



5.11.2014

Ordonnance sur les domaines Internet (ODI)

Rapport explicatif

1 Le système des noms de domaine (Domain Name System)

1.1 Généralités

Dans l'Internet, l'acheminement des données nécessaires à la communication entre ordinateurs est possible grâce aux adresses protocole Internet (IP). Chaque équipement informatique relié à l'Internet dispose en effet d'une adresse IP unique lui permettant d'être distingué resp. identifié parmi toutes les autres machines. Ce même équipement peut de plus se voir attribuer un nom de domaine qui, en comparaison de l'adresse IP composée d'une longue série de chiffres, permet son identification au sein du réseau de manière plus accessible et conviviale pour les usagers.

Les noms de domaine sont organisés et gérés de manière hiérarchique dans le cadre du système des noms de domaine (Domain Name System [DNS]). Les noms de domaine sont ainsi décomposés en domaines de premier niveau (TLD; Top Level Domain), de deuxième niveau et le cas échéant en d'autres sous-domaines. Les TLD désignent des catégories d'organisations ou d'activités par genre (gTLD; par ex. «.com» pour les entreprises à vocation commerciale), des pays ou territoires (ccTLD ou country code TLD; par ex. «.ch» pour la Suisse) ou encore des organismes internationaux (iTLD comme «.int»).

Pour garantir une bonne gestion des noms de domaine, des entités dénommées «registres» (Registry) sont chacune responsables d'un domaine de premier niveau en tant que partie distincte du DNS. Les registres sont en particulier chargés d'administrer le fichier informatique ou base de données comprenant toutes les informations d'adressage relatives au domaine considéré. Des serveurs DNS, dans lesquels ces informations d'adressage sont mémorisées, assurent la fonction dite de «résolution» qui permet notamment de déterminer l'adresse IP sur la base du nom de domaine. La racine ou «root» constitue le niveau supérieur de la base de données du DNS. Les serveurs de la racine contiennent tous le même fichier «root zone file» dans lequel figure les références des registres gérant les fichiers des domaines dits de premier niveau (Top Level Domain, TLD).

Dans la mesure où une grande partie des communications électroniques passe désormais par l'Internet, les noms de domaine et les adresses IP constituent, en tant que ressources d'adressage, un élément essentiel des télécommunications modernes.

1.2 Rôle de l'ICANN

C'est un organisme insolite au regard du droit international public qui gère à l'échelle planétaire les noms de domaine, à savoir l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Succédant en octobre 1998 au Gouvernement américain, cette société à but non lucratif est assujettie aux lois de l'Etat de Californie. Elle œuvre sur la base d'une organisation complexe qui tente de faire collaborer toutes les parties intéressées au bon fonctionnement du DNS (société civile, prestataires commerciaux, milieux techniques). Les gouvernements n'ont dans l'ICANN qu'une voix consultative sur les enjeux de politiques publiques par l'intermédiaire du GAC (Governmental Advisory Committee), au sein duquel l'OFCOM représente la Confédération suisse.

L'ICANN est en définitive responsable du système d'adressage et de nommage de l'Internet. Plus précisément, l'ICANN est chargée d'allouer l'espace des adresses de protocole IP, d'attribuer les identificateurs de protocole, d'administrer le système de nom de domaine de premier niveau et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines. L'ICANN établit des règles qui s'imposent à l'échelon international compte tenu du pouvoir de fait de cette organisation sur le DNS et sur la gestion mondiale des domaines Internet. L'ODI se réfère à ces règles particulières établies par l'ICANN – ou potentiellement par d'autres organisations internationales – en recourant à la notion de «règles qui s'appliquent à l'échelon international». Il s'agit de marquer le fait que l'internationalité se réfère ici non pas à la nature ou à la source des règles, mais bien plus à leur application concrète.

Cette situation de droit particulière s'explique par le fait qu'hormis aux Etats-Unis, l'Internet en tant que nouveau phénomène technologique mondial a pu se développer en dehors des régimes juridiques nationaux. La prédominance à tout le moins de fait d'une organisation US sur le système de l'Internet a été certes souvent remise en question par le passé. Il n'en demeure pas moins qu'aucun consensus n'a pu être trouvé pour attribuer cette responsabilité à une autorité internationale considérée comme plus appropriée (cf. Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), organisé par l'Union internationale des télécommunications [UIT] entre 2003 et 2005). La Suisse est de fait tenue d'accepter les prescriptions de l'ICANN si elle souhaite prendre part à l'Internet universel.

1.3 Libéralisation en marche

C'est l'ICANN qui décide de la création de domaines de premier niveau. La souveraineté législative des Etats sur leurs domaines de pays (ccTLD) comme le ".ch" pour la Suisse est toutefois implicitement reconnue par l'ICANN. L'ICANN garde en revanche la haute main sur les domaines génériques de premier niveau (gTLD).

L'ICANN a lancé en 2012 un processus de création d'un véritable marché de nouveaux domaines génériques de premier niveau. Les personnes morales de par le monde ont pu se porter candidate à la création et la gestion d'un ou plusieurs domaines de leur choix moyennant paiement et respect des règles du gTLD Applicant Guidebook. Ce règlement de l'ICANN fixe ainsi les règles applicables aux nouveaux espaces de nommage qui seront créés et prévoit des mécanismes originaux de protection des droits de marque. Il détermine aussi diverses procédures d'objection relatives aux dénominations dont il est demandé qu'ils deviennent des domaines de premier niveau. L'ICANN prévoit en outre de consulter les autorités compétentes pour s'assurer que l'utilisation envisagée de certains noms géographiques (villes, subdivisions régionales de pays [cantons pour la Suisse]) ne pose aucun problème.

2 Fondements juridiques de l'ODI

2.1 Compétence globale de la Confédération

La haute main de la Confédération sur les noms de domaine découle fondamentalement de l'art. 92 de la Constitution fédérale (Cst.) qui donne à celle-ci une compétence globale dans les télécommunications. Cette compétence doit se comprendre comme un mandat d'organisation qui autorise la Confédération à instaurer le système économique et structurel de son choix dans ce secteur d'activités (Mess. Cst. 1997, p. 274; ATF 131 II 13 [43] et 125 II 293 [303]) et comme un mandat législatif qui permet de le réaliser.

L'art. 28 al. 1 LTC concrétise la compétence constitutionnelle de la Confédération en confiant à l'OFCOM la gestion de toutes les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications – y compris les noms de domaine (ATF 131 II 162 [164]) – qui relèvent de la compétence de la Suisse. L'art. 28 al. 1 en relation avec l'art. 62 al. 1 LTC laisse au Conseil fédéral une très grande marge de manœuvre pour régler la gestion des ressources d'adressage. Par conséquent, une ordonnance du Conseil fédéral en la matière n'est pas une pure ordonnance d'exécution (Arrêt du TF du 12 décembre 2011 [2C_587/2011], consid. 3.3; cf. ég. ATAF du 7 juin 2011 [A-7257/2010], consid. 5.4.2). En d'autres termes, le Conseil fédéral peut édicter des normes primaires sur la base des art. 28 al. 1 et 62 al. 1 LTC.

L'OFCOM peut transférer à des tiers la gestion et l'attribution de certaines ressources d'adressage (art. 28 al. 2 LTC; cf. BO CN 1997 p. 95). Le Conseil fédéral dispose également d'une très grande liberté d'appréciation lorsqu'il règle une délégation de tâche au sens de l'article 28 al. 2 LTC (ATF 131 II 162 [166]; cf. ég. ATAF du 20 mars 2013 [A-3956/2011], consid. 5.3.2 et ATAF du 1^{er} décembre 2011 [A-8665/2010], consid. 3.3).

Sur la base de l'art. 62 al. 1 LTC en relation avec l'art. 28 al. 1 à 3 LTC, le Conseil fédéral peut donc librement organiser les compétences, répartir les tâches, définir l'offre de prestations, déterminer les conditions d'attribution de noms de domaine et régler les aspects techniques ainsi qu'opérationnels pour les domaines dont la gestion relève de la compétence de la Confédération. Cette très grande marge de manœuvre du Conseil fédéral attestée par la jurisprudence permet de tenir compte de la haute technicité et de la dynamique du secteur. Elle découle d'une interprétation conforme de l'art. 28 LTC à l'aune de l'art. 92 Cst. qui comprend un mandat d'organisation concernant aussi les ressources d'adressage. L'art. 28 al. 2 LTC ne permet toutefois pas au Conseil fédéral d'obliger un tiers d'exercer des tâches liées à la gestion des noms de domaine, faute de prévoir expressément une telle obligation. Conformément à l'art. 28 al. 1 et 2 LTC, il appartient par principe à l'OFCOM d'exercer l'ensemble des compétences ou d'exécuter les fonctions ou tâches liées aux domaines relevant de la souveraineté de la Suisse.

2.2 Compétence de la Confédération de contracter avec l'ICANN

Lorsque la Suisse conclut bilatéralement un contrat avec un organisme comme l'ICANN, il ne s'agit pas *per se* d'un accord de droit international vu que cet organisme ne peut être qualifié d'organisation internationale et n'a donc pas de personnalité juridique internationale. De même, si la Suisse ne peut pas exercer de souveraineté au travers de l'institution internationale, l'accord n'est pas un contrat de droit public au sens du droit suisse. Le contrat n'est pas non plus considéré comme relevant du droit privé international, dans la mesure où la Suisse exerce une tâche d'autorité publique en concluant le contrat. Dans la doctrine internationale, de tels contrats entre un Etat et un sujet de droit privé relevant d'une juridiction étrangère, qui ne peuvent être classés dans aucune des catégories citées, sont considérés comme des contrats *sui generis* appelés *State Contracts*. Dans l'exercice de la liberté contractuelle, ces derniers peuvent être soumis par les parties au droit international ou à un droit national, en principe choisi librement.

Selon la pratique de la Confédération, la compétence de conclure un *State Contract* se détermine de la même manière que pour conclure un accord de droit international correspondant. Cela signifie que tout organe fédéral est compétent pour conclure un *State Contract* lorsqu'il l'est pour conclure un accord de droit international ayant un contenu semblable. En l'espèce, la compétence de signer des conventions internationales découle de l'art. 28 al. 1 en relation avec l'art. 64 al. 1 LTC. Toutefois, le choix du droit national d'un autre Etat comme droit applicable à un *State Contract* (principalement le droit des USA en l'espèce) s'avère problématique car l'Etat contractant se soumet de la sorte à un droit dont il ne peut participer ni à la modification ni au développement. Les problèmes juridiques de souveraineté ne remettent néanmoins pas en question la compétence du Conseil fédéral de conclure des accords prévue par l'art. 64 al. 1 LTC. Dans le passé, de telles conventions ont du reste déjà été conclues entre la Suisse et un organisme de droit privé dans le domaine de la recherche ainsi que dans d'autres domaines.

3 Structure et caractéristiques principales de l'ODI

L'ordonnance sur les domaines Internet (ODI) vise à régler l'ensemble des questions liées à la gestion des domaines de premier niveau et des noms de domaines qui leur sont subordonnés, dans la mesure où ces questions touchent à la souveraineté de la Suisse. Il s'agit de prévoir une réglementation qui permette aux autorités suisses de prendre les mesures qui s'imposent dans l'intérêt de notre pays dans le domaine extrêmement dynamique que constitue l'espace de nommage Internet. L'ODI est pensée et structurée dans cette optique:

- le chapitre 1 (Dispositions générales) pose le cadre général de la réglementation en définissant le but principal de l'ODI, son champ d'application, le droit applicable et les notions utilisées. Il fixe en outre les tâches générales qui incombent à la Confédération en relation avec les domaines Inter-

net. Il concrétise dans des règles de droit certains des principes établis dans la Stratégie de la Confédération en matière de gestion des noms de domaine internet élaborée par le Conseil fédéral en date du 27 février 2013 (ci-après: Stratégie ND 2013);

- le chapitre 2 (Dispositions générales pour les domaines gérés par la Confédération) détermine l'organisation générale des domaines de premier niveau gérés par la Confédération; les règles prévues s'appliquent par principe à la gestion du «.ch» (chapitre 4) et à celle du «.swiss» (chapitre 5);
- le chapitre 3 (Délégation de la fonction de registre) prévoit les règles qui encadrent une éventuelle délégation par l'OFCOM de la fonction de registre ou de tâches qui lui sont liées;
- le chapitre 4 (Domaine «.ch.») prévoit les règles particulières sur la gestion du domaine de premier niveau «.ch», ainsi que la gestion et l'attribution des noms de domaines de deuxième niveau qui lui sont subordonnés. Il précise ou complète si besoin pour le domaine particulier «.ch» les règles d'application générale du chapitre 2;
- le chapitre 5 (Domaine «.swiss») prévoit les règles particulières sur la gestion du domaine de premier niveau «.swiss», ainsi que la gestion et l'attribution des noms de domaines de deuxième niveau qui lui sont subordonnés. Il précise ou complète si besoin pour le domaine particulier «.swiss» les règles d'application générale du chapitre 2;
- le chapitre 6 (Domaines gérés par d'autres collectivités publiques suisses) fixe les règles qui s'appliquent aux «délégations de par la loi» en faveur des collectivités publiques suisses pour les domaines génériques de premier niveau qui leur ont été accordés par l'ICANN;
- finalement, le chapitre 7 (Dispositions finales) prévoit la compétence générale de l'OFCOM d'édicter des prescriptions techniques et administratives qui doivent permettre de préciser, compte tenu de la nature technique et fortement évolutive du nommage de l'Internet, les règles prévues par l'ODI.

L'ODI a pour objet de régler, sur la base de l'art. 28 LTC, la gestion des noms de domaine en tant que ressources d'adressage au sens de l'art. 3 let. f et g LTC qui visent à identifier les participants à une communication par les techniques de télécommunication (ATF 131 II 162 [164]). Autrement dit, un nom de domaine constitue d'abord un instrument d'ordre technique qui relève de la législation sur les télécommunications et ne bénéficie en tant que tel d'aucune protection particulière en matière de propriété intellectuelle. Il n'en demeure pas moins qu'un nom de domaine constitue aussi un signe distinctif qui peut potentiellement porter atteinte aux droits attachés à d'autres signes distinctif, en particulier à des marques ou à des indications de provenance protégées par la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM, RS 232.11). De tels conflits doivent être fondamentalement tranchés par les tribunaux sur la base du droit existant. Ils ne font pas l'objet de la présente réglementation, à l'exception notable - mais indirecte - des procédures de règlement des différends que doivent mettre en œuvre les gestionnaires de domaines de premier niveau (registres).

4 Commentaire des dispositions

Chapitre 1: Dispositions générales

Art. 1 But

Les noms de domaine constituent un élément essentiel des télécommunications modernes en tant que ressources d'adressage de l'Internet. Il est dans ces conditions essentiel, comme l'a souligné le Conseil fédéral dans la Stratégie ND 2013, que l'accès en Suisse des acteurs économiques et so-

ciaux aux ressources limitées de l'Internet que constituent les noms de domaine soit suffisamment assuré. Tel est le but fondamental de l'ordonnance sur les domaines Internet (al. 1).

L'al. 2 prévoit par ailleurs des buts secondaires ou dérivés qui découlent, en tant que concrétisations, du but fondamental prévu à l'al. 1. La Confédération se doit d'abord - logiquement dans l'optique de garantir une offre suffisante, avantageuse et de qualité de noms de domaine en Suisse - d'assurer une exploitation rationnelle, transparente et judicieuse des domaines de premier niveau dont la gestion relève de sa compétence (let. a). La sécurité et la disponibilité de l'infrastructure essentielle que constitue le système des noms de domaine (DNS) doivent en outre être préservées (let. b); le bon fonctionnement du DNS dont dépend l'Internet constitue un intérêt public majeur. D'une manière plus générale, la Confédération doit veiller à ce que le droit suisse et les intérêts de la Suisse soient respectés lors de la gestion et de l'utilisation des domaines de premier niveau déployant des effets en Suisse (let. c).

