d'une marque comme nom de domaine, etc.), de tels accords plus complexes n'étant alors pas nécessairement susceptibles d'être mis "brièvement par écrit" ("in einem kurzen Schriftstück" selon la terminologie allemande du Règlement); de plus, l'exécution forcée de tels accords sera également potentiellement délicate, d'où l'intérêt à tenter de développer des mécanismes visant à faciliter l'exécution (de manière volontaire ou forcée) des résultats des procédures d'ODR; sur cette question, voir la section 3.2 ci-dessous.

<sup>65</sup> A compter de la notification du document aux parties par le conciliateur.

<sup>66</sup> Ce pour autant qu'il ait requis la nomination d'un expert dans sa demande initiale, cf. Règlement, art. 18(b) et 19 (i) - (ii).

Un conciliateur ne peut pas être désigné en tant qu'expert dans la même procédure de règlement des différends, sauf en cas d'accord des parties<sup>67</sup>. Même si cette solution flexible laisse primer la volonté des parties et même si elle est également adoptée dans d'autres règlements<sup>68</sup>, on ne peut ignorer que ce cumul des tâches est parfois jugé indésirable, certains plaidant pour une séparation des rôles respectifs de conciliateur/médiateur et de juge<sup>69</sup>.

Même si l'introduction de la procédure de conciliation constitue une innovation intéressante<sup>70</sup>, l'obligation de passer par cette procédure préalable avant de pouvoir obtenir une décision d'expert a parfois été critiquée<sup>71</sup>. Dans cette perspective, on peut relever que toute conciliation devrait reposer sur la volonté conjointe des parties<sup>72</sup>. Or, il est possible, voire fréquent, que des discussions préalables aient déjà eu lieu entre les parties au litige avant l'initiation de la procédure de résolution des différends, de sorte que la partie demanderesse constate que toute conciliation serait inutile et qu'elle souhaite ainsi obtenir une décision d'expert le plus rapidement possible. Dans ces circonstances, on peut se

<sup>67</sup> Règlement, art. 16 (c).

<sup>68</sup> Cf. par exemple l'art. 13(b)(iv) du règlement de médiation de l'OMPI (accessible à: <http://arbitrator.wipo.int/mediation/rules/index-fr.html>).

<sup>69</sup> M. CHENOU, J. MIRIMANOFF, *La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, in "Semaine Judiciaire" 2003 II, p. 300 et p. 309; sur cette question, voir aussi D. BROWN-BERSET, *La médiation commerciale: un géant s'éveille*, in "Revue de droit suisse" (RDS) 2002 II, p. 357 ss.

<sup>70</sup> Etant noté que ceci a été emprunté au système de résolution des litiges pour les noms de domaine .uk.

<sup>71</sup> D. ROSENTHAL, *Bedürfnisse und Erfahrungen aus der Praxis der Domain-Namen-Streitigkeiten*, 5, accessible à: <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/BEERDOST.pdf>.

<sup>72</sup> Dans ce sens, on peut citer un commentaire relatif au nouvel art. 71C al. 2 de la loi de procédure civile genevoise introduit par la nouvelle loi genevoise sur la médiation civile (loi n° 8931 du 28 octobre 2004 entrée en vigueur le premier janvier 2005) qui confirme que "la médiation ne peut être mise en œuvre qu'avec le plein accord des parties, une médiation imposée étant un non sens, du moins au civil", GROUPEMENT SUISSE DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION ET LA CONCILIATION (éd.), *Médiation civile en Suisse, nouvelle législation à Genève*, Genève 2005 (accessible à: [http://gemme.ch/rep\\_fichier/gemme\\_mediation\\_civile\\_geneve.pdf](http://gemme.ch/rep_fichier/gemme_mediation_civile_geneve.pdf)), p. 25; or, dans le cadre du Règlement, le requérant n'a précisément pas fait le choix de la conciliation, celle-ci lui étant imposée par le Règlement.

demander s'il ne serait pas effectivement souhaitable de rendre optionnelle la procédure de conciliation.

#### 1.3.4. La procédure de décision d'expert

A réception de la demande de poursuite de la procédure faite par le requérant et de l'émolument correspondant à la procédure de décision d'expert et pour autant que le requérant ait requis la nomination d'un expert, l'OMPI nomme un expert.

Selon l'art. 24 (c) du Règlement, “[l]’expert fait droit à la demande lorsque l’enregistrement ou l’utilisation du nom de domaine constitue clairement une infraction à un droit attaché à un signe distinctif attribué au requérant selon le droit de la Suisse ou du Liechtenstein”<sup>73</sup>.

Selon la définition figurant à l'art. 1 du Règlement, un “droit attaché à un signe distinctif” est un “droit reconnu par l'ordre juridique qui découle de l'enregistrement ou de l'utilisation d'un signe et qui protège son titulaire contre les atteintes à ses intérêts générées par l'enregistrement ou l'utilisation par des tiers d'un signe identique ou similaire; il s'agit notamment, mais pas exclusivement, du droit relatif à un nom commercial, à un nom de personne, à une marque ou à une indication géographique, ainsi que des droits de défense résultant de la législation sur la concurrence déloyale”.

En vertu de l'art. 24 (d) du Règlement, “[i]l y a clairement infraction à un droit en matière de propriété intellectuelle<sup>74</sup> notamment lorsque i) aussi bien l'existence du droit attaché à un signe distinctif invoqué que son infraction résultent clairement du texte de la loi ou d'une interprétation reconnue de la loi et des faits exposés, et qu'ils ont été prouvés par les moyens de preuve déposés; et que ii) la partie adverse n'a pas exposé et prouvé des raisons de défense importantes de manière concluante; et

<sup>73</sup> Ce n'est pas l'objectif de cette contribution de présenter les questions de droit suisse se posant à propos du conflit entre les divers régimes de protection des signes distinctifs et les noms de domaine; pour une telle présentation, voir G. JOLLER, chapitre *Switzerland: ch*, in Bettinger T. (éd.), “Domain Name Law and Practice, an International Handbook”, Oxford 2005, p. 741 ss. et la très riche bibliographie que ce dernier a établie.

<sup>74</sup> Il faut lire ici “un droit attaché à un signe distinctif”, le droit auquel il est fait référence étant celui qui est mentionné à l'art. 24 (c) et qui est défini à l'art. 1 du Règlement; dans la version allemande (qui fait foi), l'art. 24 (c) et (d) se réfèrent tous deux à une “klare Verletzung eines Kennzeichenrechts”.

que iii) l'infraction, selon la demande en justice formulée, justifie le transfert ou l'extinction du nom de domaine”.

On constate ainsi qu'à la différence du système de l'UDRP, le règlement alternatif des litiges repose sur l'application du droit suisse des signes distinctifs. Dans cette mesure, la justice rendue dans le cadre de la procédure n'est pas matériellement délocalisée, mais se fonde au contraire sur l'application du droit matériel suisse, étant rappelé que ceci est conforme à l'art. 14b al. 4 ORAT, qui requiert que tout litige relatif à la gestion et à l'attribution des noms de domaine .ch soit soumis au droit suisse. Dans cette perspective, on peut constater que le système d'ODR mis en place pour les noms de domaine .ch, en dépit de son caractère dématérialisé et géographiquement délocalisé en ce qu'il s'applique à tout titulaire de nom de domaine quel que soit le domicile/siège de ce dernier, reste fondé sur l'application du droit matériel suisse.

De plus, dans le même esprit que l'UDRP, qui vise à lutter contre les *cybersquatters*, soit les violations crasses des droits des parties demanderesse, le système suisse suppose également une violation flagrante des droits des parties demanderesse (l'art. 24 (c) du Règlement se référant aux cas qui constituent “clairement une infraction à un droit attaché à un signe distinctif”), une telle procédure accélérée ne convenant pas à la résolution des litiges complexes sur les plans factuel et/ou juridique. Ainsi, une décision de transfert ou d'extinction du nom de domaine ne pourra être rendue que si elle “se justifie d'évidence”<sup>75</sup>. Comme exposé dans une récente décision d'expert, “étant donné l'exigence posée dans les Dispositions d'une infraction “claire”, une décision de transfert ou d'extinction du nom de domaine n'est prise que si elle se justifie d'évidence. Compte tenu de la nature des règles en cause, laquelle limite sérieusement les moyens d'instruction à disposition de l'expert, cette évidence doit s'imposer rapidement et non pas suite à un examen laborieux; s'il doute, l'expert devra renoncer à un examen approfondi, limité qu'il est dans ses moyens d'instruction et cela même si son intuition lui suggère le contraire”<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> *Veolia Environnement SA c. Malte Wiskott*, Litige n° DCH2004-0010, p. 5.

<sup>76</sup> *Travel Professionals Association (TPA) c. Denis Lambelet*, Décision n° DCH2007-0002, p. 5, cette dernière décision se référant à certaines décisions précédentes (cf. *Edipresse Publications SA c. Florian Kohli*, Litige n° DCH2005-0026; *I-D Media AG c. Id-Média Sàrl*, Litige n° DCH2005-

En principe, l'expert rend sa décision sur la base des pièces du dossier, sauf si une partie requiert une audience orale<sup>77</sup>, cette partie étant alors en principe tenue de supporter les frais supplémentaires engendrés par cette audience<sup>78</sup>. L'expert mène la procédure de la manière qu'il estime appropriée et veille à ce que les parties soient traitées de manière égale<sup>79</sup>. Il statue en particulier sur la recevabilité, la pertinence et la force probante des moyens de preuve produits par les parties et peut, le cas échéant, exiger des parties des informations complémentaires à celles figurant dans la demande et la réponse<sup>80</sup>. On notera que le pouvoir de cognition de l'expert est extrêmement limité dans la mesure où il ne peut décider que "l'extinction ou le transfert"<sup>81</sup> du nom de domaine concerné ou rejeter la requête. L'expert ne peut par contre pas se prononcer sur d'éventuels dommages-intérêts ou sur d'autres conclusions prises par le requérant<sup>82</sup>. La procédure de règlement des différends se caractérisant par sa rapidité, l'expert est en principe tenu de transmettre sa décision à l'OMPI dans les quatorze jours à compter de sa nomination<sup>83</sup>.

