

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges

CAPRASSE, Olivier; Cruquenaire, Alexandre

Published in:
Répertoire notarial

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

CAPRASSE, O & Cruquenaire, A 2013, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges. dans *Répertoire notarial: Tome II-Les biens, Livre V*. Larcier , Bruxelles, pp. 775-789.

General rights

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

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

Take down policy

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

CHAPITRE V

ARBITRAGE ET MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

Olivier CAPRASSE
Professeur à l'ULg et à l'U.L.B.
Avocat au Barreau de Bruxelles

Alexandre CRUQUENAIRE
Chercheur au C.R.I.D.S.
Maître de Conférences à l'Université de Namur
Avocat au Barreau de Namur

SECTION I

L'arbitrabilité des litiges en matière de droits intellectuels (1)

§ 1. — Introduction

894. — L'arbitrage : notions.

L'arbitrage est un mode de résolution des conflits par lequel des parties en litige soustraient la solution de leur différend à la connaissance des juridictions de droit commun pour la soumettre à une ou plusieurs personnes investies pour l'occasion de la fonction de juger (2).

Les caractéristiques et avantages de l'arbitrage sont bien connus. Justice confidentielle, au climat particulier, confiée à des spécialistes, souvent plus rapide que la justice étatique, l'arbitrage est susceptible de rendre de nombreux services aux parties impliquées dans les litiges mettant en cause les droits intellectuels.

La pratique montre d'ailleurs que, particulièrement dans le contexte international, de nombreux arbitrages mettent en cause de tels droits.

895. — La question de l'arbitrabilité.

L'*arbitrabilité* des litiges (3) vise la « qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres » (4). Les règles qui gouvernent

(1) Cette section a été rédigée par O. CAPRASSE.

(2) Voy. notamment C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 213; *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de Droit, 1987, p. 659; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 27; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987; J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *R.P.D.B.*, compl. t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 10.

(3) « Le mot est lourd mais il n'est pas barbare » et est très largement utilisé par la doctrine et la jurisprudence (P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213).

(4) P. LEVEL, *loc. cit.*; une acception plus large du concept d'arbitrabilité est parfois retenue, particulièrement aux États-Unis; certains englobent ainsi sous ce vocable la délimitation de la clause arbitrale, c'est-à-dire les litiges qu'elle recouvre (voy. pour une explication de cette position, B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *Journ. dr. intern.*, 1994, pp. 899 et s., spéc. pp. 901 et 960); l'arbitrabilité inclut, en ce sens, l'interprétation de la convention d'arbitrage (G. KEUTGEN, « L'interprétation de la convention d'arbitrage », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 345 et s.); nous préférons, quant à nous, réserver le terme « arbitrabilité » à la recherche des litiges qu'un droit permet de soumettre à un juge privé; l'interprétation pose, en effet, des difficultés d'un tout autre ordre.

l'arbitrabilité des litiges explicitent ainsi « à quelles conditions, l'ordre étatique acceptera de reconnaître son incompetence suite au choix de l'instance arbitrale » (1).

Ce type de disposition revêt une importance capitale. Si le litige est inarbitrable, les arbitres saisis doivent se déclarer incompetents; la sentence qu'ils rendraient en dépit de cette interdiction serait susceptible d'annulation dans l'État du siège et pourrait se voir refuser l'exequatur dans l'État d'exécution; et, enfin, un tribunal étatique devrait refuser de se dessaisir au profit de l'arbitre désigné (2).

La doctrine distingue habituellement deux types d'arbitrabilité : « l'arbitrabilité objective » et « l'arbitrabilité subjective ».

Il s'agit de deux réalités différentes. Les règles d'arbitrabilité objective touchent à l'objet du litige alors que les règles d'arbitrabilité subjective touchent à la personne des parties. « Les prescriptions d'inarbitrabilité subjective édictent (en effet) des cas d'incapacité visant spécifiquement la faculté de régler les litiges par la voie privée » (3). On réserve en général cette expression aux règles qui limitent l'aptitude des personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage.

La présente contribution s'inscrit dans le cadre de l'étude de l'arbitrabilité objective. Il s'agit, dans les limites qui nous ont été assignées, de poser les bases qui permettent de déterminer quels sont les litiges arbitrables parmi ceux qui impliquent les droits intellectuels.

§ 2. — *Bref exposé du régime général de l'arbitrabilité en droit belge*

896. — Le critère de la transaction.

Le droit belge ne contient pas, sous certaines réserves (*infra*, n° 908), de règles particulières en matière d'arbitrabilité des litiges lorsque ceux-ci concernent les droits intellectuels. Il convient donc de resituer le régime général de l'arbitrabilité.

En vertu de l'article 1676 du Code judiciaire, « tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage ».

Le pouvoir de recourir à la justice privée qu'est l'arbitrage dépend donc de la possibilité de transiger sur le litige en cause.

Le critère de la transaction requiert que les parties aient « la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Or, « les conditions de validité des transactions sont appréciées par rapport aux règles de fond qui gouvernent les renonciations » (4). Comme l'exprimait J. DE GAVRE en 1967 déjà, « la capacité de disposer présuppose la disponibilité de l'objet. De là, il résulte que la transaction n'est valable que si les 'choses' qui en constituent la matière sont dans le commerce juridique et ne sont pas telles que des dispositions impératives interdisent d'y renoncer » et, en outre, « la transaction ne sera valable que dans la mesure où son objet est licite et non contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (5).

(1) N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 237.

(2) B. HANOTIAU, *op. cit.*, *Journ. dr. intern.*, 1994, pp. 899 et s., spéc. p. 901.

(3) *Ibidem*, p. 902.

(4) B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113.

(5) J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 270.

897. — Les normes d'ordre public et impératives.

L'ordre public est une notion « particulièrement fuyante » (1) qui « emprunte sans doute une partie de sa majesté au mystère qui l'entoure » (2) et qui « se sent beaucoup plus qu'elle ne se définit » ... Son caractère variable dans le temps et l'espace complique son appréhension (3).

La jurisprudence belge, à la suite de la doctrine, peut se targuer d'avoir mené de longue date un effort de conceptualisation et de classification de ces notions. Ainsi, la Cour de cassation retient-elle que « n'est d'ordre public que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (4).

De même, une distinction a été rapidement faite entre les normes dites impératives et les normes d'ordre public. L'on enseigne, en effet, que les protections portées par les normes impératives sont celles auxquelles on ne pourra renoncer « que lorsque l'événement en vue duquel la protection a été instituée se sera produit ou que le déséquilibre qu'elle compensait aura cessé » (5). Les droits qui résultent des normes d'ordre public, quant à eux, ne peuvent en aucune circonstance faire l'objet d'une renonciation. Au regard de l'arbitrabilité des litiges, les normes impératives posent donc le même type de problème, mais pendant un temps limité. En effet, le droit né d'une norme impérative ne peut faire l'objet d'une renonciation tant que joue cette impérativité. En d'autres termes, comme l'écrivent Messieurs MATRAY et MARTENS, « la différence essentielle entre les lois impératives et les lois d'ordre public porte sur la durée de la protection légale mais non sur la nature de celle-ci » (6).

