

Pour plus d'informations, prenez contact avec l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle:

Adresse:
34, chemin des Colombettes
Case postale 18
CH-1211 Genève 20
Suisse

Téléphone:
41 22 338 91 11
Télécopieur:
41 22 733 54 28
Messagerie électronique:
wipo.mail@wipo.int

ou avec son Bureau de coordination à New York:

Adresse:
2, United Nations Plaza
Suite 2525
New York, N.Y. 10017
Etats-Unis d'Amérique

Téléphone:
1 212 963 6813
Télécopieur:
1 212 963 4801
Messagerie électronique:
wipo@un.org

Découvrez aussi le site Web de l'OMPI:
<http://www.OMPI.int>
et commandez auprès de la librairie électronique de l'OMPI:
<http://www.OMPI.int/ebookshop>

Pour plus d'informations, prenez contact avec ASPIC:

Adresse:
401 Edgewater Place
Suite 500
Wakefield
Mass. 01880
Etats-Unis d'Amérique

Téléphone:
1 781-246-9321
Télécopieur:
1 781-224-1239
Messagerie électronique:
info@aspindustry.org

Découvrez aussi le site Web d'ASPIC:
<http://www.allaboutasp.com>



Pratiques recommandées à l'intention des fournisseurs de services logiciels en matière de prévention et de règlement des litiges

Document de synthèse
établi par le Centre d'arbitrage
et de médiation de l'OMPI
et l'ASP Industry Consortium



RÉSUMÉ

La croissance du secteur des fournisseurs de services logiciels (ASP) repose sur un certain nombre de facteurs interdépendants, techniques ou autres. Parmi les facteurs techniques, on retiendra notamment la largeur de bande, qui doit être suffisante, la connectivité et d'autres facteurs ayant une incidence sur la fiabilité, la disponibilité et la sécurité. Parmi les facteurs non techniques, la confiance de l'utilisateur final (qui dépend beaucoup de la réussite technique du modèle ASP) est primordiale.

La délicate question de savoir comment renforcer la confiance du consommateur ou de l'utilisateur final dans les transactions en ligne n'est, certes, pas propre aux ASP. Elle concerne aussi les détaillants et d'autres fournisseurs de services qui cherchent à exploiter le potentiel économique de l'Internet, les groupements de consommateurs, les associations professionnelles et les organismes de contrôle du secteur public. Dans un contexte international, notamment, où les parties contractantes ont peu de points communs d'ordre géographique, culturel ou juridique, il est beaucoup plus difficile d'instaurer un climat de confiance à l'égard des transactions en ligne qu'au sein d'un même pays.

Des procédures objectives, impartiales, rapides et économiques de règlement des litiges et des problèmes en cause sont fondamentales pour que le consommateur ou l'utilisateur final se sente davantage en confiance. Malgré les nombreuses

mesures préventives que les entreprises peuvent s'employer à mettre en œuvre, la confiance du consommateur repose en grande partie sur la conviction que les litiges seront réglés rapidement et équitablement, soit directement par l'entreprise ou le fournisseur de services, soit par d'autres moyens. Dans les transactions traditionnelles aussi bien que dans les transactions en ligne, lorsque les litiges ne peuvent être résolus directement entre le consommateur et l'entreprise, le commerçant ou le fournisseur de services et le consommateur doivent recourir à d'autres moyens. C'est ainsi que, dans bien des cas, ils s'en remettent aux organismes de protection du consommateur, aux tribunaux ou à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges.

Le livre blanc de l'ASP Industry Consortium (ASPIC)¹ et du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (centre de l'OMPI)² a essentiellement pour objet de :

- permettre à toutes les parties prenantes du secteur des ASP de se familiariser avec les procédures de gestion des conflits et les avantages qu'elles peuvent présenter;
- donner aux ASP et à leurs partenaires des informations pratiques et utiles qui leur permettront d'instaurer des procédures de gestion des conflits au sein de leurs organisations, de prévoir de telles procédures dans leurs contrats, et de tirer parti des avantages qu'elles peuvent présenter en cas de litige;

• familiariser les juristes, les magistrats, les arbitres et autres spécialistes des modes extrajudiciaires de règlement des litiges qui connaissent mal le secteur des ASP avec la structure et les mécanismes relationnels qui le caractérisent ainsi qu'avec les risques de litiges inhérents aux transactions impliquant des ASP.