### 1.3.5. La mise en œuvre de la décision d'expert

Lorsque la décision d'expert ordonne le transfert ou l'annulation du nom de domaine concerné, SWITCH doit procéder à l'exécution de cette décision à l'échéance d'un délai de vingt jours ouvrables<sup>84</sup> (selon le calen-

0018; *Zurich Insurance Company, Vita Lebensversicherung-Gesellschaft c. Roberto Vitalini*, Litige n° DCH2005-0012; *Veolia Environnement SA c. Malte Wiskott*, Litige n° DCH2004-0010).

<sup>77</sup> Qui peut avoir lieu par "conférence téléphonique, vidéo ou internet", Règlement, art. 22.

<sup>78</sup> Règlement, art. 22.

<sup>79</sup> Règlement, art. 21 (a).

<sup>80</sup> Règlement, art. 21 (b) et (c).

<sup>81</sup> Règlement, art. 24 (b).

<sup>82</sup> Telles que des conclusions visant à modifier le nom de domaine concerné, par exemple en vue de faire supprimer un mot figurant dans ce nom de domaine ou au contraire d'en ajouter un autre, afin de faire cesser l'atteinte au droit sur un signe distinctif du requérant.

<sup>83</sup> Règlement, art. 24 (f).

<sup>84</sup> "Arbeitstage" (cf. version allemande du Règlement, art. 26 (a) et (b), la version allemande faisant foi, cf. art. 28(a)), et pas "jours civils" selon la terminologie française du Règlement.

drier valable dans la ville de Zurich)<sup>85</sup> à compter de la transmission de la version électronique de la décision d'expert aux parties et à SWITCH pour autant que la partie défenderesse n'ait pas transmis à SWITCH "un document officiel attestant l'ouverture d'une procédure judiciaire" devant les tribunaux compétents de Zurich<sup>86</sup>. En cas de preuve de l'introduction d'une telle procédure judiciaire, le nom de domaine concerné reste bloqué jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties<sup>87</sup>.

Techniquement, l'exécution de la décision de transfert suppose la "cession d'un nom de domaine particulier par un titulaire à un nouveau titulaire avec, simultanément, l'extinction et la réattribution par le registre du nom de domaine en question"<sup>88</sup>. Le transfert et la révocation du nom de domaine ordonnés par des décisions d'expert rendues dans le cadre de la procédure de règlement des différends sont expressément réservés dans les conditions générales de SWITCH<sup>89</sup>. On notera à ce propos que ces conditions générales exigent que le tiers (au profit de qui le transfert ou la révocation du nom de domaine doit intervenir) fournisse "à SWITCH une attestation relative à la force exécutoire de la décision"<sup>90</sup>, qui n'est d'ailleurs pas fournie en cas de décision d'expert, la force exécutoire de la décision d'expert résultant automatiquement de l'écoulement de la période de vingt jours mentionnée ci-dessus.

A l'inverse, si la procédure se conclut par une décision de rejet de la demande et donc de maintien de la titularité de la partie défenderesse sur le nom de domaine, la partie demanderesse ne jouit pas d'une période de grâce pour intenter action contre le titulaire du nom de domaine comparable à celle de vingt jours dont peut profiter la partie défenderesse. Dans ces circonstances, le titulaire du nom de domaine serait à même de transférer le nom de domaine à un tiers dès le déblocage de ce dernier par SWITCH<sup>91</sup>,

<sup>85</sup> Règlement, art. 26 (a) ("une fois écoulé le délai de vingt (20) jours civils (selon le calendrier valable dans la ville Zürich) [sic]").

<sup>86</sup> Règlement, art. 26 (b) renvoyant à l'art. 12 (c)(ii).

<sup>87</sup> Règlement, art. 26 (c).

<sup>88</sup> Prescriptions Techniques, p. 6.

<sup>89</sup> Conditions Générales, art. 3.4.2 et art. 4.3.

<sup>90</sup> Conditions Générales, art. 3.4.2 et art. 4.3.

<sup>91</sup> Règlement, art. 13 (b).

et pourrait ainsi rendre plus délicate la mise en œuvre du droit par le demandeur débouté par la décision d'expert en transférant son nom de domaine à un tiers (domicilié à l'étranger)<sup>92</sup>. Par comparaison, les règles de la procédure UDRP interdisent que le nom de domaine soit transféré dans les quinze jours ouvrables suivant la fin de la procédure de règlement des différends<sup>93</sup>.

#### 1.4. Enseignements potentiels

L'objectif de tout service de résolution des différends pour les noms de domaine, comme c'est en particulier le cas du service pour les noms de domaine .ch, est de faire cesser les violations crasses et caractérisées du droit des signes distinctifs résultant de l'enregistrement ou de l'utilisation d'un nom de domaine par la mise à disposition d'une procédure équitable, rapide et avantageuse en faveur des victimes lésées dans leurs droits<sup>94</sup>.

Après trois années d'existence, on peut considérer que le service de résolution des différends qui a été mis en place pour les noms de domaine .ch est un succès si l'on en juge par le nombre de demandes qui ont été déposées. En effet, selon les statistiques du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, parmi les noms de domaine nationaux (*Country Code Top Level Domains*, ccTLDs), les litiges concernant les noms de domaine .ch sont très nombreux en comparaison avec toutes les autres extensions nationales administrées par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Ainsi, les noms de domaine .ch arrivent en premier dans le classement du nombre de noms de domaine concernés par des procédures de règlement des différends<sup>95</sup>. On peut donc considérer que ce système s'est imposé auprès des titulaires de marques<sup>96</sup> et

<sup>92</sup> La partie requérante déboutée pourra toutefois tenter de requérir des mesures provisionnelles ou superprovisionnelles afin d'interdire le transfert du nom de domaine jusqu'à droit connu au fond; pour un exemple, voir Obergericht Luzern, sic! 2000, p. 805.

<sup>93</sup> Art. 8 UDRP Policy.

<sup>94</sup> Art. 14g al. 2 ORAT.

<sup>95</sup> Voir les statistiques à [http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cclds\\_yr.jsp?year](http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cclds_yr.jsp?year).

<sup>96</sup> Que ces titulaires soient suisses ou étrangers, un nombre relativement important des procédures dans lesquelles des décisions ont été rendues par des experts dans le cadre du service de règlement des différends ayant été initiées par des sociétés étrangères, généralement titulaires de marques protégées en Suisse.

d'autres signes distinctifs comme une alternative bienvenue aux procédures judiciaires ordinaires<sup>97</sup>.

Les enseignements que l'on peut tirer de ce système quant au développement des mécanismes de résolution des litiges en ligne en Suisse sont les suivants: on peut tout d'abord relever que le caractère rapide de la procédure n'a pas empêché que les parties lésées utilisent ce système de résolution des litiges, nonobstant les restrictions des moyens de preuve et de droit imposées dans le cadre de la procédure. Dans cette mesure, on peut admettre que les parties prenantes ont été disposées à recourir à des mécanismes alternatifs de règlement des différends plutôt qu'aux tribunaux suisses, compte tenu des avantages de l'ODR en termes de rapidité, de coût et d'efficacité d'exécution des décisions rendues par les experts. On peut ensuite constater que la gestion d'un service de règlement des différends peut être confiée à un partenaire extérieur à l'administration suisse qui peut bénéficier (comme c'est le cas du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI) d'une précieuse expérience et d'une infrastructure (notamment informatique) appropriée pour gérer ce type de services. On doit enfin soulever la question de l'utilité de l'obligation imposée aux parties de passer par la phase de conciliation avant de pouvoir obtenir une décision d'expert. On peut aussi se demander s'il ne serait pas souhaitable que l'accord qui interviendrait dans le cadre de la procédure de conciliation soit doté d'un caractère exécutoire renforcé, afin d'en faciliter son exécution. En effet, dans l'hypothèse où un accord serait trouvé entre les parties par lequel le transfert du nom de domaine litigieux serait convenu contre le paiement d'une somme d'argent devant intervenir à une date ultérieure, on pourrait voir un intérêt à ce que, à l'image de ce qui a été fait par le législateur en droit du bail<sup>98</sup>, un tel accord se voit reconnaître la qualité de transaction judiciaire.

<sup>97</sup> Etant bien entendu relevé que les décisions d'expert ne lient pas les juges (absence de force de chose jugée, sans évoquer la différence des critères respectifs des décisions), et sont dès lors susceptibles d'être remises en question dans le cadre de procédures judiciaires; pour un exemple relatif à une procédure UDRP, voir la décision d'expert D2001-0916 rejetant la requête concernant le nom domaine maggi.com (accessible à: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2001/d2001-0916.html>), et l'arrêt du Tribunal fédéral suisse, sic ! 2005, p. 390, ordonnant le transfert de ce nom de domaine.

<sup>98</sup> Cf. art. 274e al. 1 du Code suisse des obligations (CO).

En fin de compte, on peut considérer qu'à l'image du succès de la procédure UDRP, celui du règlement des différends pour les noms de domaine .ch démontre que l'ODR a permis de résoudre à satisfaction des litiges sur le fondement d'une réglementation-cadre succincte et en coopération avec des parties tierces externes à l'administration étatique (soit le service de règlement des différends et les experts appelés à résoudre le litige en tant que conciliateurs ou "arbitres").

## 2. LES ENSEIGNEMENTS DU SYSTÈME D'EBAY

eBay est assurément l'incarnation du rêve américain appliqué à l'économie numérique. Le projet est né en 1995 et avait été mis en ligne comme l'une des pages web secondaires que Pierre Omidyar hébergeait par défaut sur son site personnel consacré à l'étude du virus Ébola. Il n'a connu dans ses premières heures ni publicité, ni réelle prétention, ni grande vision, ni clients. Aujourd'hui, c'est une entreprise d'une valeur comptable de plus de 14 milliards de dollars (soit plus que Pepsi, Nike, ou Starbucks), comptant 100 millions de membres et le lieu de la conclusion de plusieurs millions de transactions par semaine.