Le but de l'ODI n'a en soi aucune force normative, mais donne néanmoins une orientation en vue de l'interprétation des dispositions matérielles de l'ordonnance et de ses dispositions d'exécution. Il en va de même des buts secondaires ou dérivés prévus à l'al. 2.

Art. 2 Champ d'application

L'espace de nommage de l'Internet est géré et se développe dans un cadre et selon des règles très particulières (cf. ci-dessus chif. 1.1). Il n'est guère possible dans ce paysage juridique international d'un genre totalement nouveau de déterminer, sur la base des critères classiques du droit international public (rattachement territorial ou personnel à un ordre juridique), quels sont les domaines de premier niveau qui relèvent effectivement de la souveraineté de notre pays. Il n'en demeure pas moins essentiel que des règles de droit public suisse soient prévues qui visent à protéger l'intérêt de notre pays concernant une ressource aussi essentielle. Dans un tel contexte, il convient de déterminer le champ d'application de l'ODI en tenant compte des buts visés par la réglementation (art. 1) et de l'effectivité potentielle des règles prévues (c'est-à-dire de la capacité de la Suisse à veiller au respect de ces règles).

Il va en premier lieu de soi que l'ODI s'applique au domaine de pays de premier niveau (country code Top Level Domain [ccTLD]) «.ch» (al. 1 let. a). La souveraineté législative des Etats sur leurs domaines de pays (correspondant aux codes pays du territoire national ou d'une partie de celui-ci) est implicitement reconnue par l'ICANN (cf. dans ce sens ég. les «Principles and guidelines for the delegation and administration of country code Top level domains» du GAC). Lors en particulier du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), il a été clairement affirmé que la gestion du domaine désignant un pays constitue un attribut de la souveraineté nationale du pays concerné. En clair, la Suisse dispose librement de son domaine ".ch" et peut adopter à ce sujet les règles de gestion et de fonctionnement qu'elle estime adéquates, dans les limites posées par une gestion responsable du DNS. Il ne peut y avoir aucune obligation impérative pour le registre du ".ch" de conclure un accord avec l'ICANN. Cet organisme prévoit par ailleurs de permettre aux domaines nationaux de recourir au premier niveau aux lettres accentuées ou qui n'appartiennent pas à l'alphabet latin («Internationalised Domain Names»). Il relève fondamentalement de la Suisse de fixer si le recours à des caractères cyrilliques, chinois ou arabes par exemple devrait être possible au regard de son domaine «.ch» et dans un tel cas pour quels caractères. De même, il appartient à la Suisse de déterminer dans quelle mesure le domaine «.ch» peut en tant que tel faire l'objet d'une transposition en d'autres alphabets ou systèmes graphiques (al. 1 let. a *in fine*).

En deuxième lieu, l'ODI concerne le domaine générique de premier niveau (generic Top Level Domain [gTLD]) «.swiss» dont la gestion a été confiée à la Confédération suisse (al. 1 let. b ; cf. chapitre 5). Si la compétence sur les domaines génériques de premier niveau relève fondamentalement de l'ICANN et que leur gestion est encadrée par des contrats conclus avec cet organisme, le gestionnaire d'un tel domaine se voit déléguer une importante autorité normative relative à la façon dont le domaine est géré. Il convient dès lors de fixer dans l'ODI les principes et les règles particulières qui s'appliquent à

de tels domaines lorsqu'ils sont gérés par la Confédération. Surtout lorsque ces domaines font, à l'instar du «.swiss», l'objet d'une candidature qualifiée de "community" par l'ICANN, c'est-à-dire déposée dans l'intention de servir l'intérêt de la communauté suisse dans son ensemble.

Finalement, compte tenu des compétences de la Confédération en matière de ressources d'adressage (cf. ci-dessus chif. 1.2.1), l'ODI s'applique également par principe aux domaines génériques de premier niveau dont la gestion a été confiée à d'autres collectivités publiques suisses que la Confédération (al. 1 let.c), en particulier au «.zuerich» qui a été requis par le Canton de Zurich auprès de l'ICANN. Ces domaines génériques font l'objet d'une réglementation spéciale au chapitre 6 de la présente ordonnance qui tient compte de leurs particularités.

L'ODI ne concerne en revanche pas les adresses IP. Celles-ci constituent selon leur fonction aussi des ressources d'adressage, mais échappent cependant à toute réglementation de droit public suisse. Leur utilisation relève en effet exclusivement de l'IANA (Internet Assigned Numbers Authority), une branche de l'ICANN, ainsi que de cinq services d'enregistrement locaux situés sur chaque continent.

L'ODI est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger. Il s'agit de tenir compte du fait que les domaines Internet créent des espaces ou lieux virtuels (cyberespace) dont les effets s'affranchissent des espaces physiques et des réalités que constituent les territoires nationaux. Dans cette optique, l'al. 2 pose en tant que règle unilatérale de conflit le principe des effets qui se distingue du principe classique de territorialité dont l'application au monde de l'Internet s'avère particulièrement délicat. Concrètement, l'ODI appréhende tout acte ou comportement même s'il a lieu à l'étranger qui produit ou est en mesure de produire des effets sur les domaines qui tombent dans le champ d'application de l'ODI ou sur les noms de domaine qui leur sont subordonnés. Dans le cadre du «.swiss» par exemple, le registre doit conclure un contrat de registre avec toute personne qui remplit les conditions prévues pour exercer cette activité par l'ODI (cf. art. 17), même si cette personne a son siège à l'étranger et aucune présence en Suisse. Un tel registre étranger n'en est pas moins tenu de respecter dans son comportement et ses actes qui se produisent a priori à l'étranger les exigences de l'ODI. A noter que les registres étrangers doivent établir en Suisse une adresse de correspondance valable en Suisse à laquelle des communications, des citations et des décisions peuvent leur être valablement notifiées (cf. art. 17 al. 2 let. b).

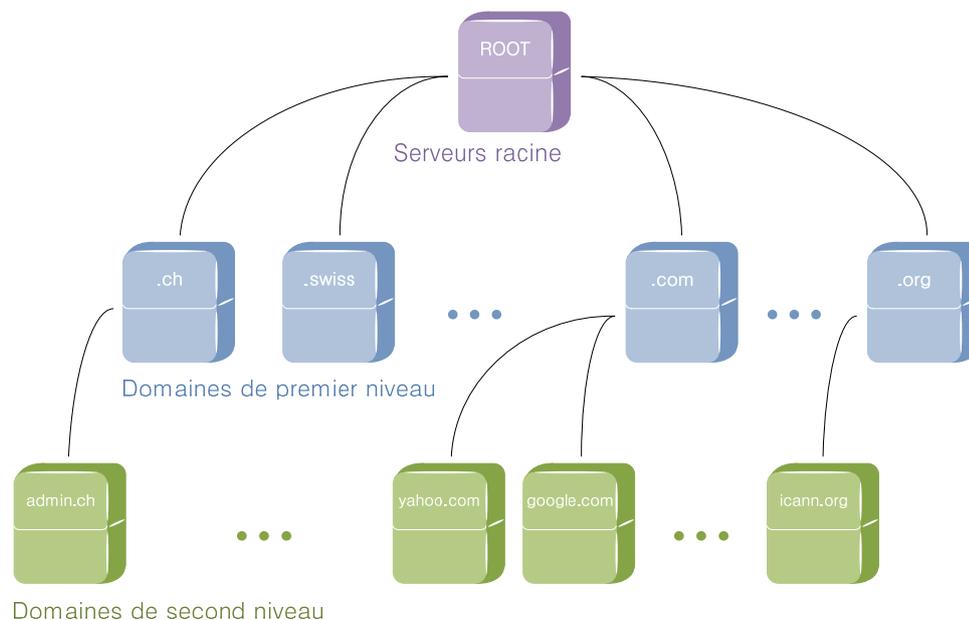
Art. 3 Définitions

L'ODI fait usage d'une terminologie technique propre à l'Internet. Les principaux termes sont définis en annexe à laquelle renvoie l'art. 3:

a. Système des noms de domaine (DNS [Domain Name System])

Le système des noms de domaine (*Domain Name System – DNS*) a pour but de convertir un nom de domaine (ou plus précisément une URL – *Uniform Resource Locator*) en une adresse du protocole IP. La raison de cette conversion réside dans le fait que les noms de domaine Internet ou URL (p.ex. *www.admin.ch*) sont bien plus facilement mémorisables pour les utilisateurs que les adresses IP (p.ex. *162.23.39.73*). Cette conversion est souvent appelée "résolution DNS".

Le système des noms de domaine est organisé de manière collective dans le sens où l'espace des noms est partagé en ce que l'on appelle des zones du DNS, chacune étant gérée de manière autonome dans une structure hiérarchique bien définie. Au plus haut niveau de cette hiérarchie se trouvent les serveurs racine (*root servers*) qui contiennent les adresses des serveurs gérant les domaines de premier niveau (gTLD ou ccTLD). Les serveurs d'un domaine de premier niveau (par exemple le ccTLD *.ch*) contiennent à leur tour les adresses des serveurs de noms des domaines de second niveau et ainsi de suite pour les domaines inférieurs. La figure ci-dessous illustre de manière succincte la hiérarchie du DNS.



Lorsqu'un utilisateur souhaite se rendre sur un site Internet, par exemple `www.admin.ch`, son ordinateur – par l'intermédiaire du navigateur Internet – interrogera le serveur de noms de son fournisseur d'accès à Internet. Ce serveur ne connaît pas tous les noms de domaine du DNS, mais il connaît au moins un serveur racine auquel il va commencer par demander l'adresse du serveur de la zone ".ch". Une fois qu'il a obtenu cette adresse, il va l'utiliser pour demander au serveur de noms de la zone ".ch" l'adresse du serveur de la zone "admin.ch". Ayant obtenu cette adresse, il va s'adresser au serveur de la zone "admin.ch" et lui demander l'adresse IP finale du site Internet `www.admin.ch` pour pouvoir s'y connecter et en afficher le contenu sur l'écran de l'utilisateur.

Bien que cela soit moins utilisé, le DNS permet également d'obtenir, à partir d'une adresse IP, le nom de domaine qui y correspond. On parle dans ce cas de "résolution DNS inverse".

b. *Domaine ou domaine Internet*

On parle de domaine Internet pour désigner un sous-ensemble de la structure hiérarchique du DNS. Le domaine de second niveau ".admin.ch", par exemple, comprend l'ensemble des sous-domaines qui lui sont subordonnés et qui se terminent par le suffixe ".admin.ch" ("bakom.admin.ch", "bafu.admin.ch", "bk.admin.ch", etc.). Leur gestion est placée sous l'autorité du gestionnaire du domaine "admin.ch", à savoir l'OFIT/Confédération suisse. Il en va de même pour les niveaux inférieurs de la hiérarchie du DNS.

c. *Nom de domaine*

Un nom de domaine est un paramètre de communication au sens de l'art. 28 LTC, lié de manière unique à un domaine Internet. Il est composé d'une seule chaîne de caractères s'il s'agit d'un nom de domaine de premier niveau (ch, com, net) ou d'une suite de chaînes de caractères séparées par des points dans le cas de noms de domaine de niveaux inférieurs (bakom.admin.ch, google.com, wikipedia.org, etc.).

Dans le cas d'un nom de domaine de deuxième niveau ou d'un niveau inférieur, la chaîne de caractères située tout à droite du nom désigne le domaine de premier niveau (ou TLD). Immédiatement à sa gauche et séparée par un point se trouve la chaîne de caractères qui désigne le second niveau, et ainsi de suite pour les chaînes de caractères suivantes si elles existent.

Un nom de domaine identifie de manière univoque un domaine de l'Internet, composé d'ordinateurs, de serveurs et de périphériques informatiques reliés en réseaux, ainsi que des usagers qui se connectent et participent aux relations de communications échangées sur ce réseau.

d. *ACE-String (ASCII [American Standard Code for Information Interchange] Compatible Encoding-String)*

A l'origine, le système des noms de domaine a été développé sur la base du code américain normalisé pour l'échange d'information (*American Standard Code for Information Interchange – ASCII*). Ce code se limite à l'utilisation des caractères latins a-z dont les voyelles ne sont ni accentuées ni infléchies, des chiffres 0-9 ainsi que du trait d'union ("-"). ACE (*ASCII Compatible Encoding*) est un système permettant d'encoder tout autre caractère à l'aide des caractères de base ASCII. Par exemple, le nom de domaine 'genève.ch' sera encodé en 'xn--genve-6ra.ch'. C'est cette dernière chaîne de caractère (ACE-String) qui sera stockée dans le fichier de la zone ".ch" du système des noms de domaine.

e. *Adresse de protocole Internet ou adresse IP (IP ou Internet Protocol Address)*

Pour communiquer entre eux, les appareils connectés à un réseau informatique utilisant le protocole IP (serveurs, ordinateurs, routeurs, commutateurs, modems, imprimantes réseau, etc.) ont besoin d'un paramètre de communication pour s'identifier et se connaître entre eux. Pour cela, le système leur attribue à chacun, de façon permanente ou provisoire, une adresse IP (IP pour *Internet Protocol*). Il existe des adresses IP de version 4 (IPv4, sur 32 bits) généralement représentées en notation décimale avec quatre nombres compris entre 0 et 255, séparés par des points (ex. 212.85.150.134) et des adresses IP de version 6 (IPv6, sur 128 bits), destinées à remplacer les adresses IPv4 proches de la pénurie.

f. *ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)*

Créée en 1998 au terme de longues négociations entre le Gouvernement étatsunien et la communauté Internet d'alors (chercheurs, industrie des télécommunications, fabricants d'équipements, fournisseurs d'accès et de contenus, administrations diverses, etc.), l'ICANN est une organisation de droit californien sans but lucratif dont le rôle premier est d'allouer l'espace des adresses IP, de gérer les domaines de premier niveau et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines du DNS. Avant que l'ICANN ne soit créée, ces services étaient assurés par l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) dans le cadre d'un contrat conclu avec le gouvernement fédéral américain et d'autres organismes. L'ICANN assume à présent ces fonctions pour le monde entier.

g. *ISO (International Organization for Standardization)*

L'Organisation internationale de normalisation (*International Organization for Standardization*) ou ISO est un organisme de normalisation international composé de représentants d'organisations nationales de normalisation de 164 pays. Cette organisation créée en 1947 est le plus grand organisme de normalisation au monde. Elle a pour but de produire des normes internationales dans les domaines industriels et commerciaux appelées normes ISO. Celles-ci sont utiles aux organisations industrielles et économiques de tout type, aux gouvernements, aux instances de réglementation, aux dirigeants de l'économie, aux professionnels de l'évaluation de la conformité, aux fournisseurs et acheteurs de produits et de services, dans les secteurs tant publics que privés. Par exemple, la norme ISO 3166-1 alpha-2 définit les abréviations à deux caractères réservées aux pays ou régions géographiques sur lesquelles reposent les chaînes de caractères utilisées pour les ccTLD (.ch pour la Suisse, .fr pour la France, .de pour l'Allemagne, .eu pour l'Europe, etc...).

h. *Domaine de premier niveau (Top Level Domain [TLD])*

Les domaines de premier niveau (*Top Level Domain – TLD*) sont des domaines particuliers dans le sens où ils représentent le niveau le plus élevé de la hiérarchie du DNS (si l'on fait abstraction du niveau des serveurs racine). Ce premier niveau de la hiérarchie du DNS permet de structurer l'espace de départ en fonction de certains critères propres à ces noms. Il existe principalement deux types de domaines de premier niveau:

- les domaines génériques de premier niveau (*generic Top Level Domain – gTLD*);
- les domaines de pays de premier niveau (*country code Top Level Domain – ccTLD*).

Les domaines de premier niveau sont placés sous la responsabilité de l'ICANN qui en délègue la gestion.

i. Domaine générique de premier niveau (generic Top Level Domain [gTLD])

Les gTLD sont une catégorie des domaines de premier niveau du DNS. La chaîne de caractères utilisée, souvent appelée extension, est soumise à l'approbation de l'ICANN et qualifie généralement le domaine en fonction de son utilisation ou de son but. On distingue des extensions désignant des communautés, des secteurs d'activités ou des cercles d'intérêts.