I. Historique et contexte

Jusqu'à présent, les litiges signalés dans le secteur des ASP restent relativement peu nombreux. Cela tient notamment aux raisons suivantes :

- Commercialement, le modèle des ASP est relativement nouveau et le marché des services correspondant est toujours à l'état embryonnaire.
- Il est possible que les petites et moyennes entreprises auxquelles les services ASP ont pu poser des problèmes n'aient pas disposé des ressources (financières ou autres) nécessaires pour prendre les mesures appropriées.
- Les grandes entreprises ont un seuil de tolérance plus élevé par rapport aux contre-performances techniques. En outre, elles sont généralement moins dépendantes des services ASP pour les fonctions essentielles à leur mission.
- Les pertes financières subies par les consommateurs ou utilisateurs ayant eu des problèmes avec leurs ASP ne justifiaient

pas une procédure formelle de règlement du litige, de quelque nature que ce soit.

- Les ASP et leurs clients ont cherché à éviter les procédures de règlement des litiges, celles-ci risquant de compromettre les perspectives de financement pour l'avenir et ayant généralement un effet néfaste sur les affaires et les activités de commercialisation.
- De nombreux ASP prennent en matière de prestation de services et d'assistance à la clientèle des mesures préventives complémentaires dont le coût peut par la suite devenir prohibitif.

Cependant, l'extension du marché des ASP devrait s'accompagner d'une augmentation du nombre des litiges due au fait que les fournisseurs de services ne remplissent pas leurs engagements à la satisfaction de l'utilisateur final. Par ailleurs, si les prévisions des analystes, selon lesquels le secteur des ASP devrait connaître à court terme une importante concentration des activités, sont exactes, des litiges portant sur des questions telles que la propriété des données, leur transfert ou la propriété du logiciel pourraient fort bien voir le jour.

Les litiges impliquant des ASP peuvent présenter tout ou partie des caractéristiques suivantes¹:

- **Fournisseur unique – utilisateurs multiples.** La caractéristique essentielle

des litiges impliquant des ASP procède du modèle "fournisseur unique – utilisateurs multiples". C'est ainsi qu'un problème technique isolé lié à un service ASP pourrait, quelle qu'en soit l'origine, avoir des ramifications étendues. Il est possible par exemple que les plaintes pouvant être formulées à l'encontre des clients des ASP se transforment, par le jeu d'une réaction en chaîne, en une multitude de réclamations (émanant éventuellement de l'ensemble des clients des ASP ou des utilisateurs finals des services de ces derniers).

- **Pluralité d'autorités compétentes.** Le modèle ASP peut faire intervenir de multiples parties prenantes, qui ne sont pas toutes situées au même endroit. La clientèle d'un ASP peut aussi être répartie sur différentes zones géographiques. C'est ainsi que les litiges impliquant des ASP peuvent relever des lois de divers pays et se rattacher à différentes cultures commerciales et juridiques. En outre, un ASP peut même être poursuivi simultanément devant plusieurs juridictions.

- **Difficultés de déterminer l'origine d'un problème.** En raison des multiples relations de partenariat à divers niveaux qu'implique un modèle ASP et de la complexité technique de celui-ci, il sera très difficile de repérer, d'isoler et de comprendre la source ou les multiples sources d'un problème technique – de logiciel, de matériel ou de connectivité. La détermination des responsabilités sur le plan juridique peut

demander énormément de temps et de ressources. En outre, même si les questions d'ordre commercial et juridique à régler dans le cadre d'un litige peuvent être relativement simples, les questions techniques qui s'y rapportent peuvent, quant à elles, être infiniment plus complexes.

- **Questions juridiques et commerciales d'avant-garde.** Le modèle ASP étant encore embryonnaire, les pratiques en matière de prix, de contrats et de gestion continuent d'évoluer. Les litiges impliquant des ASP vont vraisemblablement soulever de nouveaux problèmes d'ordre juridique (touchant aussi bien à la procédure qu'au fond) et de nouvelles questions de responsabilité, pour lesquelles le cadre juridique traditionnel n'est peut-être pas toujours parfaitement adapté. La livraison de logiciels sur l'Internet soulève aussi maintes questions complexes de propriété intellectuelle, qui sont toujours en discussion aussi bien au niveau national qu'à l'échelon international.