898. — Incidence de la présence de normes d'ordre public ou impératives sur l'arbitrabilité : les résultats d'une mutation.

Dans une application stricte, voire rigide, le critère de la transaction conduit au rejet de l'arbitrage en présence de normes d'ordre public et à l'invalidité des clauses compromissaires en présence de normes impératives (7).

Jurisprudence et doctrine ont cependant remis en cause de telles solutions radicales depuis longtemps.

Ainsi, pour ne prendre que quelques illustrations, la Cour de cassation a consacré la validité des clauses compromissaires insérées dans les contrats de concession exclusive de vente, même pour couvrir les litiges nés des droits impératifs portés par la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée pour autant que le droit belge soit choisi par les parties (8).

(1) J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST éd., Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 77 et s., spéc. p. 78.

(2) D. COHEN, *Arbitrage et société*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 98.

(3) En définitive, comme l'a très bien écrit J.-B. RACINE (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 7), « le flou de la notion est consubstantiel au rôle que l'ordre public joue dans le système juridique ».

(4) Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 884 ; comme on le sait, cette formule a été empruntée à DE PAGE, t. I, 2^e éd., p. 102.

(5) J. VAN GELDER et J. LINSMEAU, « Le respect de la règle de droit par l'arbitre et par l'amiable compositeur », note sous Cass., 2 févr. 1973, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 394 et s., spéc. p. 408.

(6) « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. arb.*, 1978, pp. 95 et s., spéc. p. 103.

(7) La clause compromissaire est la convention d'arbitrage par laquelle les parties décident à l'avance de soumettre à l'arbitrage les litiges futurs éventuels qui naîtraient de leurs rapports contractuels ; lorsque la convention d'arbitrage est conclue après la naissance du différend, on parle de compromis arbitral.

(8) Voy. Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, pp. 1276 et s., spéc. p. 1280 et rapport de M. KRINGS (alors av. gén.), pp. 1260 et s. ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 332 et note critique R. VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé » ; *J.T.*, 1979, p. 625 ; voy. aussi Cass., 22 déc. 1988, cité in *Droit de la distribution 1987-1992*, Anvers, Kluwer, 1994, p. 145 ; Comm. Bruxelles, 6 mai 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 474 ; Comm. Hasselt, 24 déc. 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 270, et 1998, p. 255.

De même, plus personne ne conteste aujourd'hui qu'un litige relatif à l'exécution d'un contrat est arbitral même si une des parties soulève la nullité de l'opération au regard de normes d'ordre public telles que le droit de la concurrence européen ou la réglementation des prix (1) (2). L'arbitre devra juger du bien-fondé de ce moyen de défense.

De même encore, on considèrerait par le passé qu'un compromis serait nul lorsque l'ordre public a été violé par le contrat en cause. Si cette conception trouve encore des adeptes en doctrine (3), ceux-ci sont de plus en plus isolés. La cour d'appel de Paris a d'ailleurs renforcé cet isolement dans la mesure où elle a expressément reconnu à l'arbitre, dans le cadre de l'arbitrage international, le pouvoir de sanctionner la violation de l'ordre public (4).

Une fois admise l'arbitralité des litiges qui mettent en cause des normes d'ordre public, l'on ne peut qu'admettre la possibilité de sanction de ces normes par les juges privés (5). Ce qui est susceptible de faire difficulté, c'est de donner à l'arbitre la possibilité d'apprécier la légalité d'une situation au regard de l'ordre public. Qu'il arrive à un constat de légalité ou d'illégalité est indifférent (6).

(1) *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000, nos 125 et 126; L. IDOT, « Rapport introductif », in *Competition and arbitration law*, coll. Dossier CCI, 1993, pp. 11 et s., spéc. p. 24; L. IDOT (« Arbitrage et droit communautaire », *Rev. dr. aff. int.*, 1996, p. 564) relève que dans la jurisprudence étatique française actuelle, la question de l'arbitralité du litige n'est même plus soulevée; voy. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 104 et s. et réf. citées note 403; G. VAN HECKE, « Arbitrage et restriction de la concurrence », *Rev. arb.*, 1973, pp. 3 et s.; G. VAN HECKE, « Arbitrage et règles de concurrence », *Rev. arb.*, 1978, pp. 190 et s.; H. VAN HOUTTE, « L'arbitrage : son territoire et ses frontières », *op. cit.*, p. 144; notons toutefois la position isolée de J.-B. BLAISE (note sous Cass., 21 oct. 1981, *Rev. arb.*, 1982, pp. 264 et s., spéc. p. 281), qui estime que, par nature, le droit de la concurrence échapperait à l'arbitrage dans la mesure où il donnerait lieu à un contentieux spécifique nécessitant une approche économique d'ensemble; la jurispr. française, qui a eu l'occasion de se prononcer plus d'une fois en la matière, admet très clairement aujourd'hui l'arbitralité des litiges dans le cadre desquels la validité d'un contrat au regard du droit de la concurrence est mise en cause; la première affaire intervenue en la matière a abouti à l'annulation de la convention d'arbitrage (Paris, 22 mai 1980, et Cass. fr., 21 oct. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 264 et note J.-B. BLAISE), mais il s'agissait d'un cas de violation de l'ordre public par la convention d'arbitrage elle-même; pour la jurisprudence favorable à l'arbitrage, voy. Paris, 20 janv. 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 280 et note L. IDOT; Paris, 19 mai 1993, aff. *Labinal*, *Rev. trim. dr. comm.*, 1993, p. 492 et obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN; *Rev. arb.*, 1993, p. 645 et note Ch. JARROSSON; *Journ. dr. intern.*, 1993, p. 957 et note L. IDOT; Paris, 14 oct. 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 164 et note Ch. JARROSSON; Paris, 30 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 131 et obs. J. PELLERIN; Paris, 6 juillet 1995, compte-rendu dans *Rev. arb.*, 1997, p. 85; comp. en Belgique I. VEROUGSTRÆTE, « Conclusions », in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 238.

(2) Notons que le mouvement a été lancé, à cet égard, aux États-Unis par le célèbre arrêt *Mitsubishi*, où la Cour suprême a admis l'arbitralité des litiges internationaux mettant en cause le droit anti-trust américain; voy. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 100 et s.

(3) M. STORME et B. DEMEULENAERE, *International commercial arbitration in Belgium : a handbook*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 17; B. DEMEULENAERE, « Arbitraliteit in het Belgisch arbitragerecht anno 1998 », *T.P.R.*, 1998, pp. 660 et s.; B. DEMEULENAERE, « Arbitrage en overdracht van aandelen », in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 97 et s., spéc. pp. 104 et s.; P. ANCEL (« Convention d'arbitrage — Condition de fond — Litiges arbitraux », *Juris-classeur*, Procédure civile, fasc. 1024, Commercial, fasc. 212, 1986, nos 105 et s., spéc. n° 114) s'exprime avec nuances sur cette question, mais n'en conclut pas moins que « le refus de voir l'arbitre prononcer la nullité d'un contrat, sanctionner la violation de l'ordre public, apparaît ainsi comme un rédit symbolique. Mais s'il est techniquement difficile à justifier et pratiquement assez inopportun, il manifeste avec éclat la différence irréductible qui existe entre l'arbitre et le juge étatique ».