L'une des raisons essentielles de cette réussite a été la création par eBay de ce que l'on appelle une architecture de confiance<sup>99</sup>. C'est ainsi que nous entamerons cette section par une présentation succincte de ce concept et de ses fonctions. Ensuite suivra une description de ses deux éléments principaux dans le cas d'eBay – le système d'évaluation et les mécanismes de résolution des litiges en ligne. Enfin, nous relèverons quelques aspects-clefs de ce système, qui alimenteront ultérieurement nos pistes de réflexion pour la Suisse, que nous aborderons dans la troisième partie de cet article.

### 2.1. Le besoin d'une architecture de confiance

Une architecture de confiance est un ensemble de points de référence permettant d'apprécier le risque de non-exécution ou de mauvaise exécu-

<sup>99</sup> Sur l'importance de cette architecture de confiance pour eBay, voir par exemple D.P. BARON, *Private Ordering on the Internet: The eBay Community of Traders*, in "Business and Politics", Vol. 5, 2002, p. 245.

tion des obligations d'un cocontractant potentiel et la probabilité qu'une tierce partie neutre puisse intervenir efficacement en cas de litige<sup>100</sup>.

Une telle architecture comporte trois types d'éléments: des indices matériels, un contexte social et une ou plusieurs voies de recours (au sens de "remedy") prévisibles. Dans l'environnement hors ligne, les indices matériels sont par exemple la possibilité pour le client de fréquenter les locaux du vendeur et ainsi d'estimer le temps depuis lequel l'entreprise est active, son volume d'affaires et l'identité de sa clientèle. Le client peut également apprécier de ses yeux (de ses mains, de son nez) la qualité de la marchandise<sup>101</sup>. Le contexte social est pour sa part composé des autres personnes dans la communauté locale qui connaissent le vendeur et qui ont un avis sur la qualité de ses services et de ses biens; en bref il s'agit de sa réputation. Enfin, on entend par voies de recours un accès à un mécanisme de résolution des différends assurant la réparation ou une autre solution en cas de litige; hors ligne, il s'agit typiquement des tribunaux.

Ces trois types d'éléments sont souvent absents dans le cadre de l'univers en ligne. Les indices matériels traditionnels sont absents; le commerce électronique est "dématérialisé". Les opérateurs du commerce électronique sont souvent inconnus ou peu connus de l'acheteur, tout particulièrement dans le contexte des ventes aux enchères qui est celui d'eBay, et les différents acheteurs ne communiquent pas entre eux; les opérations sont dès lors "désocialisées". De plus, les litiges survenant sur eBay ont pour la très grande majorité une valeur litigieuse trop faible pour permettre un accès aux tribunaux économiquement rationnel<sup>102</sup>; on parle alors de la "déjudiciarisation"<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Le terme "architecture de confiance" est notamment utilisé par L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, 1<sup>ère</sup> éd., New York, Basic Books, 1999, pp. 39-42. Cette question a été traitée plus en détail dans T. SCHULTZ, *Does Online Dispute Resolution Need Governmental intervention? The Case for Architectures of Control and Trust*, in "North Carolina Journal of Law & Technology", Vol. 6, 2004, p. 71, plus spéc. pp. 76-86.

<sup>101</sup> J. NADLER, *Electronically-Mediated Dispute Resolution and E-Commerce*, in "Negotiation Journal", Vol. 17, 2001, p. 333, spéc. pp. 335-336.

<sup>102</sup> Ce problème est bien entendu plus large et s'étend de manière générale à toutes les petites transactions, caractéristiques des litiges de consommation: G.G. HOWELLS, S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Aldershot, Ashgate, 2005, p. 603 ss.

<sup>103</sup> Ces phénomènes de dématérialisation, désocialisation et déjudiciarisation, ainsi que les réactions qu'ils requièrent de la part des opérateurs du commerce électronique ont été

eBay a alors décidé de créer une telle architecture de confiance en ligne. Celle-ci repose sur un double mécanisme fondamental, qui a été mis en place par Pierre Omidyar avant même qu'eBay n'ait un an d'existence<sup>104</sup>: le système d'évaluation<sup>105</sup> et une succession de systèmes de règlement des différends en ligne spécifiques à cette place de marché.

## 2.2. Le système d'évaluation

Le système d'évaluation d'eBay repose sur l'accumulation des notes données par les acheteurs et les vendeurs à l'issue de chaque transaction. Ces notes peuvent être positives, négatives ou neutres pour ce qui concerne la transaction comme telle et être attribuées par les acheteurs sur une échelle de zéro à cinq pour ce qui a trait à quatre éléments spécifiques de la transaction, à savoir la conformité du produit à sa description, la qualité de la communication avec le vendeur, le respect par ce dernier des délais de livraison indiqués et la conformité des frais d'expédition et de livraison aux indications données. Ces notes sont attribuées de manière définitive à chaque membre d'eBay (sous réserve des possibilités limitées de retirer une évaluation, ce qui ne peut en principe avoir lieu qu'avec l'accord des deux parties<sup>106</sup> ou dans le cadre de la procédure de résolution du litige en ligne, à laquelle nous reviendrons<sup>107</sup>) pour en constituer le "profil d'évaluation". Un vendeur peut ainsi avoir, par exemple, un profil d'évaluation de 248 points et 99,2 pour cent, ce qui signifie que 250 membres d'eBay l'ont évalué de manière positive et deux autres lui ont attribué une note négative, ce qui représente 0,8 évaluation négative pour cent évaluations positives<sup>108</sup>. Ce profil est complété par des "évaluations détaillées du vendeur", consti-

présentés plus longuement dans T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 195-205.

<sup>104</sup> Voir le message de Pierre Omidyar à la "communauté eBay", du 26 février 1996, accessible à: [pages.ebay.com/services/forum/feedback-foundersnote.html](http://pages.ebay.com/services/forum/feedback-foundersnote.html).

<sup>105</sup> Voir de manière générale la présentation par eBay de son système d'évaluation, à [pages.ebay.fr/evaluations/index.html](http://pages.ebay.fr/evaluations/index.html). Pour une analyse du système d'évaluation d'eBay, voir en particulier D.P. BARON, cité en note 99.

<sup>106</sup> Voir [pages.ebay.ch/help/policies/feedback-removal.html](http://pages.ebay.ch/help/policies/feedback-removal.html).

<sup>107</sup> Voir Section 2.3 ci-dessous.

<sup>108</sup> On notera que l'obtention par un membre d'eBay de 100 évaluations dont 98 pour cent sont positives permet l'obtention du statut de PowerSeller, qui représente un certain

tuées des moyennes des notes données pour les quatre catégories mentionnées ci-dessus (par exemple “Objet conforme à la description: 4,8 / 5. Communication: 4,5 / 5 ...”). Le profil d’évaluation a un impact déterminant sur la réputation commerciale du vendeur, car il constituera dans la plupart des cas la seule information sur sa fiabilité commerciale dont disposent ses potentiels cocontractants. L’expérience montre ainsi qu’un article offert à la vente par un vendeur présentant un profil de 80 pour cent, par exemple, est acquis au terme d’une vente aux enchères à un prix nettement plus bas qu’un concurrent disposant d’un profil de 98 pour cent. A 70 pour cent, un vendeur risquera de rencontrer des difficultés très sérieuses à vendre un quelconque objet, quel qu’en soit le prix<sup>109</sup>. Le profil d’évaluation forme ainsi un historique de transactions, qui constitue une sorte de réputation formalisée en ligne.

Reprenons: habituellement, hors ligne, la réputation commerciale d’une entreprise ou d’une personne se développe dans un certain contexte social de manière informelle. Le vendeur possède une identité connue des personnes formant ce contexte social, qui communiquent entre elles, permettant ainsi le développement d’une réputation par la circulation d’informations concernant les activités du vendeur. En termes simples, on dira que l’on devise, au sein de ce contexte social, d’expériences faites avec un vendeur, qui a une identité connue ou reconnaissable. Sur eBay, sans le profil d’évaluation, il serait virtuellement impossible de connaître les agissements d’un vendeur dans le passé, dont la réputation reste inconnue. Les évaluations tendent ainsi à réduire, voire idéalement à éliminer l’asymétrie de l’information (*information asymmetry*) en créant un réseau d’informations commerciales entre les clients potentiels d’un vendeur donné, qui est susceptible de créer ainsi la confiance des clients<sup>110</sup>.

gage de qualité et de professionnalisme, dont on peut estimer qu’il favorise les ventes. Voir [pages.ebay.ch/powerseller/index.html](http://pages.ebay.ch/powerseller/index.html).

<sup>109</sup> Sur cette question, voir l’analyse de S. BA, P.A. PAVLOU, *Evidence of the Effect of Trust Building Technology in Electronic Markets: Price Premiums and Buyer Behavior*, in “MIS Quarterly”, 26, 3, (2002), pp. 243-268.

<sup>110</sup> Sur cette question, voir p.ex. M. DEWALLY, L. EDERINGTON, *Reputation, Certification, Warranties, and Information as Remedies for Seller-Buyer Information Asymmetries: Lessons from the Online Comic Book Market*, in “The Journal of Business”, Vol. 79 (2006), pp. 693-729.

On voit donc que c'est la resocialisation des transactions que le système d'évaluation établit ici, en premier lieu. Corrélativement, c'est également une forme de rematérialisation qui est mise en place, par la création de l'avatar auquel s'attachent les évaluations, qui permet notamment d'estimer le temps depuis lequel l'entreprise est active et son volume d'affaires<sup>111</sup>. Par le jeu de cette double remise en contexte, les vendeurs sont contraints de prêter garde aux conséquences de leurs agissements au-delà de la simple transaction en cours,<sup>112</sup> ce qui élève de manière générale le niveau de sécurité commerciale de cette place de marché et suscite ainsi la confiance des acheteurs.<sup>113</sup> Le système d'évaluation peut se doubler, si le vendeur le souhaite, d'un second mécanisme ayant une finalité similaire: l'octroi d'un "sceau de confiance", un certificat dans l'esprit d'un label ISO pour le bon comportement commercial, dont le détenteur doit continuellement démontrer qu'il en respecte les normes. Nous y reviendrons dans la section suivante.

