

Quelle justice pour Internet ? L'arbitrage sur les noms de domaine

Cécile Méadel, chercheuse au Centre de sociologie de l'innovation,
École des mines de Paris¹ ;

Meryem Marzouki, chercheuse au PolyTIC, Laboratoire d'informatique de Paris 6, CNRS

Ce texte est le support de la communication présentée par Cécile Méadel. Il résume les résultats d'une étude empirique réalisée par Meryem Marzouki et Cécile Méadel, dans le cadre de travaux plus largement consacrés à la gouvernance d'Internet et menés par les auteurs avec le soutien du CNRS (Action spécifique « De l'organisation des nouveaux collectifs à l'organisation de la cité : gouvernance technique et gouvernement politique d'Internet »).

Dans un Internet qui pose de multiples façons la question de la régulation de ses usages, un seul dispositif détient sur tous un instrument de pouvoir, et de pouvoir suprême puisqu'il peut conduire à priver un acteur d'existence sur le réseau : l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Ayant la charge de l'organisation des noms de domaine, cet organisme, créé en 1999, a mis en place une procédure permettant de gérer les litiges entre deux parties qui se disputent une dénomination. Ce dispositif constitue une sorte de cas d'école des questions de gouvernance d'Internet et sur Internet, en posant la question de la fixation des normes et de leurs fondements et en proposant une application concrète puisque cette procédure gère des conflits transnationaux. Quel type de gouvernement des affaires d'Internet est donc mis en place à travers cette procédure ?

Rappelons sommairement que les noms de domaine dits « génériques » (non territoriaux) sont attribués après une demande à un sous-traitant ou « registrar » (bureau d'enregistrement du nom de domaine), qui vérifie seulement que le nom n'est pas déjà utilisé sur Internet, par consultation des bases de données de noms de domaine. S'il y a conflit sur l'utilisation du nom, le problème n'est donc posé qu'ex-post, lorsque celui qui s'estime spolié dépose une plainte devant les organismes mandatés par l'ICANN. La plainte est alors instruite suivant la procédure dite de résolution des litiges et dénommée « Uniform Dispute Resolution Policy » (UDRP).

L'UDRP, confiée à des organismes d'arbitrage labellisés tels l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), est une sorte de formule hybride de gestion des conflits, entre arbitrage et jugement. Elle se revendique comme arbitrage dans la mesure où elle ne se détermine pas en fonction d'une autorité supérieure traduite dans une législation unique (elle s'appuie sur d'autres éléments que les seules règles de droit) et où elle peut confier les dossiers à des experts, et non uniquement à des magistrats. Mais elle possède en même temps le caractère d'un jugement puisqu'elle tranche le litige, non entre deux parties qui y auraient volontairement eu recours, mais entre un plaignant qui la saisit et un défendeur dont le consentement est imposé – fut-ce par défaut – du simple fait qu'il a conclu un contrat d'enregistrement de noms de domaine auprès d'un « registrar ». Elle s'impose aux parties, car

¹ cecile.meadel@ensmp.fr

² Meryem.Marzouki@lip6.fr

le défendeur ne peut se soustraire à l'UDRP, et peut se conclure par une sanction : le retrait du nom de domaine et sa restitution à celui qui en est jugé le légitime propriétaire. Avant que ne soit établie l'UDRP, un nom de domaine appartenait à celui qui l'avait déposé en premier, suivant la seule règle du « premier arrivé, premier servi ». Mais cette règle a généré un nombre important de conflits, en particulier de la part des victimes de « squatters » qui déposaient les noms de grandes marques ou de personnalités pour les monnayer ensuite.

La procédure d'UDRP a fait l'objet d'un certain nombre d'études et d'analyses critiques qui en ont souligné les limites³. Résumons les principales critiques : l'asymétrie des parties au bénéfice du plaignant, les inégalités dans le traitement des affaires en fonction des experts et de l'organisme d'arbitrage et, enfin, l'absence de recours dans les faits. Notre travail prolonge ces analyses, ou plutôt les déplace du strict champ juridique en visant à la fois à qualifier le type de conflit et à comprendre les référents qui fondent les jugements produits. Pour cela, et afin de délimiter le champ de l'étude empirique, nous avons analysé toutes les affaires qui impliquaient au moins un partenaire français de l'origine de la procédure (mars 2000) à mai 2003. Cela représente 288 affaires traitables⁴ sur les quelque 4 000 décisions UDRP rendues dans cette période. Nous présentons ici quelques conclusions de cette recherche.