(4) Voy. la jurispr. *Ganz et Labinal* : Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. IDOT; Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 685.

(5) En ce sens, *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000; M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, *op. cit.*, p. 351 (« les arbitres doivent appliquer toutes les règles d'ordre public et éventuellement prononcer les nullités qui s'y attachent »); G. HORSMANS, « L'arbitrage et l'ordre public interne belge », *op. cit.*, p. 86; J. LINSMEAU, *op. cit.*, *R.P.D.B.*, compl. t. VII, p. 56.

(6) Ce qui fait problème, ce n'est pas que le contrat soit effectivement nul, c'est d'être sûr que l'arbitre apprécie correctement la validité de celui-ci; L. DE GRUYSE (« Quelques propos sur l'arbitrage en matière de brevets d'invention », in *Jura Vigilantibus Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larquier, 1994, p. 100) écrit en ce sens : « le brevet ou plutôt l'invention couverte par le brevet étant ... contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il serait ... inadmissible que des tribunaux arbitraux en reconnaissent néanmoins la validité. On peut toutefois se demander s'il s'agit dans ce cas d'une question de 'non-arbitralité' ou d'incompétence du tribunal arbitral ou simplement d'un cas de sentence arbitrale susceptible d'être annulée pour contrariété à l'ordre public (art. 1704-2°, a). Cette dernière solution paraît plus exacte ».

Le « danger » potentiel de l'arbitrage, c'est le principe même de la soumission d'une question de ce type à un juge privé. En outre, « l'appréciation de la violation de l'ordre public suppose ... une analyse de fait et de droit qui peut être délicate. Il n'est donc pas très heureux de faire dépendre ce critère de répartition des compétences qu'est l'arbitrabilité du litige d'analyses qui touchent au fond du droit litigieux. Pour être efficace, le critère de non-arbitrabilité doit être simple et pouvoir faire l'objet d'une appréciation *prima facie* » (1).

899. — La rationalité de la mutation intervenue dans l'appréhension de l'arbitrabilité.

L'appréhension stricte du critère de la transaction, qui a eu cours un temps en France et en Belgique, revenait en définitive à assimiler le recours à l'arbitrage à une renonciation aux droits en cause.

Or, les jeux ne sont pas faits dès le moment du recours à l'arbitre. Il est ainsi intéressant de rappeler un des éléments de la distinction opérée par J. DE GAVRE entre la transaction et le compromis : « la transaction a pour but de *mettre fin* à un litige, tandis qu'au contraire le compromis laisse intact le conflit existant entre les parties, et tend seulement à en attribuer la connaissance et la solution à des arbitres convenus, plutôt qu'aux juges naturels du litige » (2). Comme l'écrit P. LEVEL, « la convention d'arbitrage ne déroge pas par elle-même à une règle d'ordre public, comme pourrait le faire, le cas échéant, une transaction qui met fin au litige » (3).

Après la clause compromissoire ou le compromis vient l'arbitre. Celui-ci devra appliquer les normes contraignantes sous peine de voir sa sentence dépourvue d'autorité de chose jugée.

L'on s'est progressivement orienté vers l'idée d'une prise en compte spécifique de l'ordre public par rapport à la matière de l'arbitrage. Comme l'a remarquablement écrit M. ANCEL, « il faut tenir compte d'une difficulté spécifique à l'arbitrage, qui tient à la nature mixte, ambiguë de cette institution, à la fois contractuelle et juridictionnelle. La convention d'arbitrage est un contrat qui a pour objet le règlement juridictionnel d'un litige. Et cette ambiguïté se retrouve à propos de l'application de l'ordre public » (4).

On en arrive, de la sorte, à dégager une appréhension de l'ordre public propre à l'arbitrage. « Ce qui est conforme ou contraire à l'ordre public dans la convention d'arbitrage, c'est le fait qu'un arbitre juge privé, soit désigné pour connaître de telle ou telle catégorie de litiges » (5). « L'ordre public qui limite la liberté de passer une convention d'arbitrage est un ordre public juridictionnel (6) qui ne coïncide pas nécessairement avec l'ordre public de fond, applicable aux litiges soumis aux arbitres » (7). En d'autres termes, confronté à un litige qui nécessite l'application de normes contraignantes, il faut déterminer si cet ordre public est d'une intensité telle qu'il s'oppose à ce qu'un juge privé en connaisse. La question est alors de « savoir si les exigences de l'intérêt social s'opposent, dans une conjecture donnée, à faire trancher le problème par des arbitres, parce que ledit problème requiert l'intervention de la puissance publique et que la décision par voie d'arbitrage porte atteinte à l'organisation de la société » (8).

(1) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 348.

(2) J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, p. 96.

(3) P. LEVEL, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1992, p. 236 ; pour Ph. de BOURNONVILLE (*Rép. not.*, « L'arbitrage », t. XIII, l. VI, éd. 2000, n° 23), « la transaction se présente davantage comme le résultat d'une intervention non contraignante d'un tiers, ou d'une conciliation, que comme un mode autonome de règlement des litiges ».

(4) P. ANCEL, « Convention d'arbitrage — Condition de fond — Litiges arbitrables », *op. cit.*, n° 5.

(5) *Ibidem*.

(6) C'est nous qui soulignons.

(7) P. ANCEL, *loc. cit.*

(8) H. MOTULSKY, « Les limites du domaine de l'arbitrage », in *Écrits — Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 64 et 65 ; dans le même sens, J. ROBERT (note sous Cass. fr., 29 nov. 1950, *Str.*, 1951, pp. 120 et s., spéc. p. 121) écrit que « si l'ordre public apparaît ainsi s'alimenter à des sources aussi diverses, il s'ensuit que, ne frappant que pour ces fins déterminées les matières auxquelles il s'attache, la barrière qu'il institue aux conventions privées ne sera dressée que dans la mesure où, dans ces matières, la convention pourrait contrevenir à ces fins ».

Si l'on peut ainsi ouvrir plus largement le domaine de l'arbitrage, c'est parce que le travail de l'arbitre pourra, au regard des normes d'ordre public, faire l'objet d'un contrôle relativement approfondi de la part du juge étatique dans le cadre des procédures en *exequatur* ou en annulation de la sentence (1).

900. — Incidence de la répartition de compétences.

Il importe enfin de souligner que le fait qu'une compétence soit attribuée, même de manière exclusive à telle ou telle juridiction étatique n'emporte pas en soi exclusion de l'arbitrage (2). En principe, de telles règles n'ont trait qu'à la répartition du contentieux au sein du pouvoir judiciaire (3). Par celles-ci, le législateur entend seulement préciser que si l'on recourt au pouvoir judiciaire, c'est à telle juridiction de celui-ci que l'on devra s'adresser. Ce type de disposition ne préjuge donc en rien de la possibilité de recourir à un juge privé.

§ 3. — Arbitrabilité et droits intellectuels

A. Appréhension générale

901. — Les types de litiges les plus courants en matière de droits intellectuels.

Nombre de litiges qui impliquent les droits intellectuels trouvent leur origine dans différents types de contrats : contrats de licence de propriété intellectuelle, contrats de transfert de propriété intellectuelle (dans le cadre du rachat d'une entreprise, p. ex.), contrats de recherche, etc. (4). Des litiges peuvent ainsi naître au sujet du paiement de redevances, de l'étendue des droits concédés, etc.