- **Relations symbiotiques.** Comme il a été indiqué, le modèle ASP peut faire intervenir une multitude de relations de partenariat dans lesquelles toutes les parties prenantes sont interdépendantes. Un litige peut donc remettre en cause de très importants droits acquis pour des parties qui ont tout intérêt à ce que leurs relations se poursuivent harmonieusement. Le temps et les ressources financières qu'exige l'établissement d'une nouvelle relation de partenariat

qui puisse remplacer celle qui a été rompue peuvent s'avérer prohibitifs.

- **Caractère spécifique des parties.** De nombreux ASP, comme leurs partenaires et leur clientèle, sont de jeunes sociétés ou de nouveaux départements de sociétés existantes qui cherchent à se développer dans le secteur des ASP. Ils ont donc tout intérêt à ce que les litiges éventuels soient rapidement réglés afin que d'importantes ressources, parfois difficiles à obtenir, ne soient pas ainsi détournées au détriment d'autres secteurs d'activité. Ils auront aussi tout intérêt à préserver la confidentialité du litige, afin d'éviter toute publicité néfaste à leurs activités naissantes.

- **Diversité des intérêts financiers en cause.** Bien que les données dont on dispose soient encore peu nombreuses, il est probable que les intérêts financiers en jeu dans les litiges impliquant des ASP seront très variables. Par exemple, les pertes subies par un petit commerçant en ligne par suite d'une indisponibilité de deux heures de son site Web peuvent ne représenter que quelques milliers de dollars alors que la même durée d'immobilisation peut se traduire par une perte de plusieurs centaines de milliers de dollars pour une grande société intervenant dans le commerce électronique interentreprises. De même, une application touchant aux ressources humaines supposera un niveau de responsabilité plus élevé qu'un programme rudimentaire de traitement de texte. La divul-

gation accidentelle de l'application touchant aux ressources humaines pourrait se traduire par un préjudice dont le montant serait de loin supérieur au préjudice résultant de la divulgation accidentelle de l'application de traitement de texte.

Les diverses parties prenantes aux transactions impliquant des ASP savent et admettent que l'évolution du modèle ASP n'ira pas sans soulever encore maintes difficultés. Elles reconnaissent aussi que pour que le modèle ASP réussisse à s'imposer, les sociétés qui l'expérimentent ne doivent pas se laisser impressionner par les défis auxquels elles sont confrontées. Elles doivent au contraire y faire face rapidement, efficacement et de manière à augmenter au maximum les chances de préserver leurs relations d'affaires fondamentales tout en minimisant les risques de désorganisation de leurs activités.

II. Pratiques recommandées en matière de prévention des litiges

Dans l'idéal, il conviendrait en tout premier lieu d'éviter que les litiges se concrétisent. Bien qu'elles s'adressent avant tout aux ASP, ces pratiques recommandées en matière de "prévention des litiges" intéressent aussi d'autres parties prenantes aux transactions impliquant des ASP.

Pratiques recommandées en matière de prévention des litiges

■ **Adopter et promouvoir les pratiques recommandées dans les principaux domaines suivants**⁴: planification et gestion de l'infrastructure; planification et gestion de la connectivité; planification et gestion de la sécurité; planification et gestion des applications; planification et gestion de la mise en œuvre et planification et gestion des activités de soutien.

■ **Se donner les moyens de déterminer les problèmes liés au niveau des services requis en mettant en place des systèmes qui permettent de repérer la cause d'un problème ainsi que le vendeur associé qui détient l'élément correspondant, et en présentant à la clientèle un compte rendu complet et objectif des questions touchant au niveau des services.**

■ **Apporter en temps voulu des solutions aux problèmes rencontrés, prévoir des services de soutien et une gestion efficace de l'information en mettant en œuvre une politique d'aide à la clientèle concrétisée par des services complets d'assistance technique.**

■ **Négocier et mettre en œuvre des accords de niveau de services équitables, complets et clairement rédigés, énonçant les droits et obligations des parties et garantissant que chaque partie comprenne parfaitement les incidences juridiques et**

techniques de ses engagements contractuels au niveau opérationnel⁵.

