PISTE DE TRAVAIL 2 DU CCWG

-

RESPONSABILITÉ, QUESTIONNAIRE DU SOUS

-

GROUPE RELATIF

À LA JURIDICTION

ME1 24013371v.2

**Réponses données par:**

**Registre du domaine .swiss**

Office fédéral de la communication OFCOM
rue de l'Avenir 44
Case postale 252
2501 Bienne
domainnames@bakom.admin.ch

[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) / [www.dot.swiss](http://www.dot.swiss) / [www.nic.swiss](http://www.nic.swiss)

1. **Vos activités, votre vie privée ou votre capacité à utiliser ou obtenir des services liés aux noms de domaine ont-elles été affectées, d'une quelconque façon, par la juridiction de l'ICANN** ?

Cela a effectivement été le cas. La Confédération suisse a souhaité gérer le domaine générique «.swiss» en tant que domaine communautaire («Community TLD») dans l’intérêt du pays et de sa population (communauté suisse dans son ensemble). Cela n’a toutefois pas été évident pour le Gouvernement suisse de se déterminer à conclure un contrat de registre avec l’ICANN compte tenu en particulier des problèmes que pose potentiellement la juridiction de l’ICANN.

C’est la question du droit applicable au contrat de registre qui se révèle en premier lieu problématique:

* Le contrat de registre ne comporte aucune clause d’élection de droit, de sorte que le droit applicable n’est pas défini par ce contrat; cela crée une grande insécurité juridique et potentiellement un problème juridictionnel dans la mesure où:
	+ il appartiendrait aux arbitres ou aux juges compétents – qui pourraient relever d’une juridiction états-unienne - de déterminer quel droit gouverne la relation entre le registre et l’ICANN;
	+ le droit applicable devrait se déterminer sur la base des attentes légitimes que les parties peuvent avoir en matière de droit applicable. Selon la pratique actuelle en matière commerciale, le droit applicable est celui de la partie qui rend la prestation caractéristique, c’est-à-dire a priori l’ICANN. Un registre devrait dès lors potentiellement compter avec une application du droit de l’Etat de Californie.
* Le droit applicable détermine aussi la faculté de l’ICANN de réclamer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires (soit, dans l’ordre juridique US, des dommages-intérêts très supérieurs au préjudice effectivement subi, afin de sanctionner un comportement), dans le cas où le registre violerait le contrat de manière délibérée et répétée (chiffre 5.2 du contrat de registre). Cette institution bien établie de la Common Law est inconnue du droit suisse qui fonctionne selon le principe indemnitaire (les dommages-intérêts servent à réparer le dommage mais ne peuvent pas enrichir le lésé), et devrait être considérée comme contraire à l’ordre public. Si le droit suisse s’applique au contrat, de tels dommages ne peuvent pas être octroyés. La reprise d’institutions typiques de la Common Law dans le contrat de registre pose par principe des problèmes de compatibilité avec d’autres ordres juridiques et laisse par ailleurs entendre que le droit californien devrait a priori s’appliquer au contrat de registre.
* Il est compréhensible et pertinent que les règles ou obligations fondamentales qui figurent dans le contrat de registre s’appliquent de la même manière à tous les registres de par le monde et soient dès lors être interprétées d’une manière uniforme. Au-delà des quelques règles et obligations absolument fondamentales, il serait judicieux et conforme à une attente légitime de soumettre la relation contractuelle entre l’ICANN et un registre au droit national de ce dernier. Cela d’autant plus que le gestionnaire d’un domaine générique (TLD) se voit déléguer de larges compétences puisqu’il lui appartient notamment de fixer le but du domaine, l’éligibilité ou encore et les conditions d’attribution des noms de domaine, sans compter qu’il dispose d’une grande liberté quant à la manière dont un domaine est effectivement géré.

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, la clause d’arbitrage (chiffre 5.2 du contrat de registre «Arbitration text for intergovernmental organizations or governmental entities») a permis au registre du «.swiss» de prendre comme arbitre l’International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce à Genève en Suisse (la providence faisant dans notre cas bien les choses, ce qui a finalement constitué un élément essentiel permettant à la Confédération suisse de conclure un contrat de registre avec l’ICANN). Il serait toutefois à notre avis judicieux:

* de permettre également aux registres privés de se déterminer quant au choix de leur arbitrage;
* d’étendre les possibilités de choix pour les registres (par principe la possibilité de choisir un arbitrage reconnu dans chaque pays).