De nature contractuelle et le plus souvent soumis au principe de la libre disposition, de tels différends peuvent en général être soumis sans difficulté à l'arbitrage en application du critère général de la transaction porté par l'article 1676 du Code judiciaire analysé sous le n° 896 (*supra*).

902. — Le cas particulier de l'annulation.

La possibilité pour un arbitre de statuer sur l'annulation d'un titre de propriété intellectuelle fait en revanche l'objet de discussions, spécialement en France (5). Différentes raisons sont avancées pour rejeter par exemple le pouvoir des arbitres de statuer sur la validité d'un brevet. On toucherait tout d'abord à l'ordre public dans la mesure où l'État est intervenu, via une inscription dans un registre, pour conférer un monopole. Ensuite, les décisions d'annulation de ce type de titre ont un effet *erga omnes* qui serait incompatible avec la nature conventionnelle de l'arbitrage.

(1) Voy. à cet égard, B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, pp. 417 et s., n° 32 et s.; suivant P. ANCEL (« Convention d'arbitrage — Condition de fond — Litiges arbitrables », *op. cit.*, n° 11), « le fait que les textes donnent mission au juge étatique de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, distinctement de la validité du compromis, ne postule-t-il pas que l'arbitre a, au moins dans certains cas, la possibilité d'appliquer cet ordre public ? »; voy. aussi K. GEENS, « De arbitrage over vennootschapsinterne conflicten », *op. cit.*, spéc. p. 148; J.-B. RACINE (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 38) souligne en ce sens que « c'est l'existence d'un contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public qui justifie fondamentalement la libéralisation des conditions d'arbitrabilité »; voy. jurispr. citée, spéc. la seconde affaire *Impez* : Colmar, 29 nov. 1968, *J.C.P.*, 1970, II, n° 16246 et note B. OPPETIT et P. LEVEL; rejet pourvoi par Cass., 18 mai 1971, *Journ. dr. intern.*, 1972, p. 62, note B. OPPETIT; *Rev. crit. D.I.P.*, 1972, p. 174 et note E. MEZGER; *Rev. arb.*, 1972, p. 2, note Ph. KAHN.

(2) B. HANOTIAU, *op. cit.*, *Journ. dr. intern.*, 1994, pp. 938 et s.; voy. aussi J.-L. FAGNART et J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les défis de l'arbitrage en matière d'accidents de la circulation », *R.G.A.R.*, 2000, n° 13247.

(3) En ce sens, R. SAVATIER (note sous Angers, 27 mars 1953, *Dall.*, 1954, p. 407) écrit que « ... quand la loi détermine une compétence judiciaire, elle précise simplement la division du travail qu'elle établit entre les juges mandatés par elle. Elle n'envisage pas le cas où les plaideurs préfèrent se passer de ces juges »; voy. Colmar, 21 sept. 1993, *Rev. arb.*, 1994, pp. 348 et s., note D. COHEN.

(4) B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *R.C.A.D.I.*, 2002, n° 296, p. 201; M. BLESSING, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes », *Arb. Int.*, 1996, pp. 197-198.

(5) Voy. à cet égard, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 78 et s. et réf. citées.

Cette problématique n'est pas théorique. Ainsi, il arrive fréquemment qu'une partie assignée par le titulaire du droit conteste le bien-fondé de la demande, quelle qu'elle soit, en invoquant la nullité du titre. Dénier aux arbitres le pouvoir de connaître de cette question est donc susceptible d'handicaper l'arbitrage. Le défendeur n'aurait qu'à soulever une exception d'invalidité du titre pour bloquer l'arbitrage. Aussi la doctrine française suggère-t-elle qu'il soit permis à l'arbitre de se prononcer sur la validité du titre *inter partes*, la décision n'ayant donc de valeur qu'entre les parties (1).

La Belgique, avec d'autres pays, tels que la Suisse, se situe à cet égard à la pointe de la *favor arbitrandum*. Nous verrons ainsi (*infra*, n° 908) que la loi belge autorise expressément les arbitres à prononcer la nullité des brevets et que la doctrine belge reconnaît en général aux arbitres la possibilité de se prononcer sur la validité des titres de propriété intellectuelle.

903. — Le cas particulier de la contrefaçon.

Les actions pénales destinées à sanctionner la contrefaçon (*supra*, n° 822 et s.) ne peuvent bien entendu pas être portées devant le juge privé qu'est l'arbitre. On se rattache ici en effet à l'ordre public dans ce qu'il a de plus fondamental.

En revanche, on admet que, sauf exclusion spécifique qui pourrait être déduite d'une loi particulière, les arbitres peuvent connaître des actions civiles nées de la contrefaçon.

904. — La saisie en matière de contrefaçon.

Les articles 1481 à 1488 du Code judiciaire organisent une procédure efficace qui permet aux possesseurs de brevets, titulaires d'un certificat complémentaire de protection, titulaires et demandeurs de certificats d'obtention, leurs ayants droit et les titulaires du droit d'auteur et les titulaires d'un droit voisin, y compris les titulaires du droit des producteurs de base de données, de faire procéder par un ou plusieurs experts, avec l'autorisation du juge des saisies, à la description du matériel prétendument contrefait. Le juge des saisies peut, par la même ordonnance, faire défense aux détenteurs des objets contrefaits de s'en dessaisir, permettre de constituer gardien, de mettre les objets sous scellés et, s'il s'agit de faits qui donnent lieu à recettes, autoriser la saisie conservatoire des deniers (*supra*, n° 710).

Cette procédure est introduite sur requête unilatérale. En droit belge, on n'admet pas que les tribunaux arbitraux puissent adopter des mesures sur base unilatérale. En tout état de cause, le pouvoir d'autoriser une saisie conservatoire que prévoit l'article 1481 n'appartient pas aux arbitres ainsi que le dit expressément l'article 1696 du Code judiciaire.

Cela étant, un tribunal arbitral pourrait aussi, de manière contradictoire, désigner un séquestre dans les mains duquel du matériel devrait être consigné (2) et désigner un expert chargé d'examiner du matériel (3). En présence d'une convention d'arbitrage entre les parties en cause — laquelle sera plutôt rare dans les hypothèses de contrefaçon ... — la procédure des articles 1481 et suivants, sur requête unilatérale, restera cependant ouverte.

905. — Les aspects de droit de la concurrence.

Les contrats relatifs aux droits intellectuels sont susceptibles de générer des différends qui mettent en cause le droit de la concurrence. Ainsi, les contrats de licence entraînent des restrictions qui peuvent aboutir à des segmentations de marché, etc. (*supra*, n° 511).

(1) Pour une synthèse de la discussion, voy. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. pp. 84 et 85.

(2) Dans un tout autre domaine, on reconnaît ainsi aux arbitres le pouvoir d'ordonner la mise sous séquestre d'actions dont la propriété est discutée (voy. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 470 et réf. citées).

(3) Sur le recours aux experts dans le cadre d'un arbitrage, voy. spéc. J. van COMPERNOLLE, « Expertise et arbitrage », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 38 ; voy. aussi O. CAPRASSE, « Arbitrage et expertise », in *L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Chartre, 2003, pp. 175 et s.