Les 288 cas analysés mettent d'abord en évidence la « géopolitique » propre des conflits autour des noms de domaine. On constate, d'une part, que la procédure permet bien de gérer des conflits transnationaux entre des pays de tous continents, mais qu'elle organise également la confrontation entre des acteurs d'un même pays (50 cas où le requérant et le défendeur sont tous les deux domiciliés en France). D'autre part - et ce n'est guère surprenant -, la carte des plaignants ne recouvre pas celle des défendeurs ; les acteurs domiciliés en France déposent 199 plaintes, alors qu'ils ne sont accusés que dans 39 cas ; lorsqu'ils sont plaignants, la partie adverse est domiciliée en France dans 21 % des cas et aux États-Unis dans 24 % des cas ; les accusés se répartissent ensuite entre de nombreux pays, en particulier l'Espagne et la Grande-Bretagne (chacune pour 8 % des cas), et les pays d'Asie (Chine, Corée, etc. pour 12 % des cas). La répartition est différente lorsque le défendeur est domicilié en France puisque 60 % des plaignants sont alors domiciliés également en France et 25 % aux États-Unis. On voit donc que les parties françaises sont davantage plaignantes qu'accusées, que les États-Unis abritent à la fois des plaignants mais aussi des accusés en nombre élevé, et que ce qui est considéré comme des attaques provient dans une mesure relativement faible de pays lointains (un cinquième des plaignants est situé hors Amérique du nord et Europe occidentale). Toutes les affaires sont-elles alors du « cybersquatting » ? C'est en tout cas ce que semblent montrer les résultats des affaires analysées puisque, dans une grande majorité des cas, le plaignant obtient satisfaction (83 % des 288 affaires) et le nom qu'il estime lui appartenir lui est restitué.

La typologie des 288 cas, construite à partir des dossiers publiés des 288 arbitrages, montre une certaine diversité des situations. Le « cybersquatting », entendu comme le dépôt d'un nom de domaine dans le but de le revendre au titulaire du nom ou de la marque, représente plus de

3 Mueller, Milton (2001). "Rough justice : A statistical assessment of ICANN's Uniform Dispute resolution Policy", *The Information society*, 17, 3, 151-163. Geist, Michael (2002). "Fair.com? : An examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP". *Brooklyn Journal of International Law*, 27, 903-938. Froomkin, A. Michael (2002). "ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy"--Causes and (Partial) Cures". *Brooklyn Law Review*, 67.

4 Une dizaine d'affaires n'a pu être traitée, les délibérations étant exprimées dans des langues qui ne nous étaient pas accessibles. Par ailleurs, les décisions ne sont pas immédiatement rendues publiques, ce qui implique un certain délai dans le traitement.

la moitié des affaires ; si on y ajoute le parasitage, lorsqu'un acteur utilise la notoriété d'un nom pour attirer l'internaute vers des sites sans relation, on constate qu'effectivement, dans près des trois quarts de cas (70 %), l'affaire relève, selon les experts désignés, d'une sorte de forme de piraterie. Restent quatre autres types de conflits, plus complexes : la concurrence conflictuelle (liée à des désaccords entre partenaires économiques ou concurrents du même secteur pour 15 % des cas), l'homonymie (où un même nom désigne deux activités de type très différent pour 7 % des cas), la métonymie (qui recouvre les problèmes sémantiques où le nom décrit une activité ou l'objet du site qu'il dénomme, rare avec 3 % des cas) et la critique publique, absente de l'échantillon. Il n'y a pas en effet dans les 288 cas d'affaire semblable à celle du site « je boycotte Danone », résolu devant la justice française. La question se pose donc de savoir si ces cas de débat public ou de controverse politique ne peuvent pas être pris en charge par la procédure d'UDRP⁵ ou si les plaignants français potentiels, ne les reconnaissant simplement pas comme étant du ressort d'un arbitrage, font d'autres choix comme le recours à la justice⁶, l'abandon pur et simple, la transaction directe...

En dehors des tentatives d'extorsion quasi explicites, on voit donc que les disputes autour des noms de domaine peuvent également opposer des acteurs de bonne foi et faire naître des conflits de droit : par exemple, lorsque les noms sont jugés « inappropriables » parce que désignant des biens communs (toponymes, noms de héros...). Sur quels arguments s'appuie alors la procédure UDRP pour rendre « la justice des noms » ?

Le règlement mis en place par l'ICANN pour guider la procédure UDRP fixe les trois conditions nécessaires pour prononcer une sanction : premièrement, le nom doit être identique ou il doit y avoir risque de confusion ; deuxièmement, l'accusé ne doit pas avoir d'intérêt légitime pour utiliser le nom en cause ; et, troisièmement, il doit avoir fait preuve de mauvaise foi dans l'utilisation de ce nom. L'énoncé de ces trois conditions est insuffisant pour déterminer la décision des experts dans la mesure où des notions comme « intérêt légitime », « mauvaise foi » ou même « risque de confusion » ne peuvent s'expliquer que par rapport à un corpus de principes supérieurs, non explicité dans la doctrine (ou plutôt le mode d'emploi) fourni par l'ICANN. L'analyse de la substance des arbitrages montre qu'ils sont rendus au nom d'un « bricolage normatif » qui agrège de manière non explicitée et non explicite quatre types de principes supérieurs.