■ **Mettre en œuvre des mécanismes techniques, administratifs et opérationnels qui permettent une gestion dynamique des relations d'affaires.**

■ **Mettre en place une couverture d'assurance appropriée dans le cadre d'une politique globale de réduction des risques et s'assurer le concours de professionnels expérimentés pour obtenir la meilleure et la plus efficace couverture d'assurance qui soit.**

III. Mécanismes formels de règlement des litiges

Pratiques recommandées en matière de règlement des litiges

■ **Les ASP doivent chercher à régler par voie extrajudiciaire les litiges qui peuvent les opposer à leurs vendeurs, associés et clients. Les procédures extrajudiciaires offrent un moyen confidentiel, neutre, rapide et économique de résoudre les différends, qui laisse aux parties une maîtrise suffisante du déroulement des opérations et qui permet d'y associer des intermédiaires neutres spécialisés, dotés de l'expérience voulue. Plus ces procédures sont engagées rapidement, plus les chances de règlement du litige dans les plus brefs délais sont élevées.**

Les mesures de gestion des risques et de prévention des conflits les plus complètes et les mieux conçues laissent cependant toujours place à des circonstances imprévues, où les parties seront réellement dans l'impossibilité de s'entendre et où les procédures internes de règlement des problèmes s'avèreront inadéquates. En pareils cas, les parties doivent pouvoir recourir à un mécanisme formel de règlement des litiges. On trouvera donc résumées ci-après diverses solutions que les ASP et leurs partenaires peuvent envisager d'adopter pour le règlement des litiges qui les opposent.

A. L'action en justice

L'action en justice est la procédure publique formelle de règlement des litiges devant les tribunaux nationaux. Si elle peut, dans certains cas, constituer la solution la plus adaptée ou même la seule solution possible, il est généralement admis qu'elle constitue aussi un mode de règlement des conflits lent, déstabilisant, absorbant, coûteux et long. L'incertitude quant à l'issue finale de la procédure est aussi considérable, ce qui peut compromettre des projets commerciaux et des investissements d'importance capitale, mettre en péril de précieux éléments de l'actif de l'entreprise et aboutir à la rupture de relations d'affaires de longue date.

En outre, dans le cas de différends de caractère international, la partie appelée à plaider sa cause devant un tribunal étranger,

selon des lois, une procédure et des règles de preuve qu'elle connaît mal et dans une langue qui n'est pas la sienne, peut se trouver considérablement désavantagée. Même si elle obtient gain de cause, compte tenu de la portée limitée des traités assurant la reconnaissance des décisions judiciaires à l'étranger, un jugement obtenu dans les tribunaux d'un pays donné peut se révéler difficilement exécutoire dans un autre pays.

B. Les solutions extrajudiciaires

Compte tenu des limites inhérentes à l'action en justice en tant que technique de règlement des litiges, les parties prenantes aux transactions impliquant des ASP devraient avoir recours à d'autres solutions, ou modes de "règlement extrajudiciaire des litiges". Ce terme englobe toute une gamme de techniques destinées à résoudre les litiges opposant deux parties ou plus en dehors du recours formel aux tribunaux. Ces techniques, parfois dénommées techniques de "gestion des litiges", ne s'excluent pas nécessairement les unes les autres dans un conflit donné, mais peuvent être, et sont souvent, appliquées successivement ou conjointement, selon des modalités adaptées à chaque cas particulier. Elles peuvent enfin aussi être utilisées accessoirement à l'action en justice.

Les principaux avantages de ces procédures, qui les rend particulièrement adaptées au règlement des litiges impliquant des ASP, sont les suivants :

- **Rapidité.** Lorsque les parties à un contrat se heurtent à un désaccord, ce sont la durée et l'ampleur de ce désaccord qui compromettent la relation contractuelle. Les litiges empêchent de consacrer toute l'attention voulue aux activités de base et le coût d'un litige qui s'éternise est généralement élevé, aussi bien financièrement qu'en termes de ressources humaines. Des objectifs et projets d'affaires importants, de même que des plans de financement, peuvent se trouver compromis par une contestation non réglée. Pour de jeunes sociétés, en particulier, le règlement rapide d'un conflit peut être crucial dans la mesure où elles ne sont pas toujours en mesure de survivre aux lenteurs d'une procédure devant les tribunaux. Le règlement extrajudiciaire des conflits est pratiquement toujours plus rapide qu'un procès, même dans les juridictions appliquant une procédure accélérée. Cela est dû non seulement au caractère généralement informel des procédures extrajudiciaires mais aussi au fait que l'intermédiaire ou les collègues d'intermédiaires neutres s'attachent à régler les litiges selon un processus continu et à parvenir rapidement à un dénouement. Le fait qu'ils puissent avoir une expérience non négligeable de l'objet du litige est aussi un atout. En outre, certaines procédures extrajudiciaires reposent sur le principe de la coopération des parties et sont mises en œuvre de façon à faciliter cette coopération.
- **Économies substantielles.** Le règlement rapide du litige qui oppose les parties

se traduira généralement par des économies substantielles. Même en cas de recours à des procédures non consensuelles, telles que l'arbitrage, les frais liés au règlement du litige seront dans la plupart des cas inférieurs à ceux qui auraient été encourus devant les tribunaux.