Il arrive en conséquence que la validité du contrat de licence — et non pas du titre intellectuel cette fois — soit mise en cause par une partie pour contravention au droit de la concurrence. L'arbitre pourra-t-il connaître de cet incident, voire annuler le contrat si la violation est avérée ?

Nous l'avons montré lors de l'examen général du critère de l'arbitrabilité (*supra* n° 898), pratiquement plus personne ne conteste aujourd'hui ce pouvoir au juge privé. Pour les raisons développées, cette solution doit être approuvée.

906. — Les procédures « administratives ».

Certains droits intellectuels doivent faire l'objet d'un enregistrement. À cette occasion, certains recours peuvent être portés devant des autorités « administratives ». Pour ne prendre qu'un exemple, citons la procédure en opposition qui existe devant l'Office européen des brevets en matière de brevet européen (Conv. Munich 5 oct. 1973, art. 99 et s. — *supra*, n° 245).

Lorsqu'une compétence est ainsi attribuée à une autorité administrative ou à une institution en dehors du pouvoir judiciaire, il semble que « dans la mesure où la compétence de ces autorités écarte celle des tribunaux judiciaires, on peut penser qu'il doit en être de même » *a fortiori* « vis-à-vis des tribunaux arbitraux » (1).

Il ne s'agit pas vraiment de situations d'inarbitrabilité. Un litige est considéré comme inarbitrable lorsque le recours à l'arbitre est exclu en raison de sa qualité de juge privé. Dans les hypothèses que nous évoquons ici, d'autres motivations sont à la source de la concentration du pouvoir dans les mains d'une institution particulière. Ces motivations conduisent d'ailleurs à priver également les juges étatiques de tout pouvoir. L'arbitre est mis sur le même pied d'exclusion que ces juges, ce qui montre bien qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, de règles d'inarbitrabilité (2).

907. — Les actions en cessation.

Souvent, la loi donne au titulaire du droit intellectuel la possibilité de s'adresser au juge dans le cadre d'une action en cessation à l'encontre de celui qui viole son droit. À supposer qu'une convention d'arbitrage soit conclue entre les parties en cause, une telle action peut-elle être portée devant un tribunal arbitral ?

Dans un arrêt du 11 février 1994, la cour d'appel de Liège a considéré que s'« il n'est pas douteux qu'une demande en résolution d'un contrat ou en dommages-intérêts pour inexécution fautive soit une matière sur laquelle l'on puisse transiger, il n'en est pas de même d'une action en cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale qui est en quelque sorte une mesure de police destinée à mettre fin à un trouble social et qui, à ce titre, touche à l'ordre public ».

Cette position ne nous paraît pas pouvoir être suivie. Si l'on accepte qu'un litige peut être soumis à un arbitre, on doit autoriser celui-ci à sanctionner pleinement le comportement. Cela peut emporter une condamnation à cesser ledit comportement. Aucun élément ne permet de montrer en quoi une telle sanction relèverait des mesures de police réservées aux juridictions étatiques. Bien souvent, la sanction d'un contrat consiste à imposer un comportement — et donc *a contrario* à cesser le comportement inverse. Un arbitre peut statuer en ce sens. Depuis la réforme de 1998 du droit belge de l'arbitrage, il peut même assortir sa condamnation d'une astreinte (C. jud., art. 1709bis).

B. Bref examen particulier de quelques droits

908. — Limite de l'examen.

Le cadre limité de la présente étude ne nous permet pas d'aborder l'ensemble des litiges qui peuvent survenir au sujet de tous les droits intellectuels. Aussi avons-nous choisi de dire quelques

(1) N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 224, note 22 ; l'auteur cite, dans le même sens, Ch. JARROSSON, noté sous Paris, 14 oct. 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 172 ; voy. aussi *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000 ; en jurispr., voy. Paris, 14 oct. 1993, *Rev. arb.*, 1994, pp. 164 et s., et note Ch. JARROSSON.

(2) En ce sens, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., pp. 51 et 112.

mots de certaines questions particulières, soit en raison de la réglementation expresse dont elles font l'objet, soit parce que la solution qui leur est apportée est susceptible de servir de guide pour d'autres questions qui ne sont pas abordées dans ces lignes.

909. — Les brevets.

La loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention situe la Belgique parmi les pays à la pointe au regard de l'arbitrabilité des litiges en la matière (sur cette loi modifiée dernièrement, voy. *supra*, nos 229 et s.).

Ainsi, elle stipule tout d'abord que les contestations relatives à la propriété d'une demande de brevet ou d'un brevet peuvent être portées devant un tribunal arbitral (art. 11). Les articles 9 et 10 sont alors d'application.

L'article 51 dispose ensuite qu'un brevet peut être annulé par un tribunal arbitral. Aux termes de la loi, la sentence est revêtue de l'autorité de la chose jugée *erga omnes*, sous réserve de la tierce opposition. Elle doit être inscrite au Registre des brevets.

Enfin, l'article 73 attribue compétence aux tribunaux de première instance pour les litiges nés de l'application de la loi, mais précise qu'il ne fait pas obstacle « à ce que les contestations relatives à la propriété d'une demande de brevet ou d'un brevet, à la validité ou à la contrefaçon d'un brevet ou à la fixation de l'indemnité visée à l'article 29 ainsi que celles relatives aux licences de brevets autres que les licences obligatoires soient portées devant les tribunaux arbitraux ».

Outre les litiges liés aux licences obligatoires, clairement exclus de l'arbitrabilité par la loi elle-même, se pose la question de la compétence des arbitres au regard de la « déchéance » des brevets. Selon l'exposé des motifs, « il va de soi ... que le recours à l'arbitrage n'est pas autorisé en matière de déchéance des brevets » (1). La doctrine exclut aussi traditionnellement le pouvoir des arbitres en cette matière (2). Avec L. DE GRUYSE, on peut toutefois se demander « pourquoi cette incompétence irait 'de soi' comme le prétend l'exposé des motifs » (3), alors que l'on admet par ailleurs le pouvoir de l'arbitre d'annuler le brevet. Bien sûr, il ne peut être question pour l'arbitre de *prononcer* une déchéance puisque celle-ci résulte de plein droit du non-paiement des taxes (art. 40, § 2) ou bien de la renonciation du titulaire à son titre (art. 42). Mais l'arbitre ne pourrait-il pas *constater* cette déchéance (4) ?

910. — Les marques.

L'article 14, D, de la loi uniforme Benelux sur les marques (*supra*, nos 46 et s.) disposait que « les tribunaux sont seuls compétents pour statuer sur les actions ayant leur base dans la présente loi ; ils prononcent d'office la radiation tant des enregistrements annulés que des enregistrements éteints ». La doctrine belge unanime considérait que cette disposition ne faisait cependant pas obstacle à l'arbitrage. Son objet était seulement d'écarter les instances administratives telle que l'« Octrooibureau » néerlandais qui jugeaient autrefois de la validité d'une marque (5). Ces observations peuvent être transposées au sujet de l'article 4.5 de la Convention Benelux du 25 février 2005 (CBPI) qui remplace la loi uniforme (*supra*, nos 48 à 90 et 430 à 464).