Reste encore, pour compléter l'architecture de confiance, à accomplir la rejudiciarisation, c'est-à-dire à ouvrir aux parties un accès réel et efficace à un mécanisme de résolution des litiges<sup>114</sup>. C'est évidemment sur cette question que se portera notre attention avec le plus d'intensité; on notera toutefois que le contexte général de l'architecture de confiance, que nous venons de présenter, est le véritable point de départ de l'efficacité du système de règlement des différends en ligne pour eBay. Cette relation entre le contexte général et le mécanisme dont nous allons

<sup>111</sup> En ce sens voir par exemple K. LYNCH, *The Forces of Economic Globalization*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 372.

<sup>112</sup> Voir notamment O. RABINOVICH-EINY, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, in "Harvard Negotiation Law Review", Vol. 11, 2006, p. 253, plus spéc. pp. 280-81.

<sup>113</sup> Comp. avec les problèmes suscités par l'intérêt porté par les vendeurs à la seule transaction en cours en dehors de tels mécanismes de resocialisation et de rematérialisation décrits par I.R. MACNEIL, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory" Apparatus*, in "Northwestern University Law Review", Vol. 75, 1981, p. 1018, plus spéc. pp. 1027, 1031-36.

<sup>114</sup> Certains auteurs qualifient ce réquisit de "fiabilité institutionnelle" de l'architecture de confiance: D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 34.

faire l'analyse nourrira ultérieurement nos réflexions quant au développement de ces méthodes de résolution des litiges en Suisse.

### 2.3. Les systèmes de résolution des litiges en ligne

En forçant quelque peu les traits de la description, l'on peut dégager deux principales sources de litiges résultant de transactions conclues sur eBay: les difficultés de communication entre acheteur et vendeur d'une part et les comportements délibérément frauduleux d'une partie d'autre part<sup>115</sup>.

Deux types de situations peuvent être distingués quant aux difficultés de communication. Comme exemple du premier type l'on évoquera un litige découlant d'une imprécision dans la description de l'objet (typiquement, sur eBay, de son état) ou une mauvaise formulation des attentes de l'acheteur (l'utilisation projetée exacte d'un objet, par exemple, qui est souvent le sujet de discussions entre le vendeur et l'acheteur avant que ce dernier ne fasse une offre), qui sont toutes deux des difficultés qui surgissent plus fréquemment dans une vente à distance. L'on retrouve ici le problème de la dématérialisation abordé plus haut. Quant au second type de situations, il s'agit de la probabilité accrue dans l'environnement en ligne qu'un simple désaccord se mue en un véritable litige dès lors que les possibilités de communication pour résoudre le désaccord sont limitées<sup>116</sup>. La simple impossibilité de revenir dans les locaux du vendeur pour une discussion face à face – ce qui reste la manière de communiquer la plus riche, notamment en messages non verbaux, et l'un des premiers recours en cas de survenance de ce type de litiges dans un contexte hors ligne – constitue ainsi en elle-même une source de litiges dans le commerce électronique<sup>117</sup>.

Le premier type de situations semble jusqu'à un certain point inhérent aux transactions conclues à distance et n'appelle guère de commentaires.

<sup>115</sup> L.A. EPSTEIN, *Cyber E-Mail Negotiation vs. Traditional Negotiation: Will Cyber Technology Supplant Traditional Means Of Settling Litigation?*, in "Tulsa Law Journal", Vol. 36, 2000, p. 839. Sur les comportements délibérément frauduleux, plus particulièrement sur eBay, voir J. GOLDSMITH, T. WU, *Who Controls the Internet?*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 129 ss.

<sup>116</sup> Voir par exemple L. THOMPSON, J. NADLER, *Negotiating via Information Technology: Theory and Application*, in "Journal of Social Issues", Vol. 58, 2002, p. 109.

<sup>117</sup> A.M. FROMKIN, *The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce*, in "Oregon Law Review", 1996, p. 49, plus spéc. p. 72.

Les situations du second type appellent par contre une attention plus importante: il s'agit fondamentalement d'améliorer la communication entre les parties au moment où elles négocient le règlement de leur désaccord, ce qui constitue précisément la raison d'être de la médiation. Et c'est ainsi à la médiation que Pierre Omydiar a eu recours, dès 1996, quasiment dès la mise en place de son site de ventes aux enchères. Sa forme initiale était extrêmement informelle. Un utilisateur d'eBay de la première heure, Jim Griffith, plus généralement connu des membres d'eBay sous le sobriquet d'Uncle Griff, était chargé de raisonner les parties en invoquant l'autorité naturelle découlant de son âge (inhabituellement avancé pour un internautes des années '90) et de son statut de pionnier d'eBay<sup>118</sup>. Anthropologiquement, on dirait qu'il s'agit ici de consultations de l'Ancien, du Sage du "village", ce qui constitue un développement initial typique de judiciarisation (développement progressif d'un système de résolution des litiges propre à une société) et de juridicisation (genèse graduelle de la juridicité) de communautés nouvellement formées<sup>119</sup>. Comme nous le verrons, le travail d'Uncle Griff fut plus tard repris par un système informatique et, subsidiairement, par des médiateurs professionnels, poursuivant ainsi ces développements sur lesquels nous reviendrons.

Uncle Griff était à même de résoudre une part importante des conflits et ainsi d'éviter l'émergence de véritables litiges, tant que le nombre d'utilisateurs et de transactions était faible. Face à un type de différends, toutefois, il était désarmé: les comportements délibérément frauduleux. A la suite d'une escroquerie à large échelle sur eBay ayant défrayé la chronique, Omidyar a estimé nécessaire de prendre une mesure exemplaire pour rassurer les utilisateurs, une mesure qui semble inspirée d'une série télévisée américaine: l'engagement d'un ex-procureur célèbre, qui s'était distingué dans le procès d'Aldrich Ames (l'un des plus célèbres agents doubles de l'histoire de l'espionnage, ayant infiltré la CIA pour le compte du KGB) et de son épouse, une ancienne agente secrète qui avait

<sup>118</sup> A. COHEN, *The Perfect Store: Inside eBay*, Boston, Little, Brown & Co., 2002, pp. 35-37.

<sup>119</sup> Voir, de manière générale, N. BOBBIO, *Ancora sulle norme primarie e norme secondarie*, in "Rivista di filosofia", 59, 1968, p. 35, plus spéc. p. 51 ss.; P. BOHANNAN, *The Differing Realms of the Law*, in "American Anthropologist", Vol. 67, 1965, p. 33; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Publ. FUSL, 2002, pp. 368-371.

été à la clef de diverses actions très médiatisées de l'agence anti-drogue américaine. Ces deux personnes reçurent pour mission de surveiller les offres suspectes faites sur eBay et d'engager des poursuites pénales en cas de tentatives d'escroquerie<sup>120</sup>. La menace du bâton opérant, les comportements frauduleux sur eBay perdirent graduellement de leur importance, mais l'on se rendit alors compte qu'ils n'étaient à l'origine que d'une très faible minorité des litiges surgissant sur cette place de marché.

Uncle Griff ne put rapidement plus prendre en charge tous les autres litiges – ceux dont nous avons dit qu'ils étaient essentiellement causés par des difficultés de communication – car ceux-ci, dès le tournant du millénaire, se comptaient par milliers chaque jour. Ce dont eBay avait alors besoin était non seulement d'un système de règlement des différends rapide et opérant à moindres coûts, mais il était également nécessaire de créer une plus grande sécurité juridique afin de prévenir les litiges. Une prévisibilité accrue était requise tant en ce qui concerne les normes primaires de comportement déterminant les droits et obligations des parties que les normes secondaires régissant les modalités procédurales de mise en œuvre des règles primaires<sup>121</sup>. L'idée est que, par une plus grande prévisibilité normative, l'on rapproche les attentes des parties et, corrélativement, l'on réduit les désaccords en accroissant la régularité socio-commerciale sur cette place de marché. Il s'agissait ainsi notamment de créer un environnement normatif clair qui serait applicable en cas de litiges, définissant les droits et obligations des parties et prévoyant une procédure de résolution des litiges plus formalisée que les interventions d'Uncle Griff. La réponse à ces questions fut trouvée dans les systèmes experts (une forme simple d'intelligence artificielle établissant, au fur et à mesure des interactions avec les utilisateurs, des corrélations statistiques entre divers aspects d'un litige et la probabilité d'aboutissement de diffé-

<sup>120</sup> Pour une description plus détaillée de ces développements parallèles des méthodes d'évitement des litiges, voir J. GOLDSMITH, T. WU, cité note 115, pp. 129-161.

<sup>121</sup> Sur la prévisibilité normative comme besoin juridique originel, voir notamment G. TEUBNER, *Un droit spontané dans la société mondiale?*, in Morand Ch.-A. (éd.), "Le droit saisi par la mondialisation", Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 197, spéc. p. 199 et G. TEUBNER, *Zur Eigenständigkeit des Rechts in der Weltgesellschaft: Eine Problemskizze*, in Schweizer R.J., Burkert H., Gasser U. (éds.), "Festschrift für Jean-Nicolas Druey", Zurich, Schulthess, 2002, p. 145.

rentes voies de résolution) opérant dans le contexte d'un mécanisme de règlement des différends en ligne. Ces systèmes permirent l'automatisation des tâches habituellement accomplies par Uncle Griff et ainsi une accélération de la procédure et une réduction des coûts par une économie d'échelle. Un deuxième avantage est la relative rigidité des règles informatiques régissant ces systèmes, ce qui formalise la procédure et la rend plus prévisible. Enfin, les systèmes experts ont permis l'accroissement progressif de la densité normative de la réglementation propre à eBay, en réduisant d'autant le recours aux règles impératives<sup>122</sup> et dispositives du droit matériel applicable.