Il existe plusieurs générations de gTLD. De la toute première en 1985 (.com, .net, .org, edu, .mil, .gov et .arpa), suivie de 7 autres pour 15 nouvelles extensions entre 1988 et 2011, jusqu'à la dernière, issue d'un programme mis en œuvre par l'ICANN en 2008 et qui a abouti en 2013 avec le dépôt de 1930 candidatures pour l'obtention de nouveaux gTLD. Parmi ces derniers, l'extension .swiss a été attribuée à la Confédération au terme du processus fixé par l'ICANN.

j. Domaine de pays de premier niveau: (country code Top Level Domain [ccTLD])

Les ccTLD sont une catégorie des domaines de premier niveau du DNS. La chaîne de caractère utilisée désigne un pays ou une zone géographique au moyen de deux caractères conformément à la norme ISO 3166-1 alpha-2. Ainsi le «ccTLD» .ch est attribué à la Suisse. Certains ccTLD disposent en plus de leur extension à deux caractères, d'une extension basée sur les noms de domaines internationalisés (*Internationalized Domain Name – IDN*) comportant des caractères régionaux ou spéciaux ou encore issus d'alphabets non latins et représentés selon un format standardisé (par exemple .қаз – "kaz" – désignant le Kazakhstan en alphabet cyrillique).

k. Banque de données WHOIS

Contraction de l'expression anglaise "Who is?"), la banque de données publique WHOIS est un service de recherche, en ligne et en temps réel, destiné au public et lui permettant d'obtenir des informations liées aux noms de domaine Internet et à leurs titulaires (cf. art. 46 et 52).

l. Registre (Registry)

Il existe un seul registre (ou *Registry*) par domaine de premier niveau. Celui-ci a notamment pour tâche de rassembler, dans une banque de données centralisée, les informations sur les noms de domaine requises pour l'enregistrement dans le système des noms de domaine (DNS) et de les publier dans le "fichier de zone" (cf. art. 10 al. 1 let. a). Le registre collecte ces informations auprès des titulaires de noms de domaine généralement par l'intermédiaire des registraires. Il gère en outre l'inscription dans le fichier de zone qui permet d'identifier des services et des applications (sites internet, messageries) par le biais du nom de domaine et de les rendre accessibles aux utilisateurs partout dans le monde.

m. Registraire (Registrar)

Les registraires (ou bureaux d'enregistrement) sont des revendeurs agréés de noms de domaine, liés au registre au niveau opérationnel. Ils offrent leurs prestations à des clients finaux. Ils doivent être au bénéfice d'un contrat de registraire conclu avec le registre pour exercer leur activité.

n. Enregistrement

Afin de pouvoir utiliser un nom de domaine – pour mettre en œuvre un site web par exemple – il est nécessaire de le faire enregistrer dans le DNS. Les registraires offrent aux personnes intéressées la possibilité d'obtenir le nom de domaine de leur choix auprès du registre qui procédera ensuite à la diffusion des informations relatives à ce nom de domaine dans le DNS. Ce processus administratif et opérationnel mené par un registraire qui va du moment où la personne intéressée dépose une requête jusqu'au moment où le nom de domaine est introduit dans le DNS, est désigné par le terme d'enregistrement dans l'ODI.

o. Attribution

Les ressources d'adressage placées sous la responsabilité de l'OFCOM en vertu de l'art. 28 LTC sont mises à disposition de tiers pour le biais de l'attribution. Il s'agit d'un acte juridique par lequel le gestionnaire des ressources en question accorde un droit d'utilisation à un tiers sur un ou plusieurs éléments de ces ressources. Dans le contexte des noms de domaine, leur gestion et leur attribution sont confiées au registre qui accorde au requérant, via le registraire choisi par ce dernier, un droit d'utilisation sur le nom de domaine concerné (art. 28). Le registraire n'agit qu'en tant qu'intermédiaire dans cette transaction (cf. art. 24 ss).

p. Titulaire

Il s'agit de toute personne qui s'est vu attribuer par le registre le droit d'utiliser la ressource publique au sens de l'art. 28 LTC que constitue un nom de domaine (cf. art. 28).

q. Dénomination à caractère générique

Dénomination qui se réfère à ou décrit d'une manière générale une catégorie ou une classe de biens (qu'ils soient consommables [par ex. chocolat, Orangensaft, pizza] ou non [par ex. montres, watches, immeubles]), de services (par ex. conseil fiscal, leasing, immobilier), de personnes (par ex. Anwalt, samaritains), de groupes (par ex. famille, communauté, Gemeinschaft), d'organisations (par ex. gouvernement, associations, personnes morales), de choses (par ex. palace, voitures, chinese food), de techniques (par ex. télécommunications), de secteurs (par ex. sidérurgie, Versicherungen) ou encore d'activités (par ex. football, travel, Wetten, art). Certaines dénominations génériques peuvent bien évidemment relever de plusieurs catégories ou classes. Les noms de fantaisie, qui sont le produit de l'imagination, ne constituent pas des dénominations à caractère générique (par ex. «zigzagzug»). Une dénomination comme «chocolat amer» doit être considérée comme générique dans la mesure où «amer» constitue une qualité que l'on peut objectivement rattacher à la notion de chocolat. Il en va en revanche différemment à l'égard d'une désignation comme «chocolat de minuit» qui doit être considérée comme un nom de fantaisie.

r. Mandat de nommage

Il s'agit de l'acte juridique par lequel un nom de domaine générique ou un set cohérent de plusieurs noms de domaine génériques est attribué à un requérant pour la réalisation d'un projet particulier dont les modalités sont fixées dans un mandat octroyé par le registre. Le mandat de nommage est un cas particulier de l'attribution de noms de domaine. Il consiste pour le registre à attribuer à un requérant, pour une durée généralement déterminée, un nom de domaine particulier ou un set cohérent de noms de domaine sur la base d'un projet précis (cf. art. 56). Les conditions d'utilisation du nom ou du set de noms de domaine, liées à l'objectif du projet, sont fixées dans un mandat conclu entre le requérant et le registre. Les mandats de nommage concernent les noms de domaine génériques ou les ensembles de noms de domaine liés par une thématique ou une relation particulière. Le processus d'octroi d'un mandat de nommage est basé sur une négociation entre le requérant, qui peut proposer un projet de mandat, et le registre, qui peut requérir l'avis de la communauté d'intérêts visée par le projet. Il est de ce fait plus long que le processus d'attribution normal.

s. DNSSEC (Domain Name System Security Extensions)

Afin de résoudre un nom de domaine en adresse IP, il est nécessaire que les serveurs de noms composant le DNS échangent des informations. Ces serveurs de noms peuvent être attaqués ou piratés, notamment pour dévier, à des fins malveillantes, le trafic normalement destiné à une adresse vers une autre destination. L'IETF (Internet Engineering Task Force) a développé et standardisé une extension du DNS qui permet de sécuriser non seulement l'échange mais également les données qui transitent entre les serveurs de noms du DNS. Cette extension, appelée DNSSEC (Domain Name System Security Extension), repose sur la signature cryptographique des informations contenues dans le DNS. Les clés de signature publiques sont accessibles et permettent de

vérifier qu'une réponse reçue du DNS provient bien du serveur qui a autorité pour la donner et que cette réponse n'a pas été modifiée lors de la transmission à l'ordinateur qui a effectué la requête.

t. Transfert

Lorsque la gestion administrative d'un nom de domaine passe d'un registraire à un autre registraire, on parle de transfert d'un nom de domaine. Cette opération est généralement exécutée par le registre à la demande du titulaire du nom de domaine. Lors d'un transfert, le titulaire du nom de domaine ne change pas.

u. Droit attaché à un signe distinctif

Conformément aux «Dispositions relatives à la procédure de règlement des différends pour les noms de domaine .ch et .li»¹, le droit attaché à un signe distinctif est un droit reconnu par l'ordre juridique qui découle de l'enregistrement ou de l'utilisation d'un signe et qui protège son titulaire contre les atteintes à ses intérêts générées par l'enregistrement ou l'utilisation par des tiers d'un signe identique ou similaire. Il s'agit notamment, mais pas exclusivement, du droit relatif à une raison de commerce, à un nom de personne, à une marque ou à une indication de provenance, ainsi que des droits de défense résultant de la législation sur la concurrence déloyale («noms commerciaux»).

Art. 4 Tâches générales

Conformément à sa compétence ancrée aux art. 92 Cst. et 28 al. 1 LTC (cf. chif. 1.2.1), l'OFCOM exerce par principe toutes les compétences, fonctions ou tâches qui sont liées aux domaines gérés par la Confédération (al. 1), ainsi qu'aux noms de domaine qui leur sont subordonnés lorsque la gestion en tant que telle du domaine est en cause. Autrement dit, l'al. 1 concerne aussi l'administration générale des noms de domaine de deuxième niveau, non pas cependant la régie d'un nom de domaine particulier comme le .admin.ch. Sont bien entendu réservées les dispositions de l'ODI qui attribuent des compétences, tâches ou fonctions à d'autres entités, comme c'est notamment le cas au chapitre 6 qui délègue aux autres collectivités publiques suisses la faculté de gérer les domaines génériques de premier niveau qui leur ont été accordés par l'ICANN.

L'OFCOM doit tout particulièrement veiller à la sauvegarde de la souveraineté et des intérêts de la Suisse dans le DNS et lors de la gestion ou de l'utilisation de domaines de premier niveau ainsi que des noms de domaine qui leur sont subordonnés (al. 2). Le champ d'application de l'al. 2 est en définition plus large que celui prévu d'une manière toute générale par l'art. 2, dans la mesure où cette disposition concerne l'ensemble du DNS. L'office peut au besoin prendre – mais n'est pas tenu de le faire – toutes les mesures qui s'imposent dans ce but (al. 3) telles que pressions diplomatiques, plaintes auprès d'organismes ou d'autorités internationales ou nationales, campagnes publiques d'information ou encore ouverture d'actions juridiques.

L'OFCOM peut par ailleurs édicter des prescriptions techniques et administratives générales sur la gestion de la sécurité de l'information et toute autre mesure susceptible de contribuer à la sécurité et à la disponibilité du DNS (art. 60 al. 1). L'OFCOM fixe dans un tel cas le champ d'application de ces prescriptions et mesures, puisque leur effectivité dépend ici de la maîtrise de droit voire de fait de la Confédération sur les infrastructures concernées. L'OFCOM peut dans ce contexte déclarer applicables des normes techniques internationales sur la sécurité et la disponibilité du DNS; on pense ici en particulier au DNSSEC (cf. définition dans l'annexe, let. s).

¹ https://www.nic.ch/reg/cm/wcm-page/disputes/rules_v1.jsp?lid=fr

Art. 5 Relations internationales

Compte tenu de l'importance de l'espace de nommage Internet, il est essentiel que la Suisse fasse entendre sa voix – par le biais principalement de la Confédération représentée par l'OFCOM - dans les forums et organismes internationaux qui sont chargés ou traitent des questions liées aux noms de domaine ou à d'autres ressources d'adressage de l'Internet (al. 1). Peu importe à cet égard qu'il s'agisse de forums ou d'organisations informels du monde de l'Internet qui s'organise historiquement et par nature de manière évolutive et peu formaliste. L'OFCOM représente en particulier la Suisse dans le Comité consultatif gouvernemental de l'ICANN (GAC; cf. chif. 1.1.2). Les délégués et autres personnes chargés de tout ou partie de fonctions conformément à l'ODI peuvent aussi participer aux travaux des forums et organismes internationaux appropriés (al. 2), dans la mesure où leur présence est non seulement possible mais également souhaitée par l'OFCOM.

Les représentants de la Suisse utilisent les processus et possibilités prévues par les forums et organismes internationaux pour veiller aux intérêts de la Suisse, par exemple en cherchant à obtenir le blocage dans les nouveaux gTLD's des désignations dignes d'être protégées qui ne devraient pouvoir être utilisées que par la seule Confédération conformément à la stratégie ND 2013. Une attention particulière doit être accordée aux situations qui touchent l'image générale de la Confédération, son économie ou des secteurs essentiels de celle-ci. Les délégués et autres personnes chargés de tout ou partie de fonctions conformément à l'ODI veillent aussi à l'intérêt de la Suisse au sein des forums et organisations auxquels ils participent; l'OFCOM peut leur donner des instructions quant à la manière de le faire (al. 2).

Art. 6 Information par l'OFCOM

L'organisation, le fonctionnement et les développements relatifs au système des noms de domaine sont complexes et difficiles à suivre pour les non-initiés. Il n'en demeure pas moins que l'information à ce sujet peut être d'un intérêt essentiel pour les milieux économiques, les collectivités publiques voire même certains particuliers. Dans certaines conditions, il est judicieux que l'OFCOM informe en Suisse, sous une forme adaptée, les milieux intéressés au sujet du DNS et de l'évolution du régime international ainsi que du marché global des noms de domaine. L'OFCOM utilise pour ce faire, dans la mesure du possible, les canaux d'information et les organismes existants.

Chapitre 2: Dispositions générales pour les domaines gérés par la Confédération

Section 1: Objet et organisation

Art. 7 Objet

Les dispositions du chapitre 2 déterminent l'organisation et le fonctionnement général des domaines de premier niveau gérés par la Confédération et des noms de domaines de deuxième niveau qui leur sont subordonnés. Elles s'appliquent par principe à la gestion du «.ch» (chapitre 4) et à celle du «.swiss» (chapitre 5).

Ces dispositions ne règlent en revanche pas, en principe, les niveaux inférieurs au deuxième niveau (première phrase). Dans le DNS, l'attribution et l'utilisation des noms de domaine des niveaux inférieurs relèvent en effet fondamentalement du titulaire du nom de domaine de deuxième niveau dont ils dépendent. A noter que les registres sont tenus de veiller, dans le cadre de leurs tâches d'attribution et de gestion de leur domaine, à contribuer à la stabilité technique du système dans son ensemble (cf. art. 10 al. 1 let. g), soit y compris à l'égard des noms de domaine des niveaux inférieurs.

Art. 8 Organisation

La gestion des domaines de premier niveau de la Confédération s'organise, conformément au régime largement utilisé au niveau mondial et imposé par l'ICANN pour les domaines génériques de premier niveau, sur la base de deux fonctions fondamentales (al. 1):

- la fonction de registre («Registry»), assurée par une entité unique, qui est chargée de l'administration et de la gestion centrales du domaine, ainsi que – c'est particulier au régime suisse – de l'attribution et de la révocation des droits d'utilisation sur les noms de domaine (cf. annexe let. l); en d'autres termes, le registre est le garant du bon fonctionnement du système en assurant la stabilité, la coordination et la continuité de la gestion d'un domaine particulier;
- la fonction de registraire («Registrar»), assurée en libre concurrence dans les domaines «.ch» (art. 45 al. 1 let. c) et «.swiss» (art. 50 let. e) par l'ensemble des entités bénéficiant d'un contrat de registraire qui sont seules habilitées à procéder auprès du registre aux opérations techniques et administratives permettant d'enregistrer pour le compte des requérants les noms de domaine souhaités et d'en assurer le suivi administratif (annexe let. m et n). C'est le registraire qui est en contact direct avec le client final, qui commercialise les domaines auprès des personnes intéressées. Dans ce contexte de concurrence souhaitée, l'OFCOM ne devrait exercer la fonction de registraire que lorsqu'aucune offre de services d'enregistrement satisfaisante n'est proposée sur le marché (al. 3). En d'autres termes, l'OFCOM ne devrait intervenir en tant que registraire qu'en cas de nécessité afin d'offrir, en principe à titre intérimaire, une solution de secours lorsque le marché ne fonctionne pas correctement. Cela devrait principalement être le cas lorsque nul ne souhaite exercer la fonction ou ne remplit les conditions mises à son exercice. L'OFCOM dispose d'une liberté d'appréciation (« ... peut exercer ...») et d'une latitude de jugement (« ...offre de services d'enregistrement satisfaisante ...») importantes pour déterminer s'il doit ou non intervenir en tant que registraire sur le marché

C'est par principe l'OFCOM qui exerce la fonction de registre (al. 2 et art. 4 al. 1; cf. ég. art. 28 al. 1 LTC), c'est-à-dire exécute l'ensemble des tâches liées à cette fonction selon l'art. 10. Cela étant, rien n'empêche l'OFCOM de déléguer cette fonction conformément aux art. 32 ss ou de faire appel à des tiers pour l'aider à remplir cette fonction (sous-traitance ou externalisation). Il y a lieu de distinguer ces deux cas de figure de la manière suivante:

- dans le cas d'une délégation, l'OFCOM accorde la compétence d'agir en tant que registre; le risque lié à la fonction déléguée est transmis intégralement au délégataire privé, car celui-ci se substitue à la Confédération en vertu d'un transfert de compétences et agit à ses risques et périls;
- dans le cas d'une sous-traitance, il s'agit pour l'OFCOM d'acquiescer des prestations sur la base d'un contrat qui n'a pas pour objet de transférer la fonction et sa responsabilité au sous-traitant, contrairement à la figure de la délégation; l'OFCOM reste responsable en tant que registre des actes et du comportement des sous-traitants qui agissent en son nom et pour son compte.