- **Confidentialité.** Pour bon nombre de sociétés, et notamment pour les petites et moyennes entreprises, il peut être vital que le litige qui oppose la société à un vendeur ou à un client ne soit pas rendu public. Un litige public peut avoir de graves conséquences à l'avenir pour le financement de l'entreprise ainsi que pour d'autres activités, de commercialisation notamment. En outre, moins le litige sera connu, plus les parties auront de chances de reprendre normalement leurs activités commerciales en s'attachant à trouver une solution satisfaisante de part et d'autre. Les procédures extrajudiciaires sont, par essence, privées. De ce fait, elles permettent de résoudre un litige dans la confidentialité, en évitant une procédure et un jugement officiels, et d'en réduire au minimum l'incidence potentielle sur d'autres litiges à l'avenir. Une procédure extrajudiciaire appropriée peut cependant aussi permettre la divulgation d'informations confidentielles et de secrets d'affaires. Tous ces éléments peuvent souvent contribuer de façon déterminante au règlement.
- **Intervention de spécialistes.** Les litiges mettant en cause des fournisseurs de

services logiciels peuvent faire intervenir des questions techniques qu'un profane aura du mal à appréhender. En outre, le secteur des ASP étant encore en développement, les modèles commerciaux tendent à s'écarter des schémas classiques. Ils sont eux aussi encore en évolution. Les procédures extrajudiciaires permettent aux parties de prendre part à la nomination et à la désignation du ou des intermédiaires neutres. Elles ont par conséquent la possibilité de choisir un spécialiste des questions commerciales, techniques et juridiques liées au litige, ce qui peut permettre de sérieuses économies de temps et d'argent.

- **Maintien des relations d'affaires.** Comme il a été indiqué plus haut, certains modèles ASP sont fondés sur de solides relations de partenariat qui sont fondamentales pour permettre la fourniture des services en cause. Par conséquent, les parties à un litige auront tout intérêt à ce que leurs relations se poursuivent harmonieusement. En cas de recours à des procédures extrajudiciaires telles que la médiation, le dialogue entre les parties reste ouvert, et ces dernières peuvent donc apprécier plus objectivement l'intérêt qu'elles peuvent avoir à préserver leurs relations commerciales plutôt qu'à poursuivre le litige.
- **Prévisibilité du résultat.** L'issue d'un procès devant les tribunaux peut souvent se résumer à "tout ou rien". L'arbitrage a parfois été critiqué comme aboutissant à des sentences comparables à des juge-

ments de Salomon. Dans les procédures extrajudiciaires telles que la médiation, l'issue dépend de la mesure dans laquelle les parties sont disposées à transiger, plutôt qu'à se voir imposer une décision. Le règlement final, qui traduit les intérêts commerciaux respectifs des parties, est donc de ce fait beaucoup plus prévisible.

- **Solutions créatives axées sur les activités commerciales.** Dans les procédures extrajudiciaires telle que la médiation, où les parties conservent le pouvoir de décision, ces dernières ont la faculté de concevoir des solutions satisfaisantes de part et d'autre, qui tiennent compte de leurs priorités et objectifs respectifs, ce qui ne serait peut-être pas possible devant une juridiction classique ou un tribunal d'arbitrage, dont la décision est normalement fondée sur des questions plus techniques ou plus précises. Dès lors qu'une procédure extrajudiciaire a permis l'ouverture du dialogue, les parties peuvent s'attacher – comme c'est souvent le cas – à régler, au-delà du problème particulier en cause, des questions de plus vaste portée. En outre, la procédure extrajudiciaire permet une participation plus directe des intéressés, ce qui peut présenter un énorme avantage en favorisant les solutions axées sur des problèmes commerciaux concrets par opposition aux solutions purement legalistes.