Avant d'explicitier ces divers éléments, et ce faisant de présenter le système actuel de règlement des différends en ligne d'eBay, il est déjà significatif de constater – nous y reviendrons à un stade ultérieur – qu'eBay a suivi par cette évolution la voie anthropologiquement ordinaire de la judiciarisation et de la juridicisation d'une communauté dont nous avons annoncé les prémisses ci-dessus<sup>123</sup>. Tout comme ces deux types de développements conduisent ordinairement, quand les conditions sont réunies, à la création d'un droit propre à une communauté donnée<sup>124</sup>, sur eBay l'introduction de ce système formalisé et autoréférentiel a permis la cris-

<sup>122</sup> Notons que l'on constate en pratique que les règles impératives ne sont pas systématiquement respectées lors de la procédure d'ODR d'eBay, mais que cette violation du droit impératif ne peut pas être sanctionnée par les tribunaux car ces derniers sont dans la plupart des cas inaccessibles, raison qui est à l'origine du recours aux ODR. Sur cette question, voir T. SCHULTZ, *eBay: un système juridique en formation?*, in "Revue du droit des technologies et de l'information", Vol. 22, 2005, p. 27.

<sup>123</sup> Sur ces développements types, voir par exemple J.S. AUERBACH, *Justice without law?*, New York, Oxford University Press, 1983, p. 15; N. BOBBIO, cité note 119; S. GUINCHARD, *L'évènement du juge civil*, in Clam J., Martin G. (éds.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 221. Pour une application plus détaillée de la mise en oeuvre de ces théories dans le contexte d'eBay notamment, voir T. SCHULTZ, *Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists*, in "Yale Journal of Law & Technology", Vol. 10, 2007, à paraître.

<sup>124</sup> Sur la secondarisation d'une communauté (dédoublément du groupe en gouvernants et gouvernés, des normes en règles primaires et secondaires, ainsi que des institutions et notamment des institutions juridictionnelles, dont le fonctionnement et les attributions sont formalisés, déterminés par les règles secondaires), à laquelle correspond sa juridicisation (la communauté sociale devient communauté juridique), voir N. BOBBIO, cité note 119, p. 51 ss. et P. BOHANNAN, cité note 119. Sur les communautés juridiques en général et leur corrélative création d'ordres juridiques autonomes, voir P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, pp. 324-376.

tallisation progressive de nouvelles règles procédurales et matérielles régissant les droits et obligations des parties et les modes de résolution des litiges pour cette place de marché, avec la spécificité que ces développements ont pour l'essentiel été mis en œuvre par la technologie. Les paragraphes qui suivent apporteront quelque lumière à ces assertions.

Dès 1999, eBay a mis en place le système de résolution des litiges en ligne encore utilisé aujourd'hui, qui est administré par SquareTrade, une institution de résolution en ligne des litiges indépendante d'eBay mais dont les procédures sont spécifiquement prévues pour cette place de marché, qui fournit en retour l'essentiel des affaires inscrites au rôle de SquareTrade<sup>125</sup>. Grâce à eBay, cette institution connaît un succès remarquable: depuis l'année passée, ce sont environ un million de litiges que SquareTrade a résolu l'an passé, ce qui en fait l'institution de règlement des différends la plus prospère au monde d'un point de vue quantitatif<sup>126</sup>.

Le système de résolution des litiges en ligne pour eBay s'articule en deux étapes. La première consiste en une négociation assistée par ordinateur: les parties tentent de trouver une solution à leur litige en négociant par le biais de formulaires en ligne, suivant des suggestions du système informatique. A cette étape s'ajoute, le cas échéant, une médiation en ligne, dans laquelle une tierce personne, soit un médiateur, communique avec les parties, par un site web et éventuellement par email, pour tenter de les amener à un accord.

Dans la procédure préalable de négociation assistée, le système informatique propose tout d'abord aux parties, par un formulaire, un choix de formules préétablies décrivant le type de litige en cause (par exemple

<sup>125</sup> Notons qu'eBay n'impose pas de clause exclusive de résolution des litiges et que les parties ont donc la possibilité de recourir à d'autres méthodes de règlement des différends, que ce soient les tribunaux étatiques ou arbitraux ou d'autres ODR spécifiques, comme celui du système de paiement PayPal. La fréquence d'utilisation de ce dernier n'a toutefois aucune commune mesure avec celle de SquareTrade et ne concerne pas plus particulièrement les litiges issus d'eBay que toute autre transaction utilisant PayPal comme méthode de paiement; en conséquence, ce système ne fera pas l'objet d'une analyse ou même d'une présentation dans le présent article. Sur le système de PayPal, voir <http://www.paypal.com/cgi-bin/webscr?cmd=xpt/cps/general/PPDisputeResolution-outside>.

<sup>126</sup> Début 2007, SquareTrade avait résolu un total de deux millions de litiges depuis sa création en 1999, dont un million entre 1999 et 2005: voir, respectivement, *About SquareTrade* <http://www.squaretrade.com/pages/about-us-overview> et O. RABINOVICH-EINY, cité note 112, p. 257.

“marchandise endommagée” ou “défaut de remboursement à la suite d’un retour de marchandise”). Cette typologie sert à classer les griefs dans des catégories qui conduisent plus aisément à une résolution du différend. Les parties, qui ne sont pas assistées d’un conseil juridique et ne sont typiquement pas des professionnels du commerce, n’arrivent souvent pas à identifier spontanément la nature de leur litige. Le système expert intervient en faisant en sorte que cette liste soit établie sur la base de négociations antérieures, réalisées par cette même plateforme électronique, qui ont conduit à des accords. Le système propose donc les descriptions types qui se sont avérées, par le passé, avoir les chances les plus élevées de mener à un accord des parties et à une résolution du litige<sup>127</sup>.

Le système de négociation automatisée demande ensuite aux parties d’entrer leurs conclusions, soit la demande adressée à l’autre partie. A nouveau, la liste proposée est établie sur la base de ce que le système expert a identifié comme ayant la probabilité la plus élevée d’aboutir à une transaction, compte tenu de la description du litige faite par les parties et de l’issue de négociations passées présentant une même configuration factuelle.

Les parties peuvent à tout moment demander l’intervention d’un médiateur. Une personne physique reprend alors le rôle initié par l’ordinateur et tente d’amener les parties à transiger, en se fondant sur leurs positions et intérêts tels que ceux-ci ressortent de leurs échanges ayant eu lieu par l’interface de négociation assistée et en s’inspirant, tout comme l’ordinateur, de solutions suggérées par la base de données alimentée par le système expert<sup>128</sup>. Les communications entre le médiateur et les parties prennent la forme d’un système hybride, combinant emails et *chat rooms*, dans lequel les échanges s’opèrent de manière asynchrone.

A la suite de cette présentation générale de la mise en place progressive d’un système de résolution des litiges en ligne pour eBay et des grandes lignes du mécanisme actuel, il convient d’en dégager les

<sup>127</sup> Voir la description qu’en fait le CEO de SquareTrade: S. ABERNETHY, *Building Large-Scale Online Dispute Resolution and Trustmark Systems*, KATSH E. et al. (éd.), *Online Dispute Resolution: Technology as the “Fourth Party”*, Amherst (MA), Publ. des Nations Unies et de l’Université de Massachusetts, 2003, [www.webcitation.org/5O1HP5FHI](http://www.webcitation.org/5O1HP5FHI), p. 70. Voir aussi O. RABINOVICH-EINY, cité note 112, pp. 269-272.

<sup>128</sup> O. RABINOVICH-EINY, cité note 112, pp. 269-272.

aspects-clefs qui pourront nous fournir des jalons potentiels pour le développement du règlement des différends en ligne en Suisse.

#### 2.4. Aspects-clefs et enseignements

La réussite extraordinaire du système mis en place par eBay et SquareTrade repose en grande partie sur les réponses qu'ils ont apporté aux problèmes classiques de la résolution des litiges en ligne: soit tout d'abord de convaincre le défendeur de se soumettre à la procédure, puis d'obtenir l'exécution des obligations découlant de la transaction extrajudiciaire ou éventuellement de la sentence arbitrale.

En effet, de manière générale, la difficulté majeure de la résolution des litiges en ligne est d'obtenir la participation du défendeur. La très grande majorité des litiges dans lesquels une résolution en ligne intervient ou est tentée se présentent de la manière suivante: un contrat de vente est conclu pour une somme relativement faible, puis l'acheteur s'exécute et effectue le paiement entre les mains du vendeur et, après le transfert du versement, le vendeur expédie la marchandise, enfin l'acheteur constate un défaut dans l'exécution des obligations du vendeur (retard, vice, absence d'exécution tout court) et entame une procédure de règlement des litiges en ligne. L'acheteur joue donc dans la très grande majorité des cas le rôle de demandeur, puisque c'est la prestation de son cocontractant qui est en souffrance<sup>129</sup>. En l'absence d'un système tel que celui d'eBay, visant spécifiquement à résoudre ce problème, le vendeur réagit typiquement par l'indifférence dans le rôle du défendeur car il est généralement conscient du fait qu'il se trouve dans une situation de transaction unique (*one-shot transaction*), par opposition à une relation contractuelle impliquant des échanges

<sup>129</sup> En soi, le recrédit, par l'émetteur d'une carte de crédit à l'acheteur, des sommes que celui-ci a versées en paiement, en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution des prestations du vendeur, est un mécanisme qui permettrait d'inverser les rôles de demandeur et d'acheteur. Cependant, le droit à un recrédit dans de telles circonstances est en Europe généralement exclu par les conditions générales du contrat liant l'émetteur au titulaire (soit l'acheteur) (voir par exemple l'art. 5 al. 4 des conditions générales d'utilisation des cartes de crédit UBS). Par contre, ce droit au recrédit existe en droit américain et anglais si le contrat est un contrat de consommation. Voir la Section 75 du Consumer Credit Act de 1974 et le US Truth-in-Lending Act, 15 U.S.C. §§ 1601–1667 (2004) ainsi que la US Federal Reserve Board's implementing regulation Z, 12 C.F.R. § 226.12, lit. b (2001).

répétés<sup>130</sup>) et que le contexte du rapport contractuel est désocialisé<sup>131</sup>. De plus, un tel vendeur n'a pas de raisons (financières) de craindre l'initiation d'une procédure judiciaire car la probabilité d'une telle action est de toute manière très basse au vu de la disproportion entre la valeur litigieuse, généralement faible, et le coût qui serait engendré par une telle procédure. Enfin, la violation d'une clause contractuelle obligeant le vendeur à se soumettre à une procédure de médiation ou de négociation – pour autant qu'il existe une telle clause, ce qui n'est pas le cas dans le système d'eBay – aurait potentiellement certains effets procéduraux (exception d'incompétence sous la forme d'une fin de non-recevoir ou d'un motif pour surseoir à statuer, ce dont le vendeur ne se soucie pas)<sup>132</sup>, mais en principe aucun effet de droit matériel sur le plan civil (notamment dommages et intérêts, sous la réserve d'une éventuelle clause pénale)<sup>133</sup>. Seule une clause d'arbitrage pourrait changer la donne en ce qu'elle pourrait conduire à une sentence arbitrale par défaut si le défendeur refuse de participer à la procédure<sup>134</sup>. Encore faut-il dans ce cas que la procédure arbitrale soit économiquement accessible, ce que permettent certaines structures de financement des institutions de résolution des litiges en ligne<sup>135</sup>. De plus, les coûts résultant de la procédure d'exécution de la sentence ne devront pas être disproportionnés par rapport à la valeur litigieuse (ce qui est plus délicat car ne pouvant être déterminés par l'institution de règlement des différends), de tels coûts pouvant toutefois être évités dans le cas où un mécanisme d'auto-

<sup>130</sup> Voir I.R. MACNEIL, cité note 113, pp. 1031-36.