Sont réservées les dispositions de l'ODI qui délèguent la gestion de domaines ou de fonctions liées à des domaines particuliers. C'est notamment le cas au chapitre 6 (art. 59) qui confie la gestion de domaines aux collectivités publiques suisses qui les ont requis auprès de l'ICANN. Par ailleurs, la fonction de registraire doit être considérée comme étant déléguée à l'ensemble des registraires lorsqu'elle est assurée en libre concurrence par l'ensemble de ces entités comme dans le «.swiss» et le «.ch».

S'il peut être le registre d'un domaine comme ce sera le cas dans les faits pour le «.swiss» (en tout cas dans un premier temps), l'OFCOM constitue aussi l'autorité de régulation chargée d'édicter des prescriptions techniques et administratives conformément à l'art. 60. Pour des raisons de clarté, l'ODI se réfère au registre même si c'est l'OFCOM qui remplit la fonction et à l'OFCOM lorsque l'office agit en tant qu'autorité. Cette distinction est d'autant plus nécessaire que l'OFCOM peut toujours déléguer la fonction de registre à un tiers conformément aux art. 32 ss.

Section 2: Registre

Art. 9 Généralités

Le registre est tenu de respecter un certain nombre d'obligations dans l'exercice de sa fonction et des tâches qui lui sont liées (art. 10). Il doit en premier lieu, mais cela va de soi, respecter le droit suisse, en particulier l'ODI et ses dispositions d'exécution, ainsi que les règles qui s'appliquent à l'échelon international lorsque le domaine concerné est de type générique (en particulier le contrat de registre conclu avec l'ICANN; cf. à ce sujet les développements ad art. 50 relatifs au «.swiss»).

Dans sa fonction, le registre est en outre d'une manière toute générale le garant du bon fonctionnement du système en assurant la stabilité, la coordination et la continuité de la gestion d'un domaine particulier. A ce titre, il doit veiller à ce que son domaine soit géré de manière rationnelle et judicieuse (al. 1). En tant que seule entité chargée de sa fonction et des tâches qui lui sont liées, le registre doit agir de manière transparente et non discriminatoire à l'égard de l'ensemble des registraires (al. 1), ce qui implique en particulier qu'il se doit d'offrir ses prestations à tout registraire avec lequel il a l'obligation de conclure un contrat lorsque les conditions prévues à l'art. 17 al. 2 sont remplies.

Pour exploiter l'infrastructure nécessaire à sa fonction et offrir les services requis conformément à l'art. 10 al. 1, le registre a assurément besoin de personnel qualifié (al. 2). Il devra du reste désigner un responsable technique auquel l'OFCOM peut s'adresser en cas de problème.

Art. 10 Tâches

La fonction de registre («Registry») implique un certain nombre de tâches que précise l'art. 10. Le registre – c'est-à-dire une personne physique ou morale voire une société de personnes – doit en premier lieu fournir les prestations, opérations et fonctionnalités requises par les règles qui s'appliquent à l'échelon international, avant tout les règles prévues à ce sujet par l'ICANN. Il s'agit en particulier pour le registre de:

- tenir le journal des activités (cf. art. 11 et explications y relatives);
- administrer et maintenir à jour les bases de données comprenant en particulier l'ensemble des informations d'adressage relatives au domaine considéré; le fonctionnement des serveurs de noms exige en particulier un fichier de zone contenant les informations relatives aux noms de domaine, aux serveurs de noms (qui répondent aux questions en fournissant des informations appropriées issues du fichier de zone) et aux adresses IP; le registre doit prendre, conformément à la let. g, des mesures techniques contre la perte de données (sauvegarde statique et dynamique des données, fichier journal);
- gérer les serveurs de noms primaires et secondaires, en assurant la diffusion du fichier de zone vers les serveurs secondaires; il veille, conformément aux let. f et g, à exploiter ou à faire exploiter un nombre suffisant de serveurs de noms et à les répartir de manière judicieuse selon la topologie Internet;
- exécuter la résolution des noms de domaine en adresses IP, c'est-à-dire de déterminer l'adresse IP sur la base du nom de domaine;
- assurer l'installation, la gestion et la mise à jour d'une banque de données WHOIS (cf. annexe let. k ainsi que les art. 46 et 52, et les explications y relatives);
- mettre à disposition des registraires qui remplissent les exigences de l'art. 17 (cf. explications y relatives) un système d'enregistrement des noms de domaine; il s'agit avant tout pour le registre

de fournir et exploiter l'interface de communication et de traitement qui permet aux registraires de déposer des demandes d'enregistrement ou de procéder à des mutations concernant les noms de domaines attribués (cf. ég. art. 25);

- attribuer et révoquer les droits d'utilisation sur les noms de domaine (cf. art. 27, 30 et 31 et les explications y relatives);
- mettre sur pied les services de règlement des différends au sens de l'art. 14 requis par l'art. 45 al.2 et par les règles qui s'appliquent à l'échelon international;
- assurer l'acquisition, l'installation, la gestion et la mise à jour de l'infrastructure technique - software et hardware - nécessaire à sa fonction et à ses tâches (let. f) et prendre les mesures propres à assurer la fiabilité, la résilience, l'accessibilité, la disponibilité, la sécurité et l'exploitation de cette infrastructure (let. g); cette formulation techniquement neutre permet de tenir compte de l'évolution qui ne manquera pas de se produire en la matière; cela étant, les tâches du registre impliquent en particulier que celui-ci utilise des systèmes d'exploitation fiables et éprouvés, qu'il tienne compte des normes actuelles en la matière pour configurer ses systèmes, qu'il vérifie régulièrement la sécurité des logiciels par rapport aux risques connus et procède régulièrement à leur mise à jour et qu'il prenne des mesures lui permettant de détecter les tentatives d'accès inhabituelles depuis l'Internet à son infrastructure et soit en mesure de réagir de manière adéquate pour empêcher tout accès non autorisé; il se doit en outre d'exploiter ses installations dans des locaux pourvus d'une protection contre le feu et d'une alimentation électrique permanente et d'instaurer un contrôle physique de l'accès à ses installations; il veille par ailleurs à l'entretien réglementaire des installations, que ce soit à l'aide de son propre support ou de celui de tiers; et finalement, il doit contribuer, dans le cadre de sa fonction et de ses tâches, à la stabilité technique du système des noms de domaine (DNS); il veille à ce titre à respecter les règles qui s'appliquent à l'échelon international;
- lutter contre la cybercriminalité conformément à l'art. 15 (cf. les explications y relatives);
- fournir en ligne au public par le biais d'un site dédié et facilement identifiable (usuellement www.nic.ch ou www.nic.swiss, soit exprimé globalement www.nic.domaine) toute information utile sur les activités du registre ainsi qu'un annuaire des registraires qui soit consultable en fonction des prestations recherchées (let. j). Le système prévu par la let. k devrait permettre aux registraires de choisir, dans une liste prédéfinie et "standardisée", les services et autres options en relation avec les noms de domaine qu'ils souhaitent associer à leur profil (par ex. Hosting, DNSSEC, IPv6, destinées aux entreprises ou aux particuliers, etc...).

La liste n'est pas exhaustive dans la mesure où il est loin d'être exclu que les tâches du registre évoluent compte tenu de développements - difficilement prévisibles - du système des noms de domaine au niveau international et de l'adoption par l'ICANN de normes contraignantes qui complètent ou étendent les tâches incombant aux registres des domaines génériques.

Le registre n'examine pas de manière générale et continue les activités des titulaires de noms de domaine. Sous réserve de l'art. 51 let. b, il n'est pas tenu de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites commises au moyen de noms de domaine (al. 2). En termes de diligence requise, ce n'est donc qu'en présence de circonstances particulières propres à éveiller son attention que le registre doit procéder à un contrôle concernant un nom de domaine déterminé ou son titulaire, que ce soit pour révoquer un nom de domaine ou pour lutter contre la cybercriminalité.

L'OFCOM fixe si nécessaire les prescriptions techniques et administratives qui peuvent, par exemples, régler le recours au DNSSEC, les questions liées au mode de communiquer du registre (exigences concrètes par rapport à l'utilisation d'un site web unique et clairement reconnaissable) ou encore les statistiques à établir (cf. art. 60). L'OFCOM peut en outre prescrire les exigences de qualité et de sécurité des services qui s'imposent au registre, ainsi que les modalités d'audit de la sécurité et de la résilience des infrastructures (cf. art. 9 al. 3).

Art. 11 Journal des activités

Le registre consigne dans un journal l'ensemble des activités déployées en rapport avec chaque nom de domaine requis ou attribué (al. 1). Ce faisant, il dispose des informations nécessaires pour établir les bases de données au sens de l'art. 10 al. 1 let. a, chif. 2, et, s'il est un délégataire, d'être en mesure de communiquer des informations à l'OFCOM dans le cadre de la surveillance exercée par ce dernier (art. 39 à 41). Le journal peut par ailleurs s'avérer très utile notamment à un juge civil pour déterminer qui est titulaire d'un nom de domaine en cas de litige, mais aussi aux autorités fédérales et cantonales de justice et de police compétentes en cas de poursuites pénales. Toute personne peut consulter le dossier qui y figure concernant un nom de domaine particulier sans avoir à justifier d'un intérêt (al. 3).

Les registres sont libres de choisir la forme de leur journal (papier, forme électronique, manière d'enregistrer leurs activités, etc.). Ils veilleront toutefois à ce que les indications contenues dans leur journal puissent être facilement traitées par des tiers, en particulier lorsque ce dernier est établi sous forme électronique. L'office peut édicter des prescriptions à ce sujet (art. 60). Les autres traitements de données personnelles effectués par un registre sont réglés à l'art. 13.

Art. 12 Dépôt d'une sauvegarde du système d'enregistrement et de gestion

Le registre peut être tenu de conclure avec un tiers un contrat qui porte sur la conservation de son système d'enregistrement et de gestion des noms de domaine avec toutes les données relatives aux titulaires de noms de domaine et les caractéristiques notamment administratives et techniques des noms de domaine attribués (al. 1; dépôt d'une sauvegarde ou «Data Escrow»). Ce contrat permet au besoin de garantir la continuité du service pour le ou les domaines concernés. Il s'agit de s'assurer que la fourniture des services de gestion des noms de domaine qui leur sont subordonnés reste possible quoiqu'il arrive à un registre qui agit en tant que délégataire. Cette faculté de l'OFCOM d'imposer une obligation de conclure un «contrat de séquestre des données» reflète l'importance que prend la gestion des domaines Internet dans la vie économique de la Suisse.

Compte tenu du but visé de continuité et de sécurité de la gestion des domaines, c'est l'autorité publique que constitue l'OFCOM qui est seule bénéficiaire des termes d'un contrat de dépôt d'une sauvegarde conclu entre le registre et le mandataire indépendant. Un tel contrat constitue en d'autres termes une stipulation pour autrui parfaite ou qualifiée puisqu'il donne au tiers que constitue l'OFCOM le droit d'exiger l'exécution des prestations dans les cas prévus à l'al. 2. L'OFCOM peut même donner des instructions au mandataire afin de s'assurer que les services du tiers lui sont fournis dans les meilleures conditions compte tenu de l'intérêt public en jeu. Outre la préservation du système d'enregistrement et des données en tant que telles, le contrat porte aussi sur la conservation des systèmes et autres applications qui se révèlent nécessaires à une éventuelle exploitation ultérieure des données.

L'OFCOM est en droit d'utiliser le système ainsi que les données et autres informations conservés par le mandataire indépendant dans les circonstances exceptionnelles que définit l'al. 2. Tel est le cas en cas de faillite du délégataire, si le registre-délégataire refuse de collaborer pour une raison quelconque bien qu'il ait cessé son activité ou lorsque ce dernier n'est plus en mesure d'offrir ses services. L'OFCOM peut aussi utiliser librement les données "lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent". Cette clause générale qui s'apparente à une "clausula rebus sic stantibus" exprime en définitive le principe selon lequel l'OFCOM peut prendre les mesures d'intérêt public qui s'imposent en vertu de circonstances extraordinaires, c'est-à-dire de faits imprévisibles qui mettent à mal la gestion "normale" d'un domaine comme une catastrophe naturelle. Cette possibilité d'intervention de l'OFCOM se justifie d'autant plus que la gestion des noms de domaine constitue fondamentalement une tâche d'intérêt public que l'office doit surveiller en cas de délégation (art. 28 al. 2 LTC).

Tous les registres exploitant des domaines génériques sont quant à eux tenus, conformément à leur contrat de registre conclu avec l'ICANN, de déposer régulièrement une copie de sauvegarde de leurs données d'enregistrement auprès d'un tiers de séquestre de données qui a été accrédité par l'ICANN. Dans un tel cas, c'est l'ICANN qui est seule bénéficiaire des termes du contrat de séquestre des données.

Art. 13 Données personnelles

Dans le cadre de l'exercice de leur fonction, les registres collectent nombre de données personnelles. L'art. 13 définit dans quels buts et durant quel laps de temps un registre peut traiter ces données (al. 1). La notion de "traitement" doit être comprise comme toute opération relative à des données personnelles notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction des données. Et cela quels que soient les moyens et procédés utilisés. La disposition couvre en particulier la communication à l'étranger de données personnelles, en particulier à l'ICANN ou à un mandataire étranger indépendant conformément à l'art. 13.

L'art. 13 est notamment complété, au niveau du traitement des données, par des règles spécifiques notamment sur le journal des activités (art. 11), sur les données mises à disposition du public (art. 46) et sur l'assistance administrative et la coopération (art. 16).

Dans la mesure où les registres sont chargés d'une tâche de la Confédération au sens de l'art. 3 let. h de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1), le traitement des informations par ces registres et la surveillance exercée sur eux sont au surplus régis par les dispositions de la LPD applicables aux organes fédéraux.

Art. 14 Service de règlement des différends

La violation de droits attachés à un signe distinctif qui découle de l'enregistrement d'un nom de domaine doit être en principe tranchée par le juge civil (cf. chif. 1.3). Il existe toutefois un écart considérable entre, d'une part, le coût de l'enregistrement ou attribution d'un nom de domaine, qui est assez faible, et, d'autre part, le coût économique du préjudice pouvant être porté par cet enregistrement et les frais encourus par le titulaire du droit attaché à un signe distinctif qui, pour remédier à la situation, engage une procédure devant les tribunaux. En outre, les litiges relatifs aux noms de domaine, de par la nature même de l'Internet, posent d'évidents problèmes de conflits entre les diverses juridictions étatiques ainsi que de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères.