- **Souplesse de la procédure et maîtrise des parties.** Les parties, assistées de leurs conseils, ont la faculté de choisir la

procédure qui leur paraît la plus adaptée aux circonstances propres au litige qui les oppose, à leurs objectifs commerciaux respectifs, au laps de temps dont elles disposent et à leur culture d'entreprise. Elles ont, en outre, la possibilité de moduler et affiner la procédure choisie afin qu'elle corresponde parfaitement à leurs besoins et préférences. Cela est vrai non seulement des aspects purement mécaniques et formels de celle-ci, mais aussi de ses aspects matériels, y compris la restriction de la portée des questions de fait et de droit en cause.

- **Désorganisation des affaires.** Si les procédures extrajudiciaires nécessitent initialement des ressources de gestion, le temps à y consacrer est d'ordinaire insignifiant par rapport aux perturbations qu'engendre le recours aux tribunaux, et notamment à la charge de travail importante que cela impose au personnel d'encadrement et d'exécution, ainsi qu'au conseil de l'entreprise. En outre, la menace prolongée inhérente à une responsabilité éventuelle ou une contestation en instance au sujet d'un patrimoine de valeur peut avoir une incidence éminemment défavorable sur le financement, les activités de commercialisation et les projets d'expansion de l'entreprise.

- **Réserve des droits.** Lorsque les parties décident de régler leurs problèmes dans le cadre d'une procédure contraignante telle que l'arbitrage, elles renoncent corrélativement au droit de porter les questions en

cause devant les tribunaux de droit commun. Elles conservent cependant la faculté de saisir un tribunal pour obtenir des mesures provisoires ou accessoires. Cependant, lorsque les parties ont recours à une procédure extrajudiciaire consensuelle non contraignante telle que la médiation, elles se réservent implicitement (et parfois même explicitement par contrat) le droit de recourir à une procédure juridictionnelle - judiciaire ou arbitrale - si la procédure non contraignante n'aboutit pas à un accord. La procédure extrajudiciaire non juridictionnelle présente donc extrêmement peu de risques.

- **Questions de compétence.** Le règlement extrajudiciaire des litiges relevant d'une procédure privée, fondée sur l'accord des parties, l'un des plus importants problèmes pouvant se poser dans les litiges mettant en cause des ASP, à savoir celui de la compétence, se trouve éliminé. Les questions touchant à la loi applicable au fond du litige ne sont certes pas toujours résolues mais le fait que les parties aient d'un commun accord recours à une procédure extrajudiciaire telle que l'arbitrage élimine pour le demandeur la nécessité de devoir éventuellement se pourvoir devant de multiples juridictions dont la compétence peut résulter de la relation commerciale qui a donné naissance au litige. Elle supprime par ailleurs pour le défendeur l'éventualité d'avoir à défendre ses intérêts devant plusieurs tribunaux dans des conditions contraignantes, voire défavorables.

Le principal inconvénient du recours aux procédures extrajudiciaires pour le règlement des litiges mettant en cause des ASP tient au fait que le litige peut impliquer plus de deux parties, qui vraisemblablement n'entreprendront pas de relations contractuelles. Cela pose un problème important, quoique loin d'être insurmontable, pour les mécanismes de règlement des litiges de droit privé, tels que l'arbitrage et la médiation, dans la mesure où il n'est généralement pas possible de forcer un tiers – qui, par définition, n'est pas partie au contrat ayant donné naissance au litige – de prendre part à la procédure contre son gré. Ces complications sont réduites au minimum dans les procédures se déroulant devant les tribunaux nationaux, qui ont généralement le pouvoir d'ordonner aux parties relevant de leur compétence d'intervenir dans la procédure lorsque cela leur paraît nécessaire ou même simplement opportun.

On trouvera à la page suivante un tableau recensant certaines des techniques de règlement des litiges les plus couramment employées, chacune d'elles se singularisant par son niveau de formalisme et par conséquent par le degré de maîtrise des parties sur la procédure, les frais en cause et la finalité du résultat.