<sup>131</sup> Voir le texte relatif à la note 103 ci-dessus.

<sup>132</sup> Pour un survol des droits français, anglais et italien, voir V. TILMAN, *Les atteintes au principe du consensualisme dans la médiation commerciale - Impact au niveau européen*, in "Revue de droit des affaires internationales", 2005, p. 431. Pour le droit allemand, voir J. RISSE, *Wirtschaftsmidiation*, Munich, Beck, 2003, p. 98 ss. En Suisse, la question de savoir si une clause de médiation peut avoir des effets procéduraux est controversée: voir par exemple E.J. HABSCHEID, *Die außgerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis*, in "Pratique juridique actuelle", 2001, p. 938, spéc. p. 941 (l'admettant) et D. BROWN-BERSET, cité note 69 ci-dessus, p. 368.

<sup>133</sup> Evoquant cette éventualité, C. KLAUS, M. LATOWITZ, *Mediation*, in Kaufmann-Kohler G., Stucki B. (éds.), "International Arbitration in Switzerland", La Haye, Kluwer, 2004, p. 224, spéc. p. 234.

<sup>134</sup> Voir, par exemple, O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage commercial international*, thèse Institut de hautes études internationales et du développement 2006, p. 455 ss.

<sup>135</sup> Sur ces structures de financement, voir par exemple G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, cité note 2, pp. 65-66.

exécution est couplé à la procédure, dispensant ainsi du recours aux tribunaux pour obtenir l'exécution<sup>136</sup>. Ce risque de se voir opposer une procédure de résolution des litiges trop efficace étant connu des opérateurs du commerce électronique, les clauses compromissaires visant un arbitrage en ligne demeurent relativement rares, même si certains opérateurs peuvent voir un certain intérêt à recourir à l'arbitrage comme mode de résolution des litiges avec leurs clients notamment dans le but d'éviter des procédures d'actions collectives (*class action*)<sup>137</sup>.

Pour éviter ce problème, le système d'eBay et de SquareTrade comprend une possibilité de contraindre le défendeur à collaborer, par la pression du score d'évaluation<sup>138</sup>. L'acheteur a en effet la possibilité de faire une évaluation négative d'un vendeur qui refuse de se soumettre à la procédure. Si l'évaluation a déjà eu lieu, le système ne permet de l'annuler qu'en présence d'un commun accord des parties, en principe obtenu par le recours à la procédure de négociation assistée ou de médiation en ligne. Dans les faits, cette contrainte, combinée aux faibles coûts de la procédure, a pour effet que le vendeur accepte dans la très grande majorité des cas de participer à la procédure de résolution des litiges.

Le vendeur peut en outre se soumettre volontairement à une mesure complémentaire visant à garantir sa participation à la procédure, en souscrivant à un sceau de confiance ou *trustmark* délivré par SquareTrade<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Rappelons qu'un tel mécanisme est utilisé dans les systèmes de l'UDRP et de SWITCH, voir le texte accompagnant les notes 14 et 90 ci-dessus, ainsi que les références figurant à la note 144 ci-dessous. Ces mécanismes d'auto-exécution ont été présentés plus en détails dans T. SCHULTZ, cité note 103, pp. 327-378.

<sup>137</sup> Voir à ce propos la récente décision de la Cour suprême du Canada, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 (accessible à : <http://www.iiijcan.org/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>), rendue en faveur du fabricant d'ordinateurs Dell par laquelle une clause d'arbitrage contenue dans les conditions générales de Dell a été reconnue opposable au client de Dell ayant acheté du matériel informatique par Internet, l'arbitrage ayant pour effet d'exclure la possibilité d'utiliser les voies de recours collectifs (*class action*) qui auraient été ouvertes devant les juridictions étatiques.

<sup>138</sup> Pour d'autres exemples de recours à des formes privées de contrainte en vue d'assurer le respect de règles juridiques issues de communautés autres que l'Etat-nation, P. DEUMIER, cité note 124, p. 259 ss. et pp. 356-357.

<sup>139</sup> Voir la page "eBay Seal Overview" sur le site de SquareTrade, <http://www.square-trade.com/pages/ebay-seal-overview>.

Ce sceau, apposé sur le profil électronique des vendeurs qui en font la demande, témoigne de l'engagement par son détenteur de respecter un code de bonne conduite commerciale, qui prévoit notamment l'obligation de se soumettre à la procédure de règlement en ligne de SquareTrade, sous peine de révocation du sceau. Les vendeurs adhèrent à ce système parce que la confiance supplémentaire que celui-ci inspire conduit à une augmentation des ventes atteignant 20 pour cent<sup>140</sup>. Sa révocation constitue donc une sanction financière importante et l'épée de Damoclès qu'elle représente permet une contrainte efficace.

La problématique, ainsi que la solution, sont similaires en ce qui concerne l'exécution du résultat de la procédure (accords, décisions, sentences)<sup>141</sup>. L'on se souviendra que l'on utilise les méthodes de résolution des litiges en ligne parce que l'accès aux tribunaux coûte trop cher par rapport à la valeur litigieuse. Or l'on retrouve le même problème d'accès à la justice si un tribunal doit être saisi pour obtenir l'exécution forcée de la décision ou de l'accord. Si le résultat de la procédure se matérialise dans un accord transactionnel (conclu à l'issue d'une médiation ou d'une négociation en ligne), une action judiciaire ordinaire en exécution d'un tel accord sera en principe nécessaire, suivie éventuellement d'une procédure d'exécution forcée. S'il s'agit d'une sentence arbitrale, la procédure d'exécution sera souvent moins lourde que pour un accord transactionnel. En effet, une sentence bénéficie dans l'Etat du siège du tribunal arbitral (exequatur interne) d'une procédure d'exequatur légère, voire est exécutoire de plein droit, indépendamment de toute procédure, ce qui est le cas en Suisse<sup>142</sup>. L'exequatur d'une sentence étrangère (exequatur international), quant à lui, bénéficiera dans la plupart des ordres juridiques des conditions d'exécution très favorables de la Convention de New York<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> Selon S. ABERNETHY, *SquareTrade*, in "Open Forum 2004: Showcase Showdown", 5 juin 2004, <http://www.webcitation.org/5QduDseL8>.

<sup>141</sup> Sur cette problématique de manière générale en droit de la consommation, voir E. HONDIUS, *Towards a European Small Claims Procedure?*, in Thévenoz L., Reich N. (éds.), "Droit de la consommation. Liber amicorum Bernd Stauder", Genève, Schulthess, 2006, pp. 136-137.

<sup>142</sup> J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 2002, §§ 858-862.

<sup>143</sup> Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Cependant, les coûts demeureront dans la plupart des cas disproportionnés par rapport à une valeur litigieuse restant réduite (se montant généralement à quelques centaines d'euros). Si la partie débitrice refuse de se conformer à ses obligations à l'issue de la procédure, le créancier devra souvent se résigner à constater que le règlement en ligne a été mené en vain, à moins qu'un mécanisme particulier ne soit prévu en vertu duquel la partie débitrice sera incitée à s'exécuter "volontairement"<sup>144</sup>. Telle est précisément l'approche de SquareTrade, qui à nouveau recourt au score d'évaluation et au sceau de confiance. Ainsi, le refus d'une exécution spontanée des obligations créées ou constatées dans le cadre de la procédure de règlement des différends peut conduire à une évaluation négative, qui va s'inscrire dans l'historique des transactions du vendeur, et, le cas échéant, va conduire au retrait du sceau. Dans les faits, il semble que cette incitation financière soit suffisante pour obtenir l'exécution des obligations du débiteur dans la très grande majorité des cas<sup>145</sup>.

### 3. PISTES DE RÉFLEXION POUR LA SUISSE

Sur la base des exemples de la résolution des litiges relatifs aux noms de domaine et concernant eBay qui ont été présentés ci-dessus, il convient de tenter d'en tirer des enseignements qui pourraient être utiles dans le contexte de la réflexion sur les développements de la résolution

<sup>144</sup> Le système de l'UDRP repose sur un autre mécanisme: la ressource qui intéresse les parties, c'est-à-dire la conversion du nom de domaine en adresse IP, est contrôlée par l'ICANN. Une décision UDRP est auto-exécutée par la modification des tableaux de conversion de noms de domaine en adresse IP, opérée par l'autorité d'enregistrement du nom de domaine, qui est tenue de le faire en vertu du contrat d'accréditation qui doit être conclu avec l'ICANN, voir ci-dessus le texte accompagnant la note 12; sur cette question, voir aussi N. W. NETANEL, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, in "California Law Review", Vol. 88, 2000, p. 395, spéc. p. 485 et T. SCHULTZ, cité note 103, pp. 374-376.