Dans ces conditions, un large consensus s'est dégagé au niveau international en faveur de la création de commissions administratives chargées de trancher rapidement et à moindres frais les litiges relatifs aux noms de domaine. L'ICANN a ainsi adopté en octobre 1999 les Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine ("Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy" [UDRP]) et accrédité quatre centres de résolution des litiges. Les principes UDRP sont notamment applicables aux litiges concernant les noms de domaine sous les gTLD's ".com", ".org" et ".net". Depuis lors, la procédure a fait ses preuves et s'est si bien imposée auprès des titulaires de marques que l'ICANN a décidé d'appliquer les principes UDRP sous une forme légèrement adaptée à l'ensemble des nouveaux domaines génériques comme le «.swiss», tout en imposant en sus une procédure complémentaire accélérée et peu coûteuse qui permet d'inactiver rapidement un nom de domaine potentiellement litigieux (URS [«Uniform Rapid Suspension»]; cf. ég. art. 54 al. 1 let. c). Des procédures propres à l'ouverture de nouvelles extensions ont en outre été imposées par l'ICANN. Il s'agit de la procédure de règlement des différends qui permettra aux titulaires de marques d'agir contre un nouveau registre qui agirait de mauvaise foi, en enregistrant des noms de domaine en violation de leurs droits (Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure, « Trademark PDDRP»). La procédure de règlement des différends sur les restrictions des registres (ou «RRDRP») devrait en outre permettre d'agir contre les registres de domaines communautaires comme le «.swiss»

qui ne respectent pas les restrictions d'enregistrement prévues dans le contrat de registre avec l'ICANN.

Pour ce qui est du domaine «.ch» qui n'est pas tenu en tant que ccTLD de mettre en œuvre les services de règlement des litiges prévus par l'ICANN, le registre concerné doit se voir imposer (art. 45 al. 2 en relation avec l'art. 28 al. 2^{bis} LTC, à l'instar de l'ancien art. 14g de l'ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications [ORAT; RS 784.104]) l'institution d'une procédure obligatoire de règlement des différends spécifique pour ce domaine, procédure dont le besoin n'est plus guère à prouver.

L'al. 1 fixe les règles et principes qui sous-tendent un tel service de règlement des litiges, en particulier:

- La caractéristique obligatoire du service de règlement des différends (let. c et art. 28 al. 2^{bis} LTC): l'efficacité d'un service de règlement des différends dépend dans une large mesure de l'obligation pour les titulaires de ressources d'adressage concernés de s'y laisser attirer par les tiers «lésés» (cf. art. 29 al. 2) et surtout de la capacité dudit service d'imposer une solution aux titulaires (révocation, transfert du nom de domaine) et sa mise en œuvre par les entités qui gèrent les domaines concernés. Dans ce but, les registraires sont tenus d'imposer, par le biais de leurs relations contractuelles avec leurs clients titulaires d'un nom de domaine, l'obligation de recourir aux services de règlement des différends prescrits par l'ICANN et/ou l'OFCOM (cf. art. 22 al. 1).
- Le fait qu'un tel service de règlement des différends n'est pas un arbitrage mais une procédure ou mécanisme de règlement extrajudiciaire qui vise à régler un litige opposant le détenteur d'un nom de domaine et un tiers quant au droit à l'enregistrement du nom de domaine en question (cf. let. a et b): les parties conservent toujours le droit d'agir en justice (let. a et art. 28 al. 2^{bis} *in fine* LTC).

La structure de l'organisation, les règles régissant la résolution des litiges, les règles de procédure et la nomination des experts appelés à trancher requièrent l'approbation de l'OFCOM. Celui-ci prend au préalable l'avis de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle et de l'Office fédéral de la justice (al. 2). La publication des décisions des experts conformément à l'al. 4 peut avoir lieu au moyen d'une procédure d'appel (art. 19 al. 3^{bis} LPD).

Art. 15 Blocage d'un nom de domaine en cas de soupçon d'abus

Les utilisateurs de l'internet considèrent comme une menace très importante toute tentative d'accéder à leurs données critiques comme leurs coordonnées bancaires par des méthodes criminelles ou frauduleuses afin d'en tirer profit ("hameçonnage" ou "phishing"). Hormis les préjudices financiers directs causés (des milliards de francs chaque année), de nombreux dommages indirects sont à déplorer comme la perte de données personnelles ou de documents secrets, l'investissement consenti pour renforcer la sécurité, l'atteinte à l'image d'un domaine ou, de manière plus générale, la perte de confiance en l'Internet. Par ailleurs, la diffusion de logiciels malveillants ("malware") permet souvent à des criminels de prendre le contrôle des systèmes exploités par des utilisateurs ignorant le danger couru. Les systèmes infectés (les "botnet") sont souvent utilisés à leur tour pour envoyer des courriels de hameçonnage.

L'efficacité de la lutte contre le hameçonnage et la diffusion de logiciels malveillants dépend essentiellement de la vitesse à laquelle la menace est désamorcée. Plus l'attaque dure, plus le danger augmente que les criminels parviennent aux données critiques des utilisateurs de l'internet ou puissent prendre le contrôle de leurs systèmes. Les registres peuvent agir immédiatement contre les attaques en bloquant l'utilisation d'un nom de domaine.

L'art. 15 reprend la procédure de blocage des noms de domaine prévue à l'ancien art. 14^{bis} ORAT qui a permis de réduire considérablement les cas de hameçonnage et de bloquer la diffusion de «malware» dans le domaine «.ch». Sur requête d'un service reconnu qui peut être privé ou public, le registre concerné doit bloquer techniquement et administrativement un nom de domaine. Cela signifie que le registre bloque non seulement toute possibilité pour le titulaire de requérir la réattribution de

son nom de domaine à un tiers, mais que les transmissions sur l'Internet destinées à ce nom de domaine ne sont plus possibles du fait que les assignations aux serveurs de noms sont supprimées pour ce nom de domaine. Ces mesures permettent d'agir extrêmement rapidement et efficacement contre le hameçonnage et la diffusion de logiciels malveillants, sans pour autant porter une atteinte définitive au droit du titulaire du nom.

Le fait de prendre une mesure par nature provisoire se justifie du fait que l'intervention n'est en l'espèce fondée que sur un soupçon que relaie des services certes reconnus dans la lutte contre la cybercriminalité, mais qui n'ont souvent aucune compétence décisionnelle de par la loi, à l'instar du SCOCI et de MELANI. Dans ces conditions, il se justifie de limiter les possibilités d'intervention au sens de l'art. 15 aux seuls cas d'hameçonnage et à la diffusion de logiciels malveillants (al. 1 let. a ch. 1 et 2). Dans ces cas, la constatation d'activités illicites est en général relativement simple et sûre.

L'Etat de droit sous-entend que le titulaire concerné soit informé immédiatement par voie électronique du blocage de son nom domaine et de la suppression de l'assignation y relative à un serveur de noms (al. 3). Ce titulaire doit par ailleurs pouvoir exiger une décision susceptible de recours jusqu'au Tribunal fédéral (al. 4). Il appartient à l'Office fédéral de la police (fedpol) de rendre, sur demande du titulaire touché, une décision sur le blocage qui porte en définitive sur la constatation d'un soupçon de hameçonnage ou de diffusion de logiciels malveillants contraire au droit (al. 4).

Cela étant, l'auteur d'un acte illicite au moyen d'un nom de domaine acquiert généralement ce nom sous une fausse identité et fait tout pour conserver son anonymat protecteur contre toute poursuite. Il ne devrait dans ces conditions vraisemblablement pas répondre à la demande d'identification que le registre se doit de lancer, ce qui devrait aboutir *in fine* à la révocation du nom de domaine concerné (al. 3). Quoiqu'il en soit, le blocage d'un nom de domaine ne devrait pas se prolonger au-delà de 30 jours après son exécution sans être levés par le registre, à moins que fedpol ou une autre autorité suisse intervenant dans le cadre de l'exécution de ses tâches n'ait confirmé par décision la mesure prise (al. 5).

Pour être reconnus par l'OFCOM, les services de lutte contre la cybercriminalité au sens de l'al. 1, let. b, doivent:

- déposer une demande en reconnaissance auprès de l'OFCOM;
- décrire exactement leurs activités dans le domaine de la lutte contre la cybercriminalité;
- faire la preuve de la pertinence et de la reconnaissance de leurs activités de lutte contre la cybercriminalité;
- faire état de leur compétence à rendre une décision au sens de l'al. 4, ou désigner une autorité compétente pour rendre une telle décision.

Art. 16 Assistance administrative et coopération

Dans l'univers global de l'Internet qui fonctionne de manière relativement informelle, il est essentiel que le registre puisse collaborer avec des tiers sans devoir engager une procédure d'entraide judiciaire lorsqu'il s'agit de lutter contre les menaces, abus et dangers qui touchent ou pourraient toucher la gestion du domaine dont il a la charge, et traiter des informations personnelles à ce sujet. Tel est le but de l'al. 1. Le registre se doit par ailleurs de signaler aux services spécialisés de la Confédération, en particulier à la Centrale d'enregistrement et d'analyse pour la sûreté de l'information (MELANI), les incidents en matière de sécurité de l'information qui touchent le domaine dont il a la charge ou le DNS (al. 2).

L'al. 3 reprend quant à lui la réglementation figurant à l'art. 14f al. 3^{bis} ORAT qui a largement fait ses preuves en pratique. Il permet d'imposer aux titulaires de noms de domaine, qu'ils soient établis en Suisse ou à l'étranger, l'obligation d'indiquer, à la demande d'une autorité suisse intervenant dans le cadre de ses prérogatives légales, une adresse de correspondance valable en Suisse. C'est donc uniquement sur demande qu'un titulaire établi à l'étranger doit créer une adresse en Suisse (un

"Rechtsdomizil"), pour autant qu'il soit dans le collimateur d'une autorité suisse pour une violation présumée du droit par le biais de son nom de domaine. L'obligation est dans ces conditions tout à fait proportionnée, praticable et peut être appliquée sans autre en particulier à l'ensemble des titulaires de noms de domaine établis à l'étranger, tout particulièrement ceux nombreux du ".ch". La création d'une adresse en Suisse facilite la notification par les autorités suisses compétentes de leurs décisions à tous les titulaires, notification qui s'avère sinon extrêmement lente et compliquée.

Pour le surplus, l'art. 13b LTC s'applique par analogie à l'assistance administrative garantie par le registre (al. 4).

Section 3: Registraires

Art. 17 Contrat de registraire

Un registraire ne peut offrir des services d'enregistrement que s'il a conclu avec le registre du domaine considéré un contrat portant sur l'enregistrement de noms de domaine (contrat de registraire; al. 1 let. b). La conclusion d'un contrat de registraire constitue une condition nécessaire et suffisante pour exercer l'activité de registraire du domaine de pays «.ch». Elle signifie la reconnaissance formelle de la compétence technique et organisatrice d'un registraire à offrir des services d'enregistrement. Le registraire d'un domaine générique comme le «.swiss» doit en sus conclure un contrat de registraire avec l'ICANN (al. 1 let. a).

Le registre a l'obligation de contracter lorsqu'un demandeur remplit les conditions avant tout d'ordre technique et organisationnelle mises par l'ODI pour exercer la fonction de registraire (al. 2). Le registraire doit maîtriser les technologies et les protocoles nécessaires à l'enregistrement et à la gestion des noms de domaine. Il est en particulier impératif que les serveurs de noms du registraire soient en permanence correctement configurés. Pour conclure un contrat, un registraire doit en outre mettre en place une procédure de vérification des données d'identification fournies par les requérants de noms de domaine, permettant de répondre, le cas échéant, aux demandes d'identification du registre. Il est aussi tenu de fournir des sûretés en cas de solvabilité douteuse ou de non-paiement (al. 2 let. g). On ne peut en effet raisonnablement exiger du registre qu'il fournisse des prestations à des registraires insolubles, qui sont connus pour ne pas payer leur dû ou qui le font systématiquement avec retard. Dans de tels cas, le registre peut exiger des sûretés, rémunérées au taux d'intérêt appliqué aux comptes d'épargne. Le montant de ces sûretés ne peut cependant excéder la couverture du risque vraisemblable encouru par le registre.

L'engagement d'un registraire à respecter les exigences prévues (auto-déclaration) suffit lorsque celles-ci ne sont pas forcément mesurables au moment de la conclusion du contrat (par ex. respect du droit suisse, voire de la sécurité des données). Une phase de test technique peut en revanche être prévue par le registre – par exemple en ce qui concerne la maîtrise de l'interface EPP – avant de conclure un contrat.

Aucune condition n'est en revanche prévue en ce qui concerne le service à la clientèle offert. C'est la concurrence qui doit prévaloir en la matière: aux requérants de noms de domaine de choisir sur le marché la meilleure offre du meilleur registraire. Tout changement intervenu dans les conditions ayant justifié la conclusion d'un contrat de registraire doit être communiqué au registre durant toute la durée des relations contractuelles (al. 4).

Les registraires qui offrent des services d'enregistrement pour le «.swiss» sont par ailleurs tenus de se conformer à leur contrat de registraire avec l'ICANN et aux règles prévues sur sa base. L'ICANN a en particulier édicté des lignes directrices sur la façon dont les registraires doivent, à partir du 31 août 2013, gérer les noms de domaine expirés ainsi que la manière dont ils doivent informer leurs clients. Le contrat de registraire au sens de l'al. 1 let. b ne peut déroger aux règles prévues par l'ODI et ses dispositions d'exécution (al. 5). En d'autres termes, les règles de l'ODI constituent du droit impératif en raison de leur caractère d'ordre public. Les conditions mises à l'exercice de l'activité de registraire par

l'al. 1 let. b et les obligations prévues à l'art. 20 doivent notamment être obligatoirement prises en compte dans le contrat de registraire. Pour le reste, le registre fixe librement les termes contractuels de ses rapports avec les registraires (par ex. modalités de paiement, demeure, etc.) dans le respect des principes de non discrimination et de transparence. Autrement dit, il appartient aux parties de prévoir au besoin dans le contrat de droit privé ce qui n'est pas explicitement réglé au niveau du droit public dans l'ODI.

Le contrat de registraire est régi par le droit public lorsque la fonction de registre est exercée par l'OFCOM (contrat de droit administratif) et par le droit privé (contrat de droit privé) lorsque la fonction de registre est déléguée conformément aux art. 32 ss (al. 6). L'application du droit public ou privé repose sur un critère clair et compréhensible, à savoir la nature juridique de la personne qui exerce la fonction de registre. Il s'agit de tenir compte du fait que la fonction de registre peut être déléguée à des personnes privées comme cela fut le cas pour le «.ch» qui est actuellement géré par la fondation de droit privé SWITCH. Le fait de soumettre la relation entre un registre délégataire et registraires au droit privé correspond du reste au régime juridique de l'ORAT, régime dont la validité a été confirmée par le Tribunal fédéral (ATF 131 II 166) (pour une vue d'ensemble des relations juridiques, cf. le schéma figurant en annexe).

Dans la mesure où il lui appartient de conclure un contrat avec les registraires, il revient logiquement au registre de révoquer le contrat d'un registraire qui ne remplit plus les conditions d'exercice de sa fonction, cesse toute activité, se trouve en état de liquidation ou fait faillite (al. 7 1^{er} phrase). En cas de violation par un registraire d'une ou de plusieurs de ses obligations, le registre doit généralement lui adresser un avertissement avec fixation d'un délai pour le rétablissement de la situation avant de procéder à une résiliation. Le registre doit annoncer de manière appropriée (par courrier postal ou électronique, information sur le site internet du registre, etc.) la résiliation d'un contrat de registraire aux détenteurs des noms de domaine concernés (al. 7 2^{ème} phrase). A noter que l'OFCOM peut, en tant qu'autorité de surveillance, procéder, en parallèle au contrôle d'un registraire, par la voie de la surveillance administrative et prendre si besoin les mesures de droit public qui s'imposent à l'encontre d'un registraire qui ne respecterait pas l'ODI (al. 8).