En l'absence de disposition expresse contraire, la doctrine admet qu'un tribunal arbitral peut statuer sur la validité d'une marque (6). Sans pouvoir entrer ici dans les nuances qu'exige

(1) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1980-1981, n° 1, 919, p. 56.

(2) *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000, n° 127 ; J. LINSMEAU, *op. cit.*, *R.P.D.B.*, compl. t. VII, p. 25.

(3) L. DE GRUYSE, *op. cit.*, in *Jura Vigilantibus Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 98.

(4) L. DE GRUYSE suggère qu'il devrait à tout le moins pouvoir constater cette déchéance sur production d'une attestation de l'Office des brevets (*loc. cit.*).

(5) *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000, n° 128 ; M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international, op. cit.*, p. 104 ; J. LINSMEAU, *op. cit.*, *R.P.D.B.*, compl. t. VII, n° 75.

(6) *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000, n° 128 ; M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international, op. cit.*, p. 104 ; comp. toutefois L. VAN BUNNEN (« Six ans d'expérience de la loi

toute analyse digne de ce nom, nous attirerons seulement l'attention sur le fait que le débat se pose en des termes différents s'agissant de la marque communautaire qui fait l'objet de l'ancien Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil remplacé par le Règlement (CE) n° 207/2009 sur la marque communautaire (Règl. CTM — *supra*, n° 47). Ce règlement porte en effet une subtile organisation des compétences dont résulte l'incompétence des juridictions ordinaires et des arbitres sur certaines questions (1).

911. — Les dessins et modèles.

L'article 16 de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles (*supra*, n° 466) disposait que « les tribunaux sont seuls compétents pour statuer sur les actions ayant leur base dans la présente loi ». À l'origine, l'article 16 précisait que « les tribunaux civils (2) sont seuls compétents ... ». La doctrine belge considérait que ce texte n'empêchait pas l'arbitrage. Il excluait la compétence des juridictions répressives (3). À la suite du Protocole portant modification de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles du 20 juin 2002, l'article 16 a été modifié pour aboutir au texte cité ci-dessus. L'exposé des motifs commun aux trois États du Benelux, que l'on retrouve évoqué dans l'exposé des motifs de la loi belge traduisant cette modification (4), montre que la suppression du terme « civils » avait pour but de permettre aux tribunaux répressifs de statuer également en la matière. Le texte était donc analogue à celui de l'article 14, D, de la loi uniforme en matière de marques (*supra*, n° 910). La doctrine l'interprète également comme ne faisant pas obstacle à l'arbitrage (5). Ces observations peuvent être transposées au sujet de l'article 4.5 de la Convention Benelux du 25 février 2005 (CBPI) qui remplace la loi uniforme.

912. — Topographies de produits semi-conducteurs.

L'article 16 de la loi du 10 janvier 1990 sur la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (*supra*, n° 641) doit également être mentionné. Celui-ci dispose que « Les tribunaux de commerce connaissent, même lorsque les parties ne sont pas commerçantes, de toutes les demandes relatives à l'application de la présente loi, quel que soit le montant de la demande ». Il prévoit encore que « Est nulle de plein droit toute convention contraire aux dispositions des §§ 1^{er} et 2 du présent article, antérieure ou postérieure à la naissance du litige ». Cependant, comme le stipule le § 3 de la disposition, cela « ne fait toutefois pas obstacle à ce que les litiges visés au présent article soient soumis à l'arbitrage. Par dérogation à l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire, les parties déterminent le lieu de l'arbitrage ».

uniforme Benelux sur les marques », *J.T.*, 1977, p. 288), qui doute de la compétence des arbitres à cet égard et considère en tout cas que l'effet de leur décision en la matière devrait être limité aux parties.

(1) Sur les règles de procédure du règlement, voy. notamment : A. BRAUN, *Précis des marques*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 855 et s. ; B. DAUWE, « The Community trade mark and the jurisdiction of the national courts », *Ing.-cons.*, 1999, pp. 177 et s. ; A. HUET, « La marque communautaire : la compétence des juridictions des États membres pour connaître de sa validité et de sa contrefaçon (Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993) », *Journ. dr. intern.*, 1994, pp. 623 et s. ; V. CORDAMAGLIA, « Jurisdiction and Procedure in Legal Actions relating to Community Trade Marks », in *European Community Trade Mark. Commentary to the European Community Regulations*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, pp. 369 et s.

(2) Nous soulignons.

(3) M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, *op. cit.*, p. 105 ; J. LINSMEAU, *op. cit.*, *R.P.D.B.*, compl. t. VII, n° 75.

(4) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-1443/2.

(5) *Rép. not.*, « L'arbitrage » (Ph. de BOURNONVILLE), t. XIII, l. VI, éd. 2000, n° 129.

SECTION II

Procédures extrajudiciaires en matière d'enregistrement abusif
de noms de domaine (1)

§ 1. — Introduction

913. — La problématique des noms de domaine (renvoi).

Les questions relatives au fonctionnement des noms de domaine ainsi qu'à leurs interactions avec les droits de propriété intellectuelle ont été abordées sous les n^{os} 165 et suivants (*supra*).

914. — Bref historique.

La mise en place de procédures extrajudiciaires a été rendue nécessaire par le développement à grande échelle du phénomène de l'enregistrement abusif des noms de domaine. Face aux problèmes pratiques rencontrés dans les procédures judiciaires, les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont fait pression sur les institutions internationales afin qu'elles trouvent de nouvelles voies de résolution de ce type de litiges.

§ 2. — La procédure UDRP

915. — De quoi s'agit-il ?

La procédure UDRP (pour *Uniform domain name Dispute Resolution Policy*) a été créée en 1999 par l'organisme international responsable de la gestion des noms de domaine au niveau mondial, l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) (2). Elle constitue un outil de résolution rapide des différends relatifs aux enregistrements manifestement abusifs de noms de domaine (cas de *cybersquatting*). Un panel est amené à trancher le litige (sur le déroulement de la procédure, *infra*, n^o 920). Il ne s'agit toutefois pas d'un arbitrage au sens propre (3), dans la mesure où la procédure ne prive pas les parties de la possibilité d'ester en justice (4).

916. — Le rôle moteur de l'OMPI.

La procédure UDRP constitue le prolongement des travaux menés par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur les questions de propriété intellectuelle soulevées par l'utilisation des noms de domaine (5). L'ICANN s'est appuyée sur les recommandations issues de ces travaux afin d'élaborer les règles de la procédure UDRP.

917. — Champ d'application.

L'ICANN étant gestionnaire des domaines génériques (sur la notion de domaine générique, voy. *supra*, n^o 182), elle y a imposé la procédure UDRP. Compte tenu du succès rencontré (6), un

(1) Cette section a été rédigée par A. CRUQUENAIRE.

(2) La procédure est entrée en vigueur le 1^{er} déc. 1999, date de l'accréditation du premier organe de résolution des litiges (l'OMPI).

(3) En ce sens, T. HEREMANS, *Domeinnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingsteken*, n^o 3, coll. Bibliotheek Handelsrecht, Gent, Larcier, 2003, p. 53. Sur la nature de la procédure UDRP, voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, n^o 21, coll. Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 54-56.