<sup>145</sup> "[The parties obey their agreement] in almost 100 per cent of cases. We rely on parties to reopen cases if the other party does not abide by the agreement – and this almost never happens": S. ABERNETHY, *On the Online Dispute Resolution Activities of SquareTrade*, in KAUFMANN-KOHLER G., SCHULTZ T., cité note 2, p. 321, spéc. p. 324.

des litiges en ligne en Suisse<sup>146</sup>. Il importe ainsi en premier lieu de réfléchir au rôle que doit jouer l'Etat dans ce cadre<sup>147</sup>.

### 3.1. La détermination du rôle de l'Etat

On peut considérer que le rôle de l'Etat dans la mise en œuvre d'un système de résolution des litiges en ligne en Suisse pourra varier selon qu'il s'agit de la résolution des litiges entre entreprises (B2B) ou entre entreprises et consommateurs (B2C), un besoin réglementaire plus important pouvant être admis pour ce dernier type de litiges<sup>148</sup>. En effet, en Suisse comme ailleurs, on constate que les différends auxquels les consommateurs sont parties ne peuvent généralement pas être résolus efficacement, à l'heure actuelle, par les tribunaux<sup>149</sup>.

Par ailleurs, il semble que l'importance de la réglementation étatique dépendra également de la fonction juridictionnelle qu'auront les systèmes d'ODR par rapport aux juridictions étatiques ordinaires. En effet, si les systèmes d'ODR devaient véritablement remplacer les juridictions ordinaires, leur réglementation devra être d'autant plus détaillée, ce afin de préserver les droits (procéduraux) des parties, notamment le droit d'être entendu<sup>150</sup>. Par contre, si les systèmes d'ODR ne constituent qu'une alternative aux voies judiciaires ordinaires<sup>151</sup>, ce qui est le cas des systèmes pour les litiges concernant les noms de domaine (particulièrement pour les noms de domaine .ch) et pour eBay qui ont été examinés, leur réglementation légale pourra être plus succincte. On insistera dans ce cadre sur le fait que de tels mécanismes de règlement de différends qui sont alternatifs aux voies

<sup>146</sup> Sur cette question, voir F.M.R. WALTHER, *Online Dispute Resolution (ODR) - Praktische Bedeutung und rechtsstaatliche Problematik privater Streitschlichtungsmechanismen im e-commerce-Zeitalter*, in Muralt Müller H., Koller T. (éds.), "Tagung 2001 für Informatik und Recht", Berne, Stämpfli, 2002, pp. 197-211.

<sup>147</sup> Sur cette question, voir D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, *Cyber Arbitration und prozessuale Fairness*, in Weber R.H., Berger M., Auf der Maur R. (éds.), *Geschäftsplattform Internet IV*, Zurich, Schulthess, 2003, pp. 189 ss., p. 210.

<sup>148</sup> Dans ce sens, D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, cité note 147, p. 210.

<sup>149</sup> Voir F.M.R. WALTHER, *e-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution*, in "Pratique Juridique Actuelle 2001", p. 755 ss., p. 756, qui évoque la "faktische Nichtjustitiabilität von Konsumentenstreitigkeiten".

<sup>150</sup> Sur ces questions, voir D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, cité note 147, p. 196 ss.

<sup>151</sup> Ce qu'appelle Walther de ses vœux, voir F.M.R. WALTHER, cité note 146, p. 210.

judiciaires ne constituent pas des systèmes d'arbitrage qui excluent ou limitent à tout le moins la résolution du litige par les juridictions ordinaires.

Dans cette perspective de complémentarité entre les systèmes d'ODR et les juridictions étatiques, on peut admettre qu'une réglementation-cadre des systèmes d'ODR sera suffisante, pour autant que des mécanismes de contrôle étatique soient institués<sup>152</sup>. Par conséquent, on ne saurait laisser libre champ à l'auto-réglementation si l'on souhaite instituer une véritable architecture de confiance au bénéfice des cyberconsommateurs; une surveillance étatique s'impose<sup>153</sup>.

Pour ce qui concerne le rôle de l'Etat lui-même dans le règlement des litiges, on peut constater qu'à la lumière des expériences positives réalisées tant pour les noms de domaine que pour eBay, il n'apparaît pas indispensable que l'Etat assume lui-même la fonction d'organisme de règlement des litiges en ligne. En effet, ce genre d'activités peut parfaitement être accompli par des entités privées<sup>154</sup> ou publiques<sup>155</sup> indépendantes de l'Etat, pour autant bien entendu que celles-ci s'engagent envers l'Etat à respecter certains principes (définis dans les dispositions réglementaires applicables et les contrats de prestation de services conclus avec les autorités étatiques compétentes). On peut en effet relever, à l'image de ce qui a été mis en place pour les litiges concernant les noms de domaine .ch, que des tiers extérieurs à l'Etat peuvent disposer des ressources adéquates (notamment sur le plan des technologies de l'information) pour gérer de manière appropriée le service de règlement des litiges.

### *3.2. Les mécanismes d'incitation à participer aux procédures d'ODR et à en exécuter le résultat*

Une question qui se pose également dans le cadre des réflexions sur le rôle réglementaire de l'Etat concerne la mise en place d'éventuelles mesu-

<sup>152</sup> Dans ce sens, D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, cité note 147, p. 210.

<sup>153</sup> Comme l'expriment D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, cité note 147, p. 212, "Vertrauen ist gut. Kontrolle ist besser".

<sup>154</sup> Telle que SquareTrade, qui est utilisé par eBay, voir Section 2.3 ci-dessus.

<sup>155</sup> Par exemple le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, qui a été choisi pour servir d'organisme de règlement des différends pour les litiges concernant les noms de domaine .ch, voir ci-dessus le texte accompagnant la note 36.

res d'incitation par lesquelles les personnes concernées seront incitées à se soumettre aux systèmes d'ODR et, à l'issue de ces procédures, à en exécuter volontairement le résultat.

On notera à cet égard, que, dans certains cas, aucune incitation ne sera nécessaire, compte tenu du fait que, d'une part, le refus des parties défenderesses de participer à la procédure n'a guère d'importance puisque la procédure peut conduire à une décision par défaut, et, d'autre part, le résultat de la procédure peut être mis en œuvre sans devoir recourir à une procédure d'exécution forcée (dont nous avons vu qu'elle n'est souvent guère praticable, en raison des coûts impliqués). C'est le cas en matière de litiges concernant les noms de domaine (tant pour l'UDRP que pour les noms de domaine .ch) dans lesquels le panel rend une décision indépendamment de la participation du défendeur, décision qui est ensuite automatiquement mise en œuvre par les unités d'enregistrement de noms de domaine (soit par SWITCH pour les noms de domaine .ch)<sup>156</sup>. Il est toutefois nécessaire de songer aux autres cas – majoritaires – dans lesquels la procédure ne peut pas fonctionner sans la collaboration du défendeur, de sorte qu'il convient donc d'inciter ce dernier à y participer.

La seule incitation qui semble aujourd'hui donner de bons résultats est l'incitation commerciale, sur le modèle de ce qui a été mis en place par eBay et SquareTrade.

Pour créer cette incitation commerciale, une approche, qui semble être la plus prometteuse, serait de faire en sorte que les opérateurs du commerce électronique, ou plus généralement les opérateurs commerciaux, dans la mesure où l'ODR peut aussi être mis en œuvre pour des litiges qui ne sont pas liés au commerce électronique<sup>157</sup>, se voient attribuer un signe caractéristique. Il s'agit typiquement d'un sceau de confiance, qui peut leur être retiré par l'autorité qui l'a délivré en cas de refus de leur part de se soumettre à la procédure d'ODR ou de procéder volontairement à l'exécution de la décision rendue à leur encontre à l'issue de celle-ci ou de la transaction conclue pour résoudre le différend.

<sup>156</sup> Voir note 144 ci-dessus.

<sup>157</sup> Par exemple des litiges en matière de télécommunications, voir à ce propos les services de l'Office de conciliation des télécommunications, <http://www.ombudscom.ch/index.html>.

Pour que le système du sceau de confiance fonctionne, c'est-à-dire pour qu'il suscite la confiance des clients concernés et contribue ainsi à créer une architecture de confiance et soit donc susceptible de donner un avantage commercial à l'opérateur visé, il faut qu'il soit clairement reconnaissable et identifiable par les clients de ce dernier. On pourrait d'ailleurs imaginer un système de sceau de confiance à double niveau. Tout d'abord, on pourrait concevoir que les fournisseurs de service d'ODR qui souhaitent offrir leurs services en Suisse se voient soumis à un mécanisme de certification par l'Etat afin de s'assurer que les services qu'ils fournissent sont d'une qualité attendue suffisante pour préserver les droits des parties en litige (notamment la confidentialité, les droits procéduraux, l'égalité de traitement, etc.) et l'efficacité de la procédure (qui devrait être "équitable, rapide et avantageuse"<sup>158</sup>). Une telle certification des fournisseurs de service de règlement des litiges pourrait potentiellement s'inspirer des dispositions applicables en matière de signatures électroniques pour lesquelles un système d'accréditation des "organismes de reconnaissance"<sup>159</sup> a été mis en place<sup>160</sup>. De plus, on peut également songer à l'institution d'un mécanisme d'approbation par les autorités étatiques des personnes qui seront amenées à participer au processus d'ODR en tant que médiateur/conciliateur ou en tant qu'arbitre afin d'en vérifier la compétence et la neutralité, comme ce qui a été fait pour les noms de domaine .ch<sup>161</sup>.

Ensuite, à un deuxième niveau, les opérateurs commerciaux pourraient également se voir attribués un sceau de confiance, dont la délivrance et la surveillance pourraient le cas échéant être confiées à une autorité étatique. Ce sceau de confiance serait destiné à confirmer que

<sup>158</sup> Cf. art. 14g al. 2 ORAT.