La première source de la norme UDRP est la loi, mais dans cet univers transnational réputé virtuel, il s'agit en fait à la fois d'une série de principes généraux du droit, comme la hiérarchie des normes, l'équité entre les parties, la neutralité attendue du juge arbitre, toutes pétitions de principe rappelées par plusieurs arbitrages, et d'un ensemble de textes juridiques d'ordre divers relevant de la protection industrielle, des accords commerciaux (OMC), du droit des marques, mais aussi de juridictions spécifiques. Sont ainsi mobilisés dans des arbitrages le code français de la propriété intellectuelle, la loi suisse sur les noms de marque, le code de procédure civile, etc. On a donc un corpus hétérogène, à la fois dans ses domaines de compétences et dans ses juridictions.

La deuxième source de la norme est la soumission à l'ordre judiciaire : l'UDRP se place en

⁵ Du moins dans les décisions que nous avons traitées, impliquant une partie française. Quelques cas de ce type sont en effet apparus en dehors de notre échantillon, et sont cités dans la littérature. Ils ne constituent pour autant que des occurrences très rares.

⁶ La justice française a eu à connaître d'un certain nombre de telles affaires. On en trouvera un recensement sur les sites juriscom.net et legalis.net, pour ne citer que quelques exemples.

second par rapport à la justice, tout procès en cours suspend l'arbitrage, tout jugement rendu dicte sa loi à l'arbitrage, même lorsque l'expert estime que le jugement est inadéquat. L'arbitrage se présente comme un exécutif d'une justice trop lente et parfois incompétente, mais toujours soumis à ses décisions.

La troisième source, plus difficile à qualifier, gravite autour de la protection du consommateur : les arbitrages se donnent pour objet d'éviter tout risque de confusion ou de tromperie pour l'internaute, de lui fournir les moyens de circuler « sereinement » sur le Web, de lui offrir une pluralité de services.

Cette troisième source est en fait fortement articulée à la quatrième qui relève de la préservation du marché, dans le sens de l'économie néoclassique : les arbitrages doivent viser à maintenir une économie « saine, informée, équilibrée », faire la chasse aux « mauvais joueurs », respecter les conditions d'une « compétition loyale ».

À l'usage, les experts mobilisés dans des procédures UDRP, ou plus spécifiquement la petite poignée d'experts qui intervient de manière très récurrente, ont forgé une doctrine à partir de ces différentes sources, qui fixe la norme de ce qui est acceptable ou inacceptable en matière de noms de domaine. Cette norme est assez forte pour s'imposer en dehors de sa « juridiction », puisque certains gestionnaires de noms de domaine territoriaux l'ont reprise à leur compte⁷. La norme ainsi définie s'est aussi constituée en s'alimentant à ses propres productions. On note, en effet, que les arbitrages sont de plus en plus auto-référencés et font de moins en moins appel à des corpus extérieurs : non seulement une jurisprudence est bel et bien forgée – ce qui est surprenant en matière d'arbitrage –, mais on constate, avec plusieurs auteurs, que cette jurisprudence est systématiquement invoquée, plaçant quasiment l'UDRP dans un régime de *common law*.

Cette procédure réalise ainsi un coup de force assez spectaculaire : elle internationalise en le transformant un droit qui, jusqu'ici, était défini de façon territoriale : la propriété intellectuelle et le droit des marques. Avec l'UDRP, le dépôt dans un seul espace (déterminé par une terminaison donnée du nom de domaine) suffit sous quelques conditions à garantir la protection dans tout le cyberspace. Comme l'ont constaté Milton Mueller et, en matière d'œuvres de l'esprit, Lawrence Lessig, se met en place ici un mécanisme puissant d'extension des droits – ici le droit des marques – qui a tendance à se renforcer lui-même. La chronologie des arbitrages montre, en effet, que les plaignants obtiennent de plus en plus satisfaction à leur demande, puisque le nombre de transferts obtenus croît plus vite que le nombre de cas traités. Cette évolution est un résultat de la procédure elle-même : en performant le code de conduite qui lui sert désormais de doctrine, cette forme d'arbitrage a aussi performé les cas qu'elle est apte à traiter. Ce « bricolage normatif », alimenté à des sources variées et implicites, a défini l'objet qu'il est chargé de réguler ; un nom de domaine s'évalue désormais à l'aune des marques. Reste à savoir maintenant quels sont les cas ou les situations qui ne peuvent pas – ou qui ne peuvent plus – être traités dans le cadre de cette procédure. Quels arbitrages et quelles normes sont et seront proposés aux noms qui posent des questions de débat public, de critique sociale, aux acteurs qui n'ont pas la taille critique permettant de recourir à une telle procédure, qui n'ont pas la visibilité d'une marque, la présence d'un macro-acteur ?

⁷ C'est le cas en Belgique, par exemple.