(4) La procédure limite cependant ce droit. À ce propos, voy. *infra*, n^o 919.

(5) Voy. en particulier OMPI, *La gestion des noms et adresses de l'internet : questions de propriété intellectuelle*, Rapport final concernant le processus de consultation de l'OMPI, 30 avril 1999, disponible sur le site web officiel de l'OMPI, à l'adresse <http://arbitr.wipo.int/processes/process1/report/doc/report-fr.doc>.

(6) Depuis l'entrée en vigueur de la procédure UDRP, 9.377 plaintes ont été introduites et 7.790 décisions ont été rendues (statistiques de l'ICANN, en date du 10 mai 2004).

certain nombre de gestionnaires de domaines nationaux ont également décidé d'adhérer volontairement à cette procédure (1).

En présence d'un litige afférent à un nom de domaine générique, l'applicabilité de la procédure UDRP est certaine. Par contre, lorsque le nom de domaine litigieux est enregistré dans un domaine de type national, il convient de vérifier si le gestionnaire de ce domaine a adhéré à la procédure UDRP.

918. — Règles.

La procédure UDRP repose sur la combinaison de trois types de règles de niveaux différents :

- Les règles fondamentales de la procédure sont contenue dans les Principes directeurs UDRP (2).
- Les règles de procédure proprement dites sont énoncées par les Règles d'application UDRP (3).
- Enfin, les organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN complètent ces dispositions de procédure par des règles du même type qui leur sont propres et qui précisent le déroulement de l'instance (règles dites « additionnelles » (4)).

919. — Caractère semi-obligatoire de la procédure.

La procédure UDRP s'impose aux titulaires de noms de domaine enregistrés dans un domaine dont le gestionnaire a fait le choix d'adhérer aux règles de la procédure UDRP. En effet, l'ICANN impose la présence, dans les contrats d'enregistrement, d'une clause par laquelle le titulaire du nom de domaine accepte de se soumettre à une procédure UDRP et à la décision qui en résulterait si un tiers en fait la demande (5).

Le recours à la procédure n'est, par contre, pas obligatoire pour les tiers, ceux-ci demeurant libres de soumettre leur demande aux seuls tribunaux de l'ordre judiciaire.

920. — Déroulement de la procédure.

Le titulaire d'une marque qui estime être victime d'un enregistrement abusif de nom de domaine (6) peut introduire une plainte auprès de l'un des organismes de règlement des litiges accrédités par l'ICANN (7). La forme de la plainte est contrôlée par l'organisme saisi, qui la transmet ensuite au titulaire du nom de domaine (règles d'application UDRP, art. 4) (8). Celui-ci dispose d'un délai de 20 jours pour y répondre, faute de quoi il est statué sur la base des seuls

(1) C'est le cas, notamment, des gestionnaires des domaines suivants : <.bs> (Bahamas), <.mx> (Mexique), <.pa> (Panama), <.tv> (Iles Tuvalu), etc. Pour une liste complète et à jour, voy. le site web de l'OMPI, à l'adresse <http://arbitr.wipo.int/domains/rules/cctld/index.html> (distinguant les domaines ayant adopté leurs propres règles de résolution des litiges et les domaines ayant adhéré à la procédure UDRP).

(2) En anglais, *Uniform domain name Dispute Resolution Policy*. Disponibles à l'adresse <http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>. Une traduction française non officielle est disponible sur le site de l'OMPI, à l'adresse <http://arbitr.wipo.int/domains/rules/index-fr.html>.

(3) En anglais, *Rules for Uniform domain name Dispute Resolution Policy*. Disponibles sur le site web de l'ICANN, à l'adresse <http://www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm>.

(4) En anglais, *Supplemental rules*.

(5) A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., p. 63.

(6) Pour autant qu'il s'agisse d'un domaine couvert par le champ d'application de la procédure. Voy. *supra*, n° 917.

(7) Le demandeur a le choix de l'organisme qui traitera sa plainte. Pour la liste actualisée et les coordonnées des organismes agréés, voir le site web officiel de l'ICANN, à l'adresse <http://www.icann.org/dndr/udrp/approved-providers.htm>.

(8) En cas de non-conformité, le plaignant dispose d'un délai de 5 jours pour corriger les lacunes de la plainte. À défaut, la plainte est réputée abandonnée. Les mentions devant obligatoirement figurer dans la plainte sont énumérées à l'art. 3 des Règles d'application UDRP.

éléments fournis par le plaignant (règles d'application UDRP, art. 5). À l'expiration de ce délai, l'organisme saisi du litige dispose de 5 jours pour désigner, parmi les experts inscrits sur sa liste, un panel qui sera composé de une ou trois personnes, selon le choix des parties (règles d'application UDRP, art. 6). Le panel doit communiquer sa décision à l'organisme qui l'a désigné dans un délai de 14 jours suivant sa nomination. La durée totale de la procédure est donc de 45 jours. Aucune voie de recours n'est prévue au sein de la procédure UDRP.

921. — Un mécanisme particulier d'exécution forcée des décisions.

Le succès remarquable de la procédure UDRP tient non seulement à la rapidité du processus, mais aussi, pour une part importante, au caractère réellement effectif des décisions.

L'exécution forcée des décisions UDRP est automatique et certaine, là où l'exécution forcée des décisions judiciaires se heurte aux difficultés pratiques liées à l'établissement à l'étranger (le plus souvent, en Amérique du Nord) de l'agent d'enregistrement du nom de domaine litigieux. L'explication est simple : forte de sa mainmise technique sur l'attribution des noms de domaine, l'ICANN impose contractuellement aux agents d'enregistrement qu'elle accrédite l'obligation d'exécuter les décisions UDRP ordonnant le transfert ou la radiation d'un nom de domaine.

L'exécution de la décision peut seulement être suspendue si le titulaire du nom de domaine produit, dans les dix jours ouvrables suivant la notification de la décision UDRP, un document officiel attestant de l'introduction d'une procédure judiciaire devant un tribunal dont le demandeur à la procédure UDRP a accepté la compétence conformément aux Règles d'application UDRP (principes directeurs UDRP, art. 4, k)(1).

922. — Conditions de fond.

Dans la mesure où elle constitue le prolongement des travaux de l'OMPI, la procédure UDRP reprend logiquement les conditions énumérées dans le rapport clôturant ceux-ci.

Ainsi, il y a enregistrement abusif au sens des Principes directeurs UDRP lorsque les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- 1° le nom de domaine litigieux est identique ou semblable au point de prêter à confusion à une marque de produits ou services sur laquelle le plaignant a des droits ;
- 2° le titulaire du nom de domaine n'a aucun droit ni intérêt légitime quant à l'utilisation de ce nom de domaine ;
- 3° le nom de domaine a été enregistré et utilisé de mauvaise foi (2).

923. — Exigences du procès équitable et la portée des décisions UDRP.