<sup>159</sup> L'organisme de reconnaissance étant défini à l'art. 2 let. h de la loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, LCSE, RS 943.03) comme "organisme qui, selon les règles de l'accréditation, est habilité à reconnaître et à surveiller les fournisseurs", le fournisseur étant pour sa part défini (art. 2 let. g LCSE) comme un "organisme qui certifie des données dans un environnement électronique et qui délivre à cette fin des certificats numériques".

<sup>160</sup> Le mécanisme de l'accréditation se fondant sur l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le système suisse d'accréditation et la désignation de laboratoires d'essais et d'organismes d'évaluation de la conformité, d'enregistrement et d'homologation, RS 946.512.

<sup>161</sup> En vertu de l'art. 14g al. 3 ORAT, l'OFECOM approuve la désignation de ces experts tiers.

l'opérateur concerné se conforme aux pratiques commerciales loyales définies ou reconnues par l'autorité concernée (par exemple sur la base de standards internationaux, en référence aux "meilleures pratiques en la matière")<sup>162</sup>. Un tel système permettrait de créer une architecture de confiance favorable aux consommateurs qui méritent une protection particulière dans le cadre du commerce électronique.

On peut d'ailleurs constater qu'en sus des consommateurs, les opérateurs commerciaux ont également intérêt à la mise en place de systèmes d'ODR, ce afin de tenter d'éviter d'être attirés devant des juridictions étrangères qui pourraient être compétentes à titre exclusif et impératif en vertu de réglementations étatiques étrangères protégeant les consommateurs<sup>163</sup>. A cet égard, on doit souligner que, compte tenu de la nature globale du commerce électronique, des mécanismes d'accréditation internationale ou de reconnaissance interétatique réciproque des accréditations nationales seraient souhaitables, ce afin d'éviter aux opérateurs l'obligation d'obtenir une accréditation nationale dans chaque Etat dans lequel ils souhaitent offrir leurs produits ou leurs services. Dans ce contexte, on peut se demander si la création de systèmes d'ODR ne sera pas exigée à l'avenir dans le contexte d'accords interétatiques bilatéraux de libre-échange, ce afin de s'assurer que des mécanismes de résolution des litiges efficaces soient disponibles dans le but de protéger les ressortissants (personnes et sociétés) respectifs des Etat concernés, à l'image de ce qui a été fait pour la résolution des litiges concernant les noms de domaine<sup>164</sup>. On

<sup>162</sup> Selon la formulation faite à l'art. 14g al. 2 ORAT.

<sup>163</sup> Sur cette hypothèse, voir F.M.R. WALTHER, cité note 149, p. 757, constatant que les petites et moyennes entreprises exportatrices de produits et services par Internet ont de telles craintes.

<sup>164</sup> Ainsi, l'art. 16.3 al. 2 du Traité bilatéral de libre-échange entre les Etats-Unis d'Amérique et Singapour du 6 mai 2003 (United States – Singapore Free Trade Agreement, accessible à: [http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Agreements/Bilateral/Singapore\\_FTA/Final\\_Texts/asset\\_upload\\_file708\\_4036.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf)) prévoit l'obligation des parties de mettre en place un système de résolution des litiges pour les noms de domaine calqué sur l'UDRP ("Each Party shall require that registrants of domain names in its ccTLD are subject to a dispute resolution procedure, modeled along the same lines as the principles set forth in ICANN Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (ICANN UDRP), to address and resolve disputes related to the bad-faith registration of domain names in violation of trademarks"); pour une analyse de l'inclusion et de l'im

constate d'ailleurs plus généralement que la promotion du commerce électronique comme telle fait l'objet de réglementations dans certains accords bilatéraux de libre-échange<sup>165</sup>.

Ainsi, par le système de la certification/accréditation, les autorités étatiques pourraient instituer un système de contrôle sur les opérateurs concernés par l'ODR, soit en tant que fournisseurs de services d'ODR, soit en tant que parties défenderesses potentielles à des procédures d'ODR. A défaut d'intervention étatique, on peut également imaginer que de tels sceaux soient mis en œuvre par des entités privées (par exemple des associations de consommateurs), de tels sceaux pouvant alors prendre la forme de marques de garantie<sup>166</sup>.

position de l'UDRP dans les accords de libre-échange bilatéraux conclus par les Etats-Unis d'Amérique, voir la récente étude de A. BROWN, A. GUADAMUZ, J. HATCHER (de l'AHRC Research Centre for Studies in Intellectual Property and Technology Law, Université d'Edinbourg), *The impact of Free Trade Agreements on Information Technology based business* (2007), p. 37 ss. (accessible à [http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/files/95\\_scopingreportjune2007.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/files/95_scopingreportjune2007.pdf)).

<sup>165</sup> Ainsi, la promotion du commerce électronique fait l'objet de l'art. 7 de l'accord bilatéral entre les Etats-Unis d'Amérique et la Jordanie du 24 octobre 2000 (Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area, accessible à: [http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Agreements/Bilateral/Jordan/asset\\_upload\\_file250\\_5112.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Jordan/asset_upload_file250_5112.pdf)); de plus, la déclaration commune entre les Etats-Unis d'Amérique et la Jordanie sur le commerce électronique (US-Jordan Joint Statement on Electronic Commerce) identifie la nécessité de mettre à disposition des consommateurs des moyens efficaces de résoudre les différends (p. 5, accessible à: [http://www.jordanusfta.com/documents/joint\\_statement\\_on\\_e-commerce.pdf](http://www.jordanusfta.com/documents/joint_statement_on_e-commerce.pdf)): "Consumers should receive effective protection in the online environment that can be promoted through enforcement of existing consumer protection laws, modification of these laws if necessary to accommodate the unique characteristics of the online environment, consumer education, and industry supported mechanisms to empower consumers and resolve consumer complaints and concerns"; sur la réglementation du commerce électronique dans cet accord bilatéral, voir B.H. MALKAWI, *E-Commerce in Light of International Trade Agreements: The WTO and the United States-Jordan Free Trade Agreement*, in "International Journal of Law and Information Technology", Vol. 15, 2007, pp. 153-169.

<sup>166</sup> Une marque de garantie est définie comme "un signe utilisé par plusieurs entreprises sous le contrôle de son titulaire, dans le but de garantir la qualité, la provenance géographique, le mode de fabrication ou d'autres caractéristiques communes de produits ou de services de ces entreprises" (art. 21 de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992, RS. 232.11).

## CONCLUSION

L'Etat se trouve face au défi captivant qui est de déterminer si et comment il souhaite réglementer les systèmes d'ODR de manière à créer un cadre favorable au développement du commerce électronique.

Dans le cadre de ses réflexions, l'Etat est ainsi amené à déterminer l'approche qui lui paraît la plus appropriée entre l'auto-réglementation d'inspiration libérale et la réglementation étatique contraignante. Même si cette question n'est manifestement pas nouvelle puisqu'elle se pose face à toute éventuelle intervention réglementaire, la réglementation des systèmes d'ODR présente toutefois des caractéristiques particulières de par le fait qu'il s'agit d'un thème global, qui présente l'avantage de permettre au législateur national de s'inspirer des solutions développées sur le plan international ou à l'étranger.

Quoi qu'il en soit, même si les autorités suisses ne souhaitent pas créer un cadre réglementaire pour l'ODR (notamment dans l'attente des expériences à venir qui pourraient être conduites par les cantons), il semblerait utile qu'une attention soit portée à certaines questions juridiques importantes qui pourraient mériter une réglementation uniforme sur le plan fédéral<sup>167</sup>. Ainsi la question de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues dans le cadre des systèmes d'ODR (qu'il s'agisse de véritables décisions ou d'accords conclus entre les parties au litige grâce à l'intervention d'un tiers conciliateur/médiateur), dans les hypothèses où aucune exécution automatique n'est possible sur le plan technologique comme c'est le cas pour le transfert des noms de domaine<sup>168</sup> et où l'exécution volontaire par la partie perdante n'est pas facilitée par la pression commerciale exercée sur les parties au litige comme c'est le cas pour eBay<sup>169</sup>. Dans un tel cas, il conviendrait de songer à la mise en œuvre d'une exécution facilitée sur le plan juridique en donnant potentiellement un caractère judiciaire renforcé à l'acte auquel a abouti le système d'ODR, qu'il s'agisse d'un accord intervenu entre les parties<sup>170</sup> ou

<sup>167</sup> Pour une liste des questions principales, voir F.M.R. WALTHER, cité note 146, p. 206 ss.

<sup>168</sup> Voir ci-dessus le texte accompagnant les notes 14 et 90.

<sup>169</sup> Voir ci-dessus le texte accompagnant les notes 106 à 113.

<sup>170</sup> Sur le modèle de ce qui a été adopté en matière de droit du bail pour les accords intervenus entre les parties en litige au sujet de baux d'habitation et de locaux commerciaux, ces

d'une décision (qui pourrait potentiellement constituer un titre de mainlevée provisoire voire définitive en droit de l'exécution forcée<sup>171</sup>). De même, la question de l'effet de la mise en œuvre de systèmes d'ODR sur la prescription ou la péremption des prétentions des parties pourrait être résolue de manière uniforme<sup>172</sup>.

On peut ainsi souhaiter que les autorités réglementaires suisses ne restent pas passives face au développement de l'ODR.

accords intervenus devant l'autorité de conciliation valant transaction judiciaire en vertu de l'art. 274e al. 1 CO; pour une telle réflexion, voir F.M.R. WALTHER, cité note 149, p. 766 note 107.

<sup>171</sup> Au sens des art. 81 et 82 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) (RS 281.1).

<sup>172</sup> On rappellera que l'art. 28 al. 2 bis LTC prévoit à cet égard que le Conseil fédéral sera amené dans le cadre de l'ordonnance à venir sur l'adoption du système de règlement des différends à régler "la procédure de ce mode de règlement, ses effets et ses conséquences sur la procédure civile, notamment en ce qui concerne la suspension de la prescription et le fardeau de la preuve"; à ce sujet, voir F.M.R. WALTHER cité note 149, p. 766, qui cite, en droit allemand, la contribution de G. WAGNER, *Alternative Streitbeilegung und Verjährung*, in "Neue Juristische Wochenschrift", 2001, p. 182 ss.