Négociation	Procédure informelle, ordinairement peu structurée, dans laquelle les parties tentent de résoudre leurs différends par le dialogue direct. Une tierce partie peut être désignée par les parties pour faciliter les négociations.
Recours à un conseil en règlement	Technique de règlement extrajudiciaire relativement nouvelle dans laquelle les parties engagent un conseil qui a pour mission spécifique de régler le litige. Le conseil n'est normalement pas autorisé à prendre part à une procédure ultérieure, à quelque titre que ce soit, si la tentative de règlement échoue.
Médiation	Procédure privée, facultative, non contraignante, confidentielle et souple dans laquelle un intermédiaire neutre tente, à la demande des parties à un litige, d'aider celles-ci à parvenir à un règlement mutuellement satisfaisant de leur différend ou, sur demande, à fournir une évaluation neutre des positions respectives des parties, et du résultat final.
Mini-procès	Procédure privée, facultative, non contraignante et confidentielle qui revêt la forme d'un procès simulé dans lequel les parties font valoir leur point de vue devant une commission composée de dirigeants des sociétés parties au litige et d'un observateur indépendant.
Évaluation préalable neutre	Procédure facultative, non contraignante et confidentielle supposant le renvoi du litige par les parties à un tiers pour une évaluation non contraignante, dans laquelle l'évaluateur applique tous les principes qui entreraient en ligne de compte en cas de décision juridictionnelle formelle.
Expertise neutre	Procédure privée, facultative, non contraignante et confidentielle dans laquelle les parties soumettent des questions spécifiques (d'ordre technique, scientifique, comptable ou économique, par exemple) à un expert pour une évaluation neutre des faits, invoquée généralement à l'appui d'une procédure parallèle de règlement du litige.
Ombudsman	Type particulier d'enquêteur auquel ont recours nombre de sociétés, d'établissements d'enseignement, d'administrations publiques, de groupements professionnels et d'organismes de consommateurs pour instruire et aider à régler les plaintes et réclamations. Généralement, l'ombudsman établit un rapport consultatif non contraignant ainsi que des recommandations à l'attention des responsables sur la façon de résoudre les litiges, mais peut aussi rendre des décisions contraignantes.
Commission d'examen des litiges	Procédure privée, facultative et confidentielle couramment appliquée dans le cadre de relations de longue date, consistant à recourir à un groupe permanent d'experts avertis capables de régler rapidement les différends au fur et à mesure qu'ils surgissent. Cette procédure est couramment employée dans le secteur de la construction et pour d'importants contrats de sous-traitance. Les conclusions peuvent revêtir le caractère de décisions obligatoires ou d'avis consultatifs.
Arbitrage	Procédure privée, facultative et confidentielle tendant à la détermination des droits en cause, conformément à la législation applicable, par un tribunal composé d'un ou de plusieurs arbitres qui ont le pouvoir de rendre une décision définitive s'imposant aux parties. L'arbitrage peut aussi avoir un caractère non contraignant.
Procès	Procédure publique formelle de règlement des litiges devant les tribunaux nationaux.

aux moins formelles

Des plus formelles

IV. Clauses et principes directeurs types en matière de règlement des litiges

Il est généralement souhaitable de prévoir une clause relative au règlement des litiges (c'est-à-dire une clause précisant les modalités ou procédures selon lesquelles les litiges nés des relations contractuelles des parties ou s'y rapportant pourront être réglés) au moment de la négociation des autres conditions de l'accord. Une fois le litige né, il est possible que les parties ne puissent s'entendre sur quoi que ce soit, et a fortiori sur la procédure permettant de régler leur litige. En outre, une clause préalable offre aux deux parties une certaine certitude quant aux modalités de règlement des problèmes à résoudre et peut accélérer le processus de règlement des litiges. Il est cependant possible d'opter pour un procédé de règlement donné après la naissance d'un litige, notamment si les parties entretiennent des relations telles qu'elles peuvent parvenir à s'entendre relativement rapidement, à peu de frais et sans acrimonie sur le mode de règlement à retenir.

Une fois que les parties ont arrêté les modalités de règlement du litige, celles-ci doivent être consignées sous la forme d'un accord écrit. Le livre blanc donne donc des exemples de clauses de règlement des litiges mises au point par le Centre de l'OMPI, que les parties prenantes aux transactions impliquant des ASP peuvent envi-

sager de faire figurer dans leurs contrats, ainsi que des commentaires sur ces clauses et des possibilités de variantes.

Les modalités de règlement d'un litige peuvent revêtir un caractère ponctuel (les parties décidant, éventuellement avec l'aide d'un intermédiaire neutre, des procédures à appliquer dans un cas précis). Elles peuvent aussi renvoyer à un ensemble de règles mises au point par une institution de règlement (par exemple le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, l'American Arbitration Association, la London Court of International Arbitration ou la Chambre de commerce internationale), qui sont généralement incorporées par renvoi dans les clauses de règlement des litiges. Les clauses types renvoient au Règlement d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, qui offre un ensemble de règles particulièrement adaptées aux litiges mettant en cause des ASP, et qui est annexé au livre blanc. Des principes directeurs sont aussi prévus pour permettre aux parties de déterminer si elles optent pour une procédure ad hoc ou pour des règles institutionnelles de règlement des litiges.