Art. 18 Information du public

La transparence concernant la procédure menant à la conclusion d'un contrat de registraire est essentielle pour garantir les principes de non-discrimination et de transparence ancrés à l'art. 17 al. 5. L'obligation générale d'information doit être assurée de manière centrale par le registre (al. 1). Indépendamment de toute justification, celui-ci doit en outre fournir à toute personne qui en fait la demande le contrat conclu par un registraire particulier, sous réserve des clauses et annexes contenant des secrets d'affaires (al. 2).

Art. 19 Droit d'accès au système d'enregistrement

Le principal droit garanti par l'ODI aux registraires est celui d'accéder au système d'enregistrement du registre qui leur permet d'enregistrer et de gérer administrativement des noms de domaine pour le compte de tiers (al. 1); ils doivent cependant utiliser l'interface prévue par le registre qui permet de déposer des demandes d'enregistrement ou de procéder à des modifications concernant les noms de domaines attribués (mutation, transfert, réattribution, renonciation, révocation) (al. 2). Grâce à l'accès au système d'enregistrement, les registraires peuvent offrir au public des services d'enregistrement et de gestion administrative des noms de domaine.

Art. 20 Obligations des registraires

L'art. 20 prévoit des obligations qui doivent permettre d'assurer un bon fonctionnement dans la durée du régime des domaines de premier niveau gérés par la Confédération:

- afin de garantir une offre de base sur le marché, tout registraire doit faire une offre d'enregistrement de noms de domaine qui ne soit pas obligatoirement liée à une autre prestation, soit une offre «dégroucée» ou «nue» (al. 1). Cela signifie qu'un registraire est tenu d'offrir ses prestations d'enregistrement au public et qu'il ne peut devenir registraire uniquement pour son propre compte (par ex. une entreprise qui possède de nombreux de noms de domaine);
- afin de susciter un marché vivant et efficace, les registraires doivent garantir en tout temps à leurs clients la possibilité de transférer la gestion administrative d'un nom de domaine vers un autre registraire (cf. annexe let. t); sont réservés, les prétentions civiles qui découlent d'un tel transfert pour une éventuelle violation du contrat établi par un registraire avec son client qui a demandé le transfert (al. 2);
- afin de garantir la sécurité du droit, les registraires doivent conserver pendant 10 ans à partir de la fin de l'enregistrement d'un nom de domaine la correspondance commerciale, les justificatifs, les titres et les fichiers de journalisation (log files) classés selon les noms de domaine (al. 3);
- afin d'assurer la continuité et la sécurité de la gestion des noms de domaine, les registraires sont tenus de collaborer et de fournir au registre toute l'aide et l'assistance technique et organisationnelle nécessaire; ils doivent en outre veiller à ce que les titulaires de noms de domaine pour lesquels ils assurent la gestion administrative aient connaissance de la cessation de leurs activités et des démarches à entreprendre pour sauvegarder leurs prétentions (al. 4).

Art. 21 Devoirs d'information

L'art. 21 fixe les obligations d'information des registraires, à savoir:

- signaler sans délai au registre les noms de domaine requis ou enregistrés présentant un caractère manifestement illicite ou contraire à l'ordre public qu'ils ont identifiés incidemment ou qui leur sont signalés (al. 1); les registraires n'ont toutefois aucun devoir général de surveiller ou de contrôler systématiquement l'usage qui est fait des noms de domaine qu'ils enregistrent ou ont enregistrés et ne sont en aucun cas tenus de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites commises au moyen de noms de domaine;
- annoncer immédiatement au registre les dérangements techniques de ses systèmes ou de ceux du registre (al. 2), par exemple la non-disponibilité des systèmes ou les pannes. Dans la mesure du possible, le registre aide les registraires à trouver l'origine des dérangements de leurs systèmes et à y remédier;
- transmettre aux titulaires de noms de domaine les informations émanant du registre qui leur sont destinées (al. 3).

Les registraires d'un domaine générique comme le «.swiss» doivent au surplus fournir à l'ICANN les informations requises conformément notamment au contrat de registraire conclu avec cette organisation (cf. art. 17 al. 1 let. a).

Art. 22 Relations juridiques

La fonction de registraire est exercée en libre concurrence par les registraires bénéficiant d'un contrat conclu avec le registre concerné sur le marché du «.ch» et du «.swiss» (art. 45 let. c et 50 let. e). Sur un marché soumis à la concurrence, les relations entre registraires et leurs clients sont logiquement soumises au droit privé (al. 1, 1^{re} phrase) et à la liberté des prix (al. 2, sous réserve d'une application de l'art. 40 al. 4 LTC). A des fins de transparence, les registraires doivent publier les prix et les conditions générales de leur offre de services (al. 3).

Les relations juridiques de droit privé entre registraires et requérants ou titulaires de noms de domaines ne peuvent toutefois pas déroger aux règles prévues par l'ODI et ses dispositions d'exécution (al. 1 2^{ème} phrase). En d'autres termes, les règles de l'ODI constituent du droit impératif en raison de leur caractère d'ordre public. Il appartient ainsi aux registraires d'intégrer dans leurs relations contractuelles de droit privé avec leurs clients (conditions générales, contrats-type ou contrats particuliers) les droits et obligations les concernant qui découlent de l'ODI, de ses dispositions d'exécution ainsi que de leur contrat de registraire. Cela vaut en particulier pour les obligations prévues à l'art. 20, les devoirs d'information au sens de l'art. 21 ou encore l'obligation des titulaires de noms de domaine de se soumettre aux services de règlement des différends conformément à l'art. 29 al. 2.

Le grief de la violation par un registraire de l'ODI ou de ses dispositions d'exécution n'est toutefois pas directement invocable devant le juge civil par un client lésé. Une telle violation peut en revanche entraîner l'ouverture d'une procédure de surveillance par l'OFCOM (cf. art. 17 al. 8), d'office ou sur requête d'un particulier. L'office veille en effet, dans le cadre de son activité de surveillance, à ce que les registraires intègrent complètement et correctement les règles et autres principes de la gestion et de l'attribution des ressources dans leurs rapports de droit privé avec leurs clients. Il prend les mesures administratives qui s'imposent en cas de violation de cette obligation (cf. art. 40 et 41).

Contrairement à ce qui est le cas dans d'autres pays, la Suisse n'exclut pas les personnes et autres entités suisses ou étrangères avec domicile ou siège social à l'étranger de la possibilité de requérir l'attribution d'un nom de domaine de la zone «.ch» (cf. art. 45 let. b). Dans ces conditions, des litiges quant aux noms de domaine de la zone «.ch» – voire également de la zone «.swiss» (cf. art. 53 al. 3) - pourraient être soumis par certains registraires en particulier étrangers à la juridiction et/ou à l'application du droit de pays étrangers conformément à la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291) et à la convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12). A noter dans ce contexte que l'art. 120 al. 2 LDIP exclut l'élection de droit - mais pas de for - pour les contrats conclus avec des consommateurs pour l'usage personnel ou familial de prestations de consommation courante.

Art. 23 Obligation de collaborer

L'art. 23 fait écho et adapte en conséquence aux registraires les règles en matière d'assistance administrative et de coopération qui s'appliquent au registre (cf. art. 16 et les explications y relatives). Les registraires doivent par ailleurs transmettre sur demande à un service de règlement des différends saisi (cf. art. 14) toutes les données personnelles en leur possession qui sont nécessaires à la résolution d'un litige (al. 4). Pour le surplus, le traitement des données personnelles par les registraires et la surveillance exercée sur eux sont régis par les dispositions de la LPD applicables aux personnes privées. Sur la base de la LPD, les registraires peuvent collaborer avec tout tiers qui prête son concours à l'identification et à l'évaluation des menaces, abus et dangers qui touchent ou pourraient toucher leurs systèmes et infrastructures de gestion ou les noms de domaine qu'ils gèrent.

Section 4: Attribution

Art. 24 Demande d'enregistrement

Le registre initie un processus d'attribution d'un nom de domaine si et uniquement si un registraire a valablement déposé une demande d'enregistrement pour le compte d'un requérant (al. 1). Une demande est valablement déposée lorsqu'elle a été introduite par l'intermédiaire du système d'enregistrement conformément aux procédures et conditions techniques ou organisationnelles prévues pour ce faire par le registre et que cette demande comporte toutes les informations, éléments et documents nécessaires pour décider de l'attribution d'un nom de domaine qui sont mentionnés à l'al. 2 let. b. Une demande ne doit pas forcément contenir les indications d'ordre technique nécessaires pour mettre en service et utiliser un nom de domaine, l'«activation» technique d'un nom de domaine

sur le réseau n'étant pas une condition de son attribution. Il appartient à l'OFCOM de déterminer les informations, éléments et documents supplémentaires qui pourraient être nécessaires (al. 3). L'office règle par ailleurs au besoin les modalités du dépôt des demandes d'enregistrement. Il peut imposer le recours à des formulaires d'enregistrement et de mutation préétablis (al. 4; cf. ég. art. 60).

A noter que le traitement d'une demande d'enregistrement par le registre prend fin avec l'attribution ou le refus d'attribution du nom de domaine demandé (art. 27 al. 1).

Art. 25 Conditions générales d'attribution

L'art. 25 fixe les conditions générales ou de base qui sont mises à l'attribution d'un nom de domaine subordonné à un domaine géré par la Confédération. Ces conditions générales d'attribution correspondent dans une très large mesure aux conditions qui sont mises actuellement à l'attribution d'un domaine du «.ch». Parmi ces conditions figure en particulier l'obligation du demandeur de fournir des informations d'identification correctes (cf. art. 29 al. 1).

A noter que l'al. 2 let. a prévoit que le registre refuse d'attribuer un nom de domaine lorsque la dénomination choisie est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur. Cette règle s'inspire de l'art. 2 let. d LPM qui constitue en définitive un cas de figure de base ou règle générale pour tous les signes distinctifs, qu'il s'agisse de marques ou de noms de domaine. Doivent être considérés comme contraires à l'ordre public les signes qui contreviennent aux principes fondamentaux du droit suisse. En font partie, par exemple, les signes susceptibles de blesser la sensibilité de ressortissants étrangers, de ternir la réputation de la Suisse, de perturber les relations diplomatiques et de compromettre les intérêts nationaux suisses. De même, l'emploi de noms de magistrats ou de personnalités politiques connues est considéré comme contraire à l'ordre public s'il se fait sans le consentement des personnes concernées. Sont contraires aux bonnes mœurs les signes ayant une connotation raciste, obscène ou reflétant une hostilité religieuse ou bien offensant les sentiments religieux. L'opinion suisse est déterminante pour apprécier l'atteinte aux bonnes mœurs. Un signe porte atteinte aux bonnes mœurs lorsqu'il blesse les sentiments moraux, religieux ou culturels ou d'éthique sociale, non seulement de la majeure partie de la population, mais aussi de minorités vivant en Suisse.

Un nom de domaine ne peut être attribué que si les conditions générales d'attribution de l'art. 25 et les conditions particulières d'attribution fixées pour chaque domaine spécifique sont cumulativement remplies (al. 1 let. c; soit art. 47 pour le «.ch» et 53 pour le «.swiss»).

Art. 26 Dénominations réservées

La place grandissante de l'Internet comme outil de communication et de travail donne une importance accrue aux noms de domaine. Il devient dès lors essentiel pour un Etat, pour ses institutions ou ses représentants, de maîtriser les noms de domaine qui permettent son activité ou dont l'utilisation inappropriée par des tiers pourrait porter atteinte à son image ou à sa réputation. Cela d'autant plus que l'Internet s'apprête à entrer dans une nouvelle ère avec l'apparition de centaines de nouveaux domaines génériques de premier niveau (cf. chif. 1.1.3). Dans ce contexte, la Confédération a élaboré la Stratégie ND 2013 visant à définir les désignations dignes d'être protégées qui ne devraient pouvoir être utilisées que par elle seule en tant que noms de domaine.

Conformément à la Stratégie ND 2013, la Chancellerie fédérale établit une liste centrale des désignations dignes d'être protégées en tant que noms de domaine au bénéfice de la Confédération (al. 1 let. a). Elle le fait en tenant compte de ses besoins propres et de ceux de ses institutions ou représentants, mais aussi d'une manière plus générale en fonction des besoins de la Suisse en tant que pays et Etat souverain. L'al. 1 let. a énumère à cet égard à titre indicatif des catégories de désignations dignes d'être protégées comme les institutions fédérales ou encore les noms de conseillères et con-

seillers fédéraux. Il va sans dire que la liste doit évoluer de manière dynamique en fonction des besoins qui vont forcément varier dans le temps.

L'art. 26 prévoit par ailleurs la réservation des noms des communes politiques et des cantons suisses (al. 1 let. b); cela vaut aussi à l'égard des abréviations comportant deux caractères qui désignent les cantons suisses et à l'égard des noms de communes politiques formés de deux caractères, mais uniquement dans le «.ch» dans la mesure où l'ICANN impose la règle de 3 caractères minimum à tous les domaines génériques de premier niveau comme le «.swiss». L'art. 26 prévoit en outre la réservation des noms qui doivent l'être obligatoirement dans les domaines génériques comme le «.swiss» conformément aux règles qui s'appliquent à l'échelon international (soit selon le contrat de registre conclu avec l'ICANN) (al. 1 let. d), des noms dont l'utilisation doit être réservée au registre pour ses activités et sa communication (nic, whois, etc.) (let. e) et des noms et des abréviations des organisations internationales protégés par la législation suisse (al. 1 let. c), la Suisse étant connue et reconnue pour accueillir nombre d'organisations internationales et se devant d'évidence de veiller à l'intérêt de ces organisations.

L'OFCOM fixe au besoin les règles de transcription des désignations réservées (quel orthographe ? quid des espaces, des traits d'union ? ...), ainsi que les références documentaires qui doivent être utilisées (par exemple quelle liste des communes suisses sert de base à la réservation prévue par l'al. 1 let. b) (cf. art. 60). Il détermine également la liste des noms dont l'utilisation est réservée aux besoins du registre (al. 1 let. e) et fixe les règles applicables à l'utilisation de ces noms.

Art. 27 Processus d'attribution

Conformément à l'art. 27, le traitement d'une demande d'attribution par le registre se fait entièrement sous forme électronique par le biais du système d'enregistrement. Cela concerne aussi *in fine* le refus d'attribuer un nom de domaine qui est communiqué sous forme électronique par le système et au besoin par le biais d'un autre mode de communication électronique comme le courrier électronique (al. 3) ou l'attribution du droit d'utiliser un nom de domaine qui prend effet de par l'ODI dès sa confirmation électronique au registraire par ce même système (al. 2). Ce traitement sous forme électronique s'impose par la nécessité d'une gestion juridique efficiente de ces domaines de premier niveau par les registres concernés. L'acte juridique d'attribution d'un nom de domaine par le registre ne constitue dès lors pas une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). Il équivaut à une opération juridique préalable à une décision qui a pour but de réaliser certains effets de droit (attribution d'un nom de domaine, resp. du droit d'utiliser un nom de domaine). L'OFCOM rend une décision au sens de l'art. 5 PA sur le refus d'attribuer un nom de domaine si, dans les 30 jours suivant la communication de ce refus, le requérant demande une telle décision et indique une adresse de correspondance valable en Suisse lorsqu'il est établi à l'étranger (al. 4).

L'OFCOM fixe au besoin les règles techniques et administratives qui régissent le processus d'attribution ainsi que les délais et modalités de ce processus pour chaque domaine particulier (art. 60).

Section 5: Noms de domaine

Art. 28 Droits du titulaire

Dans le système de l'ODI, c'est le registre qui attribue le droit d'utilisation d'un nom de domaine sur la base du droit public (art. 27 al. 2; cf. ég. art. 29 al. 1 *in fine*). Le titulaire obtient en définitive un droit d'usage sur une partie du domaine Internet considéré qui est géré en tant que bien public par la Confédération conformément à l'art. 28 LTC. Autrement dit, l'ODI et en particulier son art. 28 n'ont pas pour but de créer un nouveau droit d'usage sur une ressource publique, mais bien plus de constater et de clarifier juridiquement ce droit. Le régime de l'ODI délimite ainsi un droit d'utilisation des noms de

domaine mais ne donne pas, contrairement à ce qui vaut à l'égard des signes protégés par un régime de propriété intellectuelle comme la LPM pour les marques, un droit de propriété sur le nom (de domaine) concerné.