Les écarts de la procédure vis-à-vis des règles traditionnelles du droit judiciaire, dictés par le souci d'efficacité et de rapidité, conduisent à s'interroger sur le respect des exigences inhérentes

(1) Le plaignant a le choix d'accepter la compétence soit du tribunal du domicile du titulaire du nom de domaine, soit du lieu d'établissement de l'agent ayant enregistré le nom de domaine litigieux (art. 3, b, xiii, des Règles d'application UDRP ; voy. aussi A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., pp. 27-29). Il est donc intéressant pour le futur titulaire d'un nom de domaine de choisir un agent d'enregistrement établi dans son pays, ce qui lui assure la compétence de ses juridictions nationales en cas de nécessité de contester une décision UDRP.

(2) Sur l'interprétation de la portée de ces conditions par la jurisprudence UDRP, voy. notamment T. HERMANS, *Domeinnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingsteken*, op. cit., pp. 78 à 95 ; A. ENGEL, « International domain name disputes : rules and practice of the UDRP », *E.I.P.R.*, 2003, pp. 351 à 365 ; A. KUR, *UDRP*, Etude réalisée pour le compte du Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, 2002, disponible à l'adresse <http://www.intellecprop.mpg.de/Online-Publikationen/2002/UDRP-study-final-02.pdf> ; A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., pp. 67-142. Des chroniques de jurisprudence sont régulièrement publiées dans des revues spécialisées, telle *E.I.P.R.* (voy. ainsi W. BETTINK, « Domain name dispute resolution under the UDRP : the first two years », *E.I.P.R.*, 2002, pp. 244 à 250).

au procès équitable et, partant, à la valeur des décisions UDRP(1). Les tribunaux de l'ordre judiciaire saisis d'un litige afférent à l'appropriation d'un nom de domaine postérieurement à une décision UDRP ne devraient nullement être tenus par cette décision. Celle-ci ne peut en aucun cas restreindre leur pouvoir d'appréciation.

Il convient toutefois de préciser que, au-delà des questions de loyauté de la procédure UDRP, c'est son objet très restreint qui plaide pour une telle limitation de la portée des décisions qui en sont issues(2).

§ 3. — *La procédure relative aux noms de domaine < .be >*

924. — **Genèse.**

Suite au transfert de la gestion du domaine < .be > à la société DNS-BE, la question de la libéralisation des règles d'enregistrement a rapidement été posée. Dans le contexte de cet assouplissement, il était nécessaire de prendre des mesures destinées à protéger les droits des tiers susceptibles d'être lésés par un enregistrement abusif de nom de domaine(3). Ainsi, DNS-BE décida de mettre en place, avec le concours du CEPANI, une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges calquée sur la procédure UDRP(4).

Même si la procédure DNS-BE est fortement inspirée de la procédure UDRP, le gestionnaire du domaine belge a préféré conserver son autonomie par rapport à la politique de l'ICANN, ce qui l'a conduit à mettre en place une procédure spécifique à son domaine plutôt qu'à adhérer simplement à la procédure UDRP.

925. — **Champ d'application.**

La procédure DNS-BE ne porte que sur les enregistrements abusifs effectués dans le domaine < .be > depuis la date du 10 décembre 2000(5).

À l'instar de l'ICANN, DNS-BE impose l'application de la procédure extrajudiciaire aux titulaires de noms de domaine par le biais d'une clause appropriée dans les contrats d'enregistrement.

926. — **Conditions de fond.**

La notion d'enregistrement abusif au sens de la procédure DNS-BE est déterminée par des conditions fort proches de celles retenues dans le cadre de la procédure UDRP.

Ainsi, il y a enregistrement abusif d'un nom de domaine lorsque les exigences suivantes sont rencontrées :

- 1° le nom de domaine est identique ou ressemble au point de prêter à confusion à une marque, un nom commercial, une dénomination sociale ou un nom de société, une indication géographique, une appellation d'origine, une indication de provenance, un nom de personne ou une dénomination d'une entité géographique sur lesquels le plaignant a des droits ;
- 2° le titulaire du nom de domaine n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache ;
- 3° le nom de domaine a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi(6).

(1) À ce sujet, voy. notamment A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., pp. 156 à 165.

(2) A. CRUQUENAIRE, « L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *J.T.*, 2001, p. 152.

(3) T. HEREMANS, *Domeinnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingsteken*, n° 3, coll. Bibliotheek Handelsrecht, Gent, Larcier, 2003, pp. 98 et 99.

(4) Voy. les sites web de DNS-BE (<http://www.dns.be>) et du CEPANI (<http://www.cepani.be>) pour consulter une version à jour des règlements de cette procédure.

(5) T. HEREMANS, *Domeinnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingsteken*, op. cit., p. 99.

(6) Pour une analyse de la jurisprudence, *ibidem*, pp. 116 à 125.

927. — Particularités.

La procédure DNS-BE diffère du modèle UDRP en plusieurs points.

Elle a un champ d'application plus large en ce qui concerne les signes distinctifs susceptibles d'être invoqués par le plaignant (1). Tandis que les Principes directeurs UDRP se réfèrent au seul droit des marques, les règles DNS-BE permettent au plaignant de s'appuyer en outre sur un nom commercial, une dénomination sociale ou un nom de société, une indication géographique, une appellation d'origine, une indication de provenance, un nom de personne ou une dénomination d'une entité géographique. Il convient toutefois d'observer qu'en pratique, cette différence est inexistante, dans la mesure où la jurisprudence UDRP recourt très fréquemment à la notion de marque d'usage (*common law trademark*), qui déborde largement la notion de marque déposée (2).

En ce qui concerne la condition de la mauvaise foi, les Principes directeurs UDRP requièrent un enregistrement *et* une utilisation de mauvaise foi, tandis que les règles DNS-BE exigent un enregistrement *ou* une utilisation de mauvaise foi, ce qui permet de couvrir davantage d'hypothèses (3).

Autre différence remarquable : la procédure CEPANI comporte une voie de recours interne. Dans un délai de 15 jours suivant la notification de la décision du tiers-décideur, les parties peuvent introduire un appel. L'affaire est alors soumise à un panel de trois tiers-décideurs (Règl. CEPANI, art. 17).

Compte tenu de l'existence de ce mécanisme interne d'appel, l'exécution d'une décision de transfert ou de radiation d'un nom de domaine sera mise en œuvre à l'échéance du délai d'appel. Par contre, si un appel est introduit dans ce délai, l'exécution sera suspendue jusqu'à la décision du panel de tiers-décideurs (4).

Enfin, il est intéressant de relever que DNS-BE a mis en place un mécanisme de répétibilité des frais de procédure. En cas de succès, le plaignant se fait rembourser par DNS-BE qui se charge ensuite de récupérer les frais auprès du titulaire du nom de domaine évincé (5).

(1) En ce sens, voy. *ibidem*, pp. 100 et 101, n° 220 ; A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, n° 21, coll. Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 31 et 32.

(2) Cela permet au plaignant de fonder sa demande sur un nom commercial ou un nom patronymique, p. ex. À ce propos, voy. A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, op. cit., pp. 68 à 84.

(3) T. HEREMAËNS, *Domeinnamen : een juridische analyse van een nieuw onderscheidingssteken*, op. cit., p. 101.

(4) A. CRUQUENAIRE, « La procédure CEPANI en matière de noms de domaine ? Un outil efficace pour la défense des droits de propriété intellectuelle des entreprises », *C. J.*, 2012, p. 54.

(5) Voy. *ibidem*, pp. 54 et 55.