V. Procédure et méthode

L'ASPIC et le Centre de l'OMPI ont toujours considéré comme essentiel que les pratiques recommandées et les principes directeurs procèdent d'une démarche impliquant une recherche extensive, des consultations avec les parties prenantes aux transactions impliquant des ASP et un processus de contrôle et de validation par des experts indépendants. Les recommandations consignées dans le livre blanc sont donc l'aboutissement d'un processus reposant sur les éléments suivants:

- Entretiens avec un groupe de cadres supérieurs représentatifs du secteur des ASP.
- Observations et commentaires soumis par l'intermédiaire du site Web du Centre de l'OMPI.
- Entretiens avec des spécialistes des modes extrajudiciaires de règlement des litiges connaissant bien le secteur des ASP.
- Résultats d'une enquête sur les accords de niveau de services (SLA) menée sous les auspices du Comité de recherche des ASPIC, dans laquelle figurent plusieurs questions sur le règlement extrajudiciaire des litiges.

- Informations fournies par des membres de l'ASPIC et d'autres parties intéressées concernant les types de litiges mettant en cause des ASP.

- Recherches sur les litiges relatifs à des contrats de sous-traitance et à des projets d'intégration de systèmes de caractère traditionnel.

- Autres recherches bibliographiques, y compris dans des bases de données juridiques, des revues de presse et sur l'Internet.

- Observations d'un groupe international, spécialement constitué, de spécialistes du droit, des affaires et de l'orientation des politiques, dénommé Groupe d'experts OMPIC-ASPIC sur la prévention et le règlement des litiges.

* * * *

1. Fondé en mai 1999, l'ASP Industry Consortium (<http://www.allaboutasp.com>) est un groupement international de défense regroupant plus de 1000 sociétés, créé en vue de promouvoir le secteur des fournisseurs de logiciels en finançant des recherches, en favorisant l'application de pratiques recommandées et en faisant valoir les avantages stratégiques et quantifiables du modèle ASP. Il a notamment pour objectifs d'éduquer le marché, de mettre au point des définitions communes pour le secteur, de servir de forum de discussion et de favoriser la recherche. Parmi les secteurs techniques que représentent les membres de l'ASP Industry Consortium figurent les vendeurs indépendants de logiciels (ISV), les fournisseurs de services de réseau (NSP), les fournisseurs de services logiciels (ASP), ainsi que des modèles commerciaux émergents et d'autres secteurs d'appui.

2. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (<http://arbitrator.wipo.int>) est un organisme majeur dans le domaine des services de règlement des litiges, qui propose des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement de litiges commerciaux internationaux entre particuliers ou entreprises privées. Élaborées par des experts de premier plan dans le domaine du règlement des litiges internationaux, les procédures proposées par le centre sont largement reconnues comme étant particulièrement adaptées aux litiges concernant les techniques, les arts du spectacle et d'autres aspects de la propriété intellectuelle. Le centre a consacré d'importants moyens à la création d'un cadre juridique opérationnel pour l'administration des litiges

relatifs à l'Internet et au commerce électronique et est fréquemment consulté sur des questions relatives au règlement des litiges de propriété intellectuelle et à l'Internet. Il fournit également des services consultatifs en matière de règlement des litiges et a aidé plusieurs organisations à mettre en place un mécanisme de règlement adapté à leurs besoins. Organisme indépendant et impartial, le centre est administrativement rattaché au Bureau international de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et a son siège à Genève (Suisse).

3. Le livre blanc comporte en appendice une liste des types de litiges que les personnes interrogées par le Groupe d'étude du Comité des pratiques recommandées de l'ASPIC sur la prévention et le règlement des litiges (DART) ou ayant présenté des observations séparément ont signalé a) avoir rencontrés dans le passé, b) s'efforcer actuellement de résoudre ou c) considérer comme critiques pour l'avenir.

4. Le livre blanc comporte une liste récapitulative des points à examiner sous chacune des questions énumérées et renvoie à la publication de l'ASP Industry Consortium intitulée *A Guide to the ASP Delivery Model*.

5. Le livre blanc comporte une liste récapitulative de certaines des clauses les plus courantes dans les accords de niveau de services et renvoie à la publication de l'ASP Industry Consortium intitulée *A Guide to Service Level Agreements*.