Le droit d'utilisation qui relève du droit public doit s'exercer dans les limites et aux fins prévues par l'ODI et ses dispositions d'exécution (al. 1). Il comprend la gestion des noms de domaines subordonnés ou inférieurs au nom de domaine attribué (al. 2). Un titulaire peut céder à un tiers un nom de domaine qui lui a été attribué lorsque les conditions générales et particulières d'attribution sont remplies (al. 3 ; changement de titulaire). Le registre n'initie toutefois un tel processus que sur la seule base d'une demande déposée par un registraire pour le compte d'un titulaire. Compte tenu des conditions d'attribution différentes, la transmission d'un nom de domaine du «.ch» à un nouveau titulaire se fait quasi automatiquement (vu le principe du premier arrivé, premier servi), tandis que le registre du «.swiss» doit s'assurer que le nouveau titulaire remplit les conditions avant de lui transmettre le nom de domaine. Le titulaire peut finalement renoncer en tout temps à son droit d'utiliser un nom de domaine en déposant, par le biais du registraire qui le gère, une demande de révocation (al. 4); ce qui ne veut pas dire que le titulaire peut alors légitimement revendiquer la révocation de son contrat d'enregistrement avec son registraire (cf. art. 40 ss CO).

L'al. 5 instaure la fiction juridique selon laquelle le droit d'utiliser un nom de domaine passe au successeur en droit du titulaire, en particulier à l'entreprise née d'une fusion ou aux héritiers. Faute de fiction, le droit retournerait automatiquement à la Confédération de par la nature de ressource publique des noms de domaine, en cas de décès du titulaire notamment. Si les conditions d'attribution ne sont plus remplies par le nouveau titulaire, le ou les noms de domaine concernés sont révoqués.

Art. 29 Obligations du titulaire

Outre le fait qu'il soit tenu d'une manière toute générale d'utiliser le nom de domaine qui lui a été attribué dans les limites et aux fins prévues par l'ODI et ses dispositions d'exécution (art. 28 al. 1), le titulaire se doit d'actualiser, de compléter et de corriger toutes les informations le concernant qui sont nécessaires à la gestion du nom de domaine qui lui a été attribué (al. 1). Il s'agit-là d'une obligation essentielle qui peut amener le registre à révoquer l'attribution d'un nom de domaine lorsque tel n'est pas le cas (art. 30 al. 1 let. c). Le titulaire est en outre tenu de se laisser attirer par les titulaires de droits attachés à des signes distinctifs devant les services de règlement des différends au sens de l'art. 14 (al. 2).

Art. 30 Révocation

L'art. 30 fait écho à l'art. 25 qui fixe les conditions générales mises à l'attribution d'un nom de domaine. Il prévoit les cas dans lesquels le registre peut (al. 1) ou doit révoquer (al. 2) des noms de domaine. Cette réglementation en matière de révocation correspond dans une très large mesure à celle actuellement en vigueur pour le domaine «.ch». Il convient toutefois de signaler que la possibilité de révoquer un nom de domaine est accompagnée d'un «délai de grâce» de 30 jours accordé au titulaire pour se trouver un nouveau registraire lorsque son contrat avec le registraire a été résilié (al. 1 let. d) ou de 90 jours lorsqu'un registraire se trouve en état faillite, en liquidation ou a vu son contrat de registraire résilié (al. 2 let. d). Dans ce dernier cas, un délai de quarantaine au sens de l'art. 31 al. 3 de 90 jours est en sus accordé aux titulaires afin que ceux-ci ne soient pas outre mesure pénalisés pour le défaut de leur registraire.

Le registre n'examine pas de manière générale et continue les activités des titulaires de noms de domaine et n'est pas tenu de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites commises au moyen de noms de domaine (cf. art. 10, al. 2). En termes de diligence requise, ce n'est donc qu'en présence de circonstances particulières propres à éveiller son attention que le registre doit procéder à un contrôle concernant un nom de domaine déterminé ou son titulaire. Ce n'est du reste par principe que sur la seule base de l'avis ou annonce émanant d'une autorité – et non

pas celle provenant d'un particulier – que le registre est tenu de révoquer un nom de domaine (al. 2 let. g).

Comme mesure préliminaire, le registre peut prendre (cf. aussi art. 15):

- des mesures d'ordre technique: bloquer le fonctionnement d'un nom de domaine avant tout en interdisant sa résolution dans le DNS; cela peut se faire de deux manières différentes:
 - o en supprimant l'assignation y relative à un serveur de noms;
 - o en bloquant les modifications de serveurs DNS, resp. des fichiers de zone;
- des mesures de type administratif: bloquer toute possibilité pour un titulaire de requérir la réattribution (changement de titulaire) ou le transfert d'un nom de domaine ou de procéder à un quelconque changement de paramètre relatif au nom de domaine concerné (modifications de contacts, des serveurs utilisés, ...).

Art. 31 Effet de la révocation

A l'instar du processus d'attribution (cf. art. 27), la révocation d'un nom de domaine se fait sous forme électronique par le biais du système d'enregistrement (al. 1). L'acte juridique de révocation, qui prend effet de par l'ODI dès sa communication électronique, ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). L'OFCOM rend une décision sur la révocation aux conditions prévues par l'al. 2. L'al. 3 prévoit un délai de quarantaine de 40 jours (de 90 jours dans les cas prévus à l'art. 30 al. 2 let. d), soit le délai pendant lequel un nom de domaine révoqué doit être réattribué à son ancien titulaire si celui-ci en fait la demande et que les conditions générales et particulières d'attribution sont remplies.

Chapitre 3: Délégation de la fonction de registre

Art. 32 Procédure de délégation

La lettre de l'art. 28 al. 2 LTC aménage à l'OFCOM une très grande liberté d'appréciation en ce qui concerne le transfert ou délégation de la gestion de certaines ressources d'adressage particulières à des tiers. Il appartient en premier lieu à l'office de décider s'il fait usage de sa faculté de déléguer la fonction de registre d'un domaine géré par la Confédération ou de tâches particulières liées à cette fonction (al. 1). La liberté aménagée par l'art. 28 al. 2 LTC permet au surplus à l'office de désigner d'autorité le ou les éventuels délégataires ou de lancer une procédure d'adjudication (al. 2).

Cette large liberté d'appréciation de l'OFCOM ne signifie en aucun cas que ce dernier puisse se comporter de manière arbitraire. Le choix d'un délégataire par une "décision d'autorité" doit en particulier se faire sur la base de considérations objectives. Et si l'office opte pour une autre procédure de délégation, il devra veiller à ce que celle-ci obéisse aux principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence, en particulier s'il recourt à une procédure d'adjudication. Dans ce contexte, l'al. 2 renvoie à la procédure ouverte ou sélective au sens de l'art. 34 al. 1 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP). Cela quand bien même la délégation de la fonction de registre ne constitue pas en tant que telle un marché public dans la mesure où l'OFCOM accorde par délégation la compétence d'agir en tant que registre en lieu et place de la Confédération et que le risque lié à l'exercice de la fonction est transmis au délégataire.

Art. 33 Forme de la délégation

La forme d'un contrat de droit administratif est bien adaptée dans la mesure où la délégation doit être déterminée en fonction de certaines particularités de la fonction de registre en question, du délégataire et du domaine Internet concerné.

Art. 34 **Durée de la délégation**

La durée du contrat de délégation - qui peut être prolongé ou est renouvelable (al. 2) - est fixée en fonction du genre et de l'importance de la fonction ou des tâches déléguées (al. 1). Il convient à cet égard prendre en compte le temps qui est nécessaire à un délégataire pour amortir les investissements liés à l'exercice de l'activité déléguée. Une certaine sécurité juridique est ainsi garantie, qui implique que le délégataire soit éventuellement dédommagé en cas de modification nécessaire du contrat de délégation (cf. art. 42 al. 2 et les explications y relatives).

Art. 35 **Activités ou services essentiels**

Fondamentalement, l'office ne peut déléguer la fonction de registre d'un domaine géré par la Confédération ou de tâches particulières liées à cette fonction que si le délégataire remplit un certain nombre de conditions. Les garanties données par un délégataire à l'office lors de la procédure de délégation pourraient facilement être contournées si ce délégataire était en droit de confier à des tiers sans l'accord de l'office des services ou activités essentielles liées à l'exercice de sa fonction ou de ses tâches déléguées.

Le délégataire reste toutefois par principe libre de s'organiser comme bon lui semble afin d'exécuter ou de faire exécuter ses obligations. Rien ne l'empêche ainsi de sous-traiter l'exécution de certaines activités ou services, librement lorsqu'ils ne sont pas essentiels (marketing par exemple) ou avec l'autorisation de l'office dans les autres cas. Quoiqu'il en soit, le délégataire reste dans tous les cas entièrement responsable vis-à-vis de l'OFCOM de la bonne exécution de ses obligations de délégataire.

Art. 36 **Indépendance**

Il convient d'éviter que des conflits d'intérêts surgissent entre les domaines d'activité du registre et des registraires. Lorsque la tâche de registre est déléguée à un tiers, ce dernier ne doit pas exercer en parallèle une fonction de registraire. La réglementation n'exclut toutefois pas catégoriquement qu'une entreprise possède une filiale remplissant la fonction de registraire ou qu'elle soit liée juridiquement ou économiquement à une autre société agissant en tant que registraire. Elle reconnaît ainsi que pratiquement aucune entreprise disposant du savoir-faire nécessaire n'est éligible comme registre si elle n'est pas déjà active dans le secteur des noms de domaine ou si elle n'entretient pas des relations étroites avec des entreprises actives dans ce secteur.

Il y a donc lieu de garantir qu'en cas de délégation de la fonction de registre, ce dernier fournisse ses prestations de manière non discriminatoire (cf. art. 9 al. 1) et traite tous les registraires de manière égale. Le principe de non-discrimination interdit au registre de fournir des informations ou des prestations à un registraire sans en faire bénéficier également les autres registraires. Contrairement au droit actuel, un registraire ne pourra pas non plus faire état de sa proximité avec le registre à des fins de publicité. L'al. 2 précise les exigences requises pour préserver l'indépendance du registre mandaté. Parmi celles-ci figurent entre autres des mesures propres à garantir que le registre se comporte de manière non discriminatoire dans sa communication interne ou externe ainsi que des exigences permettant de garantir que le personnel employé pour la tâche de registre soit autonome et sans lien avec la filiale exerçant la fonction de registraire.

Art. 37 **Délégation des tâches**

La réglementation correspond largement au droit en vigueur. La disposition précise que les prestations doivent être définies de manière qualitative et quantitative afin de pouvoir vérifier l'exécution des tâches déléguées.

Art. 38 Prix

Le registre mandaté est habilité à demander une indemnité aux registraires pour l'enregistrement et la gestion d'un nom de domaine. Le montant est calculé de manière à permettre au registre de couvrir l'ensemble des frais liés à l'exécution des tâches qui lui ont été déléguées. Lorsque la tâche est déléguée à un tiers, l'indemnité est considérée comme un prix au sens de l'art. 40 al. 3 LTC. Contrairement au droit en vigueur, le prix n'est pas soumis à une approbation préalable; il est fixé dans le contrat de délégation.

Lorsque l'OFCOM délègue la tâche dans le cadre d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective au sens de l'art. 34 al. 2 de l'ordonnance sur les marchés publics (RS 172.056.11), le prix indiqué dans les offres est valable pour toute la durée de la délégation. L'enregistrement et la gestion des noms de domaine se caractérisent par des économies d'échelle. Dans les offres, des prix variables, fixés en fonction des quantités, peuvent par exemple être prévus; ils sont alors contraignants et figurent dans le contrat de délégation. Dans le cadre de l'appel d'offres, l'OFCOM peut demander d'autres mécanismes d'adaptation des prix, pour autant qu'il le juge nécessaire.

Durant la période de délégation, une adaptation de l'étendue des prestations peut se révéler nécessaire, par exemple pour répondre à de nouvelles exigences de sécurité ou se conformer à des changements introduits par l'ICANN. Si l'étendue des prestations augmente, le délégataire peut demander une adaptation du prix en soumettant à l'OFCOM une offre pour le nouveau catalogue de prestations. Dans son offre, il justifie de façon détaillée les coûts supplémentaires engendrés par la modification des prestations. Dans son examen, l'OFCOM peut se référer à des valeurs de comparaison, solliciter des offres auprès de tiers ou demander la fourniture de nouveaux documents au délégataire.

Lorsque la délégation des tâches a lieu directement, le prix est fixé selon les coûts pertinents du registre pour la fourniture du catalogue de prestations convenu. Le registre est autorisé en outre à réaliser un bénéfice approprié.

Art. 39 Obligation d'informer

Pour remplir ses tâches, en particulier de surveillance, l'OFCOM a besoin d'un certain nombre de renseignements et de documents de la part des délégataires comme leur rapport de gestion. La fourniture d'informations est au surplus réglée par l'art. 43 al. 5 lorsqu'un délégataire cesse ou doit cesser son activité. Le délégataire doit également fournir à l'office tous les renseignements nécessaires à l'établissement d'une statistique officielle (al. 2).

Art. 40 Surveillance

La surveillance de l'OFCOM sur l'exercice de la fonction de registre ou de tâches qui lui sont liées constitue une condition de validité d'une délégation comme le rappelle du reste l'art. 28 al. 2 *in fine* LTC. L'OFCOM peut déléguer certaines tâches de surveillance à des organisations de droit privé et collaborer avec celles-ci (cf. art. 58 al. 1 LTC).

Art. 41 Mesures de surveillance

L'art. 41 spécifie et précise à l'intention des délégataires les mesures de surveillance prévues d'une manière toute générale par l'art. 58 al. 2 LTC.

Art. 42 Modification du contrat de délégation

Les actes administratifs qui ont des effets durables et dont un intérêt public prépondérant requiert la suppression ou la modification sont révocables (cf. notamment ATF 121 II p. 273 ss [276]). La sécurité juridique dont a besoin un délégataire pour exercer son activité (art. 34) n'exclut ainsi pas que l'OFCOM puisse procéder aux adaptations nécessaires si les conditions de fait ou de droit ont changé et qu'il y a lieu de préserver des intérêts publics prépondérants (al. 1), en particulier la sécurité et la continuité de la gestion de la fonction ou tâches déléguées. Lorsqu'une telle modification cause un préjudice financier se rapportant à l'exécution de la fonction ou des tâches (réduction des droits ou/et introduction de nouvelles charges ou obligations), le délégataire a droit à un dédommagement approprié qui tienne compte de la perte sur les investissements faits de bonne foi sans toutefois aucune compensation du gain manqué (al. 2).

Art. 43 Fin de l'activité déléguée

Logiquement, l'OFCOM se doit de résilier un contrat de délégation lorsque le délégataire ne remplit plus convenablement sa fonction ou ses tâches, décide de lui-même de ne plus fournir de services ou se trouve en état de faillite, en liquidation ou dans une procédure concordataire (al. 1). Dans de tels cas, le délégataire n'a droit à aucun dédommagement dans la mesure où il est en quelque sorte "responsable" de la résiliation de son contrat.

En revanche, le délégataire a droit à une indemnisation appropriée lorsqu'une résiliation intervient, sans faute de sa part, en tant que "ultima ratio" pour préserver des intérêts publics prépondérants (al. 2). L'indemnisation éventuelle tient compte de la perte sur les investissements faits de bonne foi. Elle ne doit en revanche pas intégrer la compensation du gain manqué (ou *lucrum cessans*) pour la période allant du jour de la résiliation anticipée à la fin de la période de délégation. Cette indemnisation éventuelle doit en outre être diminuée du montant que le délégataire reçoit de la part de l'OFCOM ou d'un nouveau délégataire sur la base de l'alinéa 5 pour son infrastructure informatique et technique; faute de quoi le délégataire pourrait être indemnisé doublement lors d'une résiliation anticipée.