A noter finalement que la question préalable qui s’est posée pour le domaine «.swiss» est celle de la nature juridique d’un contrat conclu par un Etat, resp. son gouvernement avec un organisme privé comme l’ICANN qui exerce une tâche internationale d’intérêt public. Le contrat a en dernière analyse été considéré par le Gouvernement suisse en tant que contrat *sui generis* appelé *State Contract*.

1. **La juridiction de l'ICANN a-t-elle affecté un processus de règlement de litiges ou une procédure judiciaire liés aux noms de domaine dans lesquels vous étiez impliqué ?**

Cela n’a pas été le cas jusqu’ici, mais cela pourrait l’être dans le futur:

* au sujet du droit applicable au contrat de registre lors d’un éventuel litige qui mettrait le registre du .swiss aux prises avec l’ICANN;
* si un tiers ouvre action contre l’ICANN auprès d’une juridiction US contre l’attribution par l’ICANN du «.swiss» ou concernant la gestion du «.swiss», ou directement contre le registre du .swiss pour sa gestion du domaine «.swiss».
1. **Avez-vous des copies de et/ou des liens vers des rapports vérifiables relatant les expériences d'autres parties qui pourraient répondre aux questions ci-dessus ? En cas de réponse affirmative, veuillez fournir ces copies et/ou liens.**

Les actions judiciaires aux USA dont a fait l’objet le processus d’attribution par l’ICANN du domaine générique «.africa » constitue à notre avis une expérience révélatrice en relation avec la juridiction.

Il en va de même de l’ouverture d’une action judiciaire visant à saisir le ccTLD de l’Iran (“American court rules that Israeli plaintiffs can’t seize the Iranian ccTLD”; see <http://www.internetgovernance.org/2016/08/04/plaintiffs-cant-seize-ir-court-rules/>).

Aux yeux du registre du «.swiss», il apparaît extrêmement problématique que des juridictions US puissent être saisies de litiges concernant la gestion d’un domaine communautaire comme le «.swiss» qui vise uniquement à servir l’intérêt de la communauté suisse.

1. **a. Avez-vous connaissance de cas documentés dans lesquels l'ICANN n'a pas été en mesure de poursuivre sa mission en raison de sa juridiction ?\* Si oui, veuillez fournir des pièces justificatives.**

A notre connaissance, l’ICANN a suspendu le processus d’attribution du domaine générique «.africa» dans l’attente des décisions judiciaires que devaient rendre les diverses juridictions états-uniennes saisies.

**b. Avez-vous connaissance de l'existence d'une juridiction alternative en vertu de laquelle l'ICANN ne serait empêchée de poursuivre sa mission et en avez-vous des preuves ? Si oui, veuillez fournir des pièces justificatives.**

The issues mentioned above regarding applicable law, competent judge or arbiter, suggest in our opinion that additional flexibilities within the contractual arrangements are required in order to allow for a level playing field for registries established outside the US.

In addition, the cases mentioned under 3 and potential cases that may arise, suggest that decisions affecting fundamentally the global community as a whole, or specific local communities, should be protected against undue interference by the authorities of one specific country.

There are many examples of private organizations, based in different countries, which perform public interest functions, such as ICANN does, that are protected by tailor-made and specific rules, which, for instance, guarantee that their internal accountability and governance mechanisms and rules are not overridden by decisions stemming from authorities from the country they are established in.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) constitue à nos yeux un possible exemple de qui permettrait à l’ICANN d’exécuter sa mission à l’abri d’interventions politiques ou judiciaires non souhaitée ou souhaitables.

A l’instar de l’ICANN, le CICR est de nature hybride. En tant qu’association privée constituée au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse (RS 210; <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>), son existence ne découle pas en soi d’un mandat conféré par des gouvernements. Par contre, ses fonctions et ses activités sont universelles, prescrites par la communauté internationale et fondées sur des règles de droit internationales ou globales.