Le fait qu'un délégataire cesse son activité ou soit contraint de le faire pose bien évidemment le problème de sa succession quant à la tâche ou fonction déléguée. L'al. 3 prévoit ainsi que l'office peut désigner un nouveau délégataire ou reprendre la tâche en question conformément à l'art. 28 al. 1 LTC. Le nouveau délégataire ou l'OFCOM doit légitimement garantir aux titulaires leurs prétentions sur les noms de domaine qui leur ont été attribuées par le délégataire qui cesse son activité (al. 4). Il ne peut en revanche être tenu responsable des autres actes de ce dernier.

Le délégataire qui cesse son activité ou qui est contraint de le faire a un devoir de collaboration et d'information (al. 5 et 6). Ce devoir particulier se justifie par la nécessité d'assurer la continuité et la sécurité de la gestion du domaine concerné et des noms de domaine qui lui sont subordonnés. C'est dans ce but que le délégataire doit fournir à son successeur toute l'aide et l'assistance technique et organisationnelle nécessaires (al. 5). Le délégataire a toutefois droit à une indemnité adéquate pour l'assistance qui va au-delà de ce que l'on est normalement en droit d'attendre de lui à ce titre, en particulier s'il doit livrer du matériel informatique ou des logiciels d'exploitation. Cette indemnité "extraordinaire" versée au délégataire ne peut compenser que des prestations fournies qui s'avèrent effectivement nécessaires à la poursuite de l'activité («valeur utile» de l'assistance). Sur requête, l'OFCOM fixe l'indemnité en question si le délégataire et son successeur n'arrive pas se mettre d'accord; l'office devrait considérer dans un tel cas la rémunération due pour le travail effectué pour apporter l'assistance et la rémunération de la part du capital non amortie.

Le délégataire qui cesse son activité ou qui est contraint de le faire a également un devoir d'information très étendu vis-à-vis de toutes les personnes – en particulier ses clients – touchées (al. 6). Il doit notamment veiller à ce que ces personnes puissent prendre effectivement connaissance de sa cessation d'activité par tout moyen adéquat (courrier électronique, envoi recommandé, etc.). L'information doit en outre porter sur les démarches que les clients doivent entreprendre pour sauvegarder leurs prétentions.

Chapitre 4: Domaine «.ch»

Le domaine de pays (*country code Top Level Domain*, ccTLD) «.ch» est géré de manière souveraine par la Suisse. L'OFCOM est responsable de l'attribution et de la gestion des noms de domaine de deuxième niveau, subordonnés au ccTLD .ch. Il peut toutefois transférer cette fonction avec les tâches qui lui sont liées à un tiers.

Les noms du domaine «.ch» sont attribués et gérés conformément aux principes qui sont énoncés dans les dispositions générales (chapitre 2). Il est prévu de déléguer les tâches du registre par contrat à une entreprise tierce selon les modalités découlant des dispositions générales du chapitre 3 (art. 32 ss).

Les présentes dispositions spécifiques applicables au domaine «.ch» se limitent à énoncer les conditions d'attribution d'un nom de domaine à l'art. 47. Un nom de domaine peut être attribué pour autant qu'il ne soit pas déjà exploité et que les exigences relatives aux signes utilisés soient respectées. L'attribution repose sur le principe du «premier arrivé, premier servi». Les règles existantes ne sont pas modifiées.

A noter que si les règles du «.ch» s'appliquent par analogie à un domaine de pays constituant la transposition du «.ch» en un autre alphabet ou système graphique (art. 48 al. 2 et art. 2 al. 1 let. a *in fine*), la gestion d'un tel domaine relève d'un registre propre. L'OFCOM peut toutefois confier cette gestion au registre du «.ch» (art. 48 al. 1).

Art. 46 Données mises à la disposition du public

Le registre doit gérer et mettre à jour une banque de données publique qui garantit à toute personne intéressée un accès en temps réel à des données relatives aux titulaires de noms de domaine (dite banque de données WHOIS, cf. annexe let. k). Ces données publiques doivent en particulier donner la possibilité de vérifier la disponibilité d'un nom de domaine et permettre aux personnes lésées dans leurs droits (droits attachés à un signe distinctif et protection des consommateurs notamment) d'identifier les titulaires des noms de domaine afin de prendre des mesures informelles ou d'engager des procédures officielles à l'encontre de ces derniers. Il s'agit aussi de favoriser la transparence de l'Internet, à la fois média de masse et moyen de commercer pour ce qui est des sites web et de fournir aux techniciens et aux administrateurs réseaux les indications nécessaires pour œuvrer à la stabilité technique de l'Internet.

Par rapport aux données qui devaient être publiées pour le domaine «.ch» conformément à l'ancien art. 14h ORAT, l'art. 46 prévoit en sus la publication de la date de la première attribution du nom de domaine (al. 1 let. h) et le nom complet du registraire opérant pour le compte du titulaire du nom de domaine concerné (al. 1 let. i). Pour le premier élément, il s'agit de la date à laquelle un nom de domaine a été attribué pour la première fois, quel qu'était son titulaire à l'époque. La connaissance de cette date est dans certains cas indispensable pour défendre les droits attachés à un signe distinctif en relation avec les noms de domaine; on s'inspire ici de l'art. 40 de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM, RS 232.111) qui prescrit les informations figurant dans le registre des marques. Pour le second élément, il s'agit du nom du registraire par l'intermédiaire duquel le titulaire a procédé à l'enregistrement du nom de domaine concerné. Le registre ayant l'obligation de mettre à disposition du public la liste détaillée des registraires avec lesquels il a conclu un contrat (art. 18 al. 1), il n'y a pas lieu d'exiger la publication de davantage d'informations dans la banque de données WHOIS. Cet ajout dans la base de données WHOIS permet d'entrer en contact directement avec le registraire opérant pour le compte du titulaire en cas de problème relatif à l'enregistrement d'un nom de domaine.

Un titulaire d'un nom de domaine ne peut s'opposer à la mise à disposition du public des données énumérées à l'art. 46 qui le concernent. L'intérêt public à la publicité - protection de droits de tiers et des consommateurs, besoin de transparence du média Internet, garantie de l'effectivité du droit et

stabilité technique de l'Internet - surpasse en l'espèce l'intérêt à la confidentialité des données personnelles publiées. Il convient toutefois d'éviter dans le même temps la publication de certaines données «sensibles» comme les numéros de téléphone ou les adresses e-mail qui peuvent être collectées par des robots et servir notamment à l'envoi de spams.

Le registre a par ailleurs l'obligation de prendre les mesures adéquates afin d'empêcher une utilisation abusive des données mises à disposition du public, en particulier leur utilisation à des fins de publicité ou de promotion commerciale (al. 2). Il est en effet fort probable que des tiers cherchent à exploiter à des fins de publicité ou de promotion commerciale les données mises à disposition du public sur les noms de domaine par l'intermédiaire de la banque de données "WHOIS". Or une telle utilisation secondaire de ces données par des tiers est en principe interdite, sauf assentiment des personnes concernées. En pratique, ceux qui cherchent à exploiter de telles données sollicitent rarement l'assentiment des personnes concernées. Il convient dès lors d'obliger le registre à adopter des mesures raisonnables pour empêcher une utilisation abusive de ces renseignements, par exemple d'empêcher par des mesures techniques et/ou temporelles (accès limité dans le temps) l'extraction ou le téléchargement massif de données personnelles du WHOIS et de mettre à disposition un service d'annonce des abus. L'OFCOM fixe au besoin les exigences techniques et administratives qui s'imposent à ce titre au registre (art. 60).

Chapitre 5: Domaine «.swiss»

Section 1: Dispositions générales

Art. 49 Objet

Les dispositions du chapitre 5 de l'ODI régissent le domaine générique de premier niveau «.swiss», dont la gestion a été accordée à la Confédération suisse par l'ICANN, ainsi que la gestion et l'attribution des noms de domaines de deuxième niveau qui lui sont subordonnés. Elles ne concernent en revanche pas en principe à la gestion des niveaux inférieurs (cf. art. 7 qui s'applique de manière générale à tous les domaines gérés par la Confédération et les explications y relatives).

Si l'ICANN se désintéresse en grande partie des modalités d'attribution ou d'utilisation des noms qui seront enregistrés dans les domaines de pays (ccTLD) comme le «.ch» (chapitre 4), elle tend en revanche à prévoir un cadre juridique contraignant pour les registres lorsqu'elle délègue des domaines génériques comme le «.swiss». Le contrat de registre imposé par l'ICANN (Registry Agreement; ci-après: RA ICANN) fixe en particulier les obligations des registres et certaines modalités quant à l'utilisation des noms de domaine enregistrés, resp. attribués. Le registre doit par exemple fournir tous les mois à l'ICANN des rapports conformément à l'art. 2.4 et à la «Specification» 3 du RA ICANN. Il doit en outre conclure un contrat de sauvegarde des données (cf. art. 12) qui doit être au bénéfice de l'ICANN conformément aux règles qui s'appliquent à l'échelon international.

Au-delà des contraintes imposées par l'ICANN, le registre d'un domaine générique comme le «.swiss» - in casu la Confédération suisse - se voit déléguer une autorité normative relative à la façon dont le domaine dont elle a la charge est mis en œuvre. Il assume, dans les limites fixées par le contrat avec l'ICANN, un rôle de formulation des règles relatives au domaine concerné. Il lui appartient en particulier de définir les finalités de la création de noms de domaine et comment ceux-ci sont exploités, les catégories de personnes qui peuvent enregistrer resp. se voir attribuer un nom de domaine de second niveau et les restrictions quant à la façon dont ces noms peuvent être utilisés. Le registre a en outre la compétence de fixer des mécanismes qui permettent l'application de règles propres au domaine et le droit de désigner resp. d'«accréditer» des registraires. Tel est l'objet des dispositions du présent chapitre qui détermine le régime juridique du «.swiss».

Art. 50 Caractéristiques

Le domaine générique «.swiss» vise à donner à la Suisse une visibilité accrue sur le marché virtuel fondé sur l'Internet en établissant un lien clairement identifié avec notre pays et le cadre juridique qui lui est associé. Il s'agit de permettre aux entités sises en Suisse ou qui présentent un lien particulier avec notre pays de s'enregistrer dans un domaine Internet qui met ce lien en évidence. Tel est le cas avec la dénomination «.swiss» qui est fort connue et étroitement associée à notre pays de par le monde en tant que gage de qualité, de fiabilité et d'innovation. Le «.swiss» en tant que tel devrait non seulement constituer une pièce maîtresse du commerce électronique depuis la Suisse, mais d'une manière plus générale favoriser le rayonnement de la place économique de notre pays et constituer un reflet sinon un support de la souveraineté de la Suisse.

Ces objectifs sous-entendent que le «.swiss» ait des caractéristiques fondamentales qui soient fortes et marquantes:

- le domaine et les noms de domaine qui lui sont subordonnés sont uniquement destinés à promouvoir la communauté suisse dans son ensemble, son image et ses intérêts politiques, économiques, juridiques ou culturels en Suisse ou dans le monde (let. b): le domaine «.swiss» a fait l'objet d'une candidature "community" auprès de l'ICANN qui sous-entend que le registre exerce son activité au nom, pour le compte et dans l'intérêt de la communauté suisse comprise comme l'ensemble des personnes physiques ou morales qui possèdent un lien étroit et particulier avec la collectivité historique, géographique, politique, économique ou culturelle que constitue la Suisse. Cela implique notamment que l'exploitation du «.swiss» se fasse dans l'unique intérêt de cette communauté suisse et que celle-ci participe d'une manière ou d'une autre à sa gestion;
- le domaine est géré par la Confédération (let. a), plus précisément par l'OFCOM conformément aux art. 4 al. 1 ODI et 28 al. 1 LTC. Il s'agit ici de souligner que le «.swiss» constitue un domaine de premier niveau dont la gestion a été confiée à la Confédération (art. 2 al. 1 let. b). Cela ne signifie toutefois pas que l'OFCOM doit exploiter lui-même ce domaine puisqu'une délégation au sens des art. 32 ss reste en tout temps possible; l'office peut du reste toujours s'attacher les services de tiers pour exercer des tâches techniques et opérationnelles («outsourcing») quand bien même le domaine ne serait pas formellement délégué;
- en tant qu'expression de la nature communautaire du «.swiss» et compte tenu de l'objectif visé de créer une vitrine sur l'Internet pour notre pays, seules les entités sises en Suisse ou qui présentent un lien particulier avec la Suisse peuvent a priori obtenir l'attribution d'un nom de domaine (let. c);
- la politique d'attribution des noms de domaine doit être conduite de manière prudente et soucieuse des intérêts de la communauté suisse (let. d): autrement dit, cette politique d'un bon père de famille doit être menée de manière conservatrice afin de garantir que le «.swiss» devienne effectivement une zone de confiance dans l'espace global de nommage. Dans ce but, il se justifie de prévoir l'attribution privilégiée de noms de domaine pour certaines catégories de dénominations (art. 54) et une ouverture échelonnée des catégories de personnes pouvant requérir l'attribution d'un nom de domaine (art. 55). Les signaux ou messages donnés implicitement par un registre et sa politique d'attribution dans la première phase du lancement d'une nouvelle extension sont absolument essentiels et caractérisent dans l'esprit des internautes pour longtemps une extension.

Ces caractéristiques doivent permettre au «.swiss» de se positionner de manière authentique sur l'Internet en tant qu'espace de nommage de confiance, d'être pertinent pour les parties prenantes de la communauté suisse et de se démarquer suffisamment par rapport aux nombreux autres domaines génériques de premier niveau.

Le domaine «.swiss» se distingue ainsi du «.ch» principalement de la manière suivante:

- alors que le «.ch» est ouvert dans le sens où aucune exigence n'est posée quant au lien éventuel du titulaire d'un nom de domaine avec la Suisse, le «.swiss» pose des exigences strictes en termes de «suissitude» pour obtenir un nom de domaine;
- si le «.ch» fonctionne essentiellement sur la base du principe «premier arrivé, premier servi», l'attribution de noms de domaine du «.swiss» se fera sur la base d'une évaluation «qualitative» des candidatures;
- si un nom de domaine du «.ch» peut être obtenu pour une somme annuelle relativement modique qui est comparable au prix des extensions génériques les plus populaires comme le «.com», il en ira différemment des noms de domaine «.swiss», dont le prix assez élevé en comparaison devra permettre de couvrir les coûts importants que génèrent son exploitation.

Les 2 domaines de premier niveau gérés par la Confédération suisse sont ainsi complémentaires et ne devraient guère se faire concurrence sur le marché des noms de domaine.

Section 2: Registre

Art. 51 Tâches particulières

Le registre du «.swiss» a, en sus des tâches générales ou «ordinaires» d'un registre prévues par l'art. 10, des tâches particulières:

- offrir un dispositif qui permet à tout un chacun de signaler des abus ou problèmes concernant l'utilisation d'un domaine enregistré dans le «.swiss» (let. a); une plateforme web devra être mise à disposition dans ce but;
- mettre en place des contrôles par sondage qui traquent les abus dans le «.swiss» afin d'assurer et de maintenir la bonne réputation du domaine (let. b);
- prendre des mesures de communication commerciale ou de sponsoring afin de promouvoir le domaine «.swiss» (let. c); cela englobe toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques.

Art. 52 Données mises à la disposition du public

Le registre du «.swiss» doit assurer l'installation, la gestion et la mise à jour de la banque de données WHOIS et y publier les données requises par les règles qui s'appliquent à l'échelon international, c'est-à-dire le contrat de registre conclu par la Confédération suisse avec l'ICANN (sur les caractéristiques et l'utilité de la banque de données WHOIS, cf. les développements ad art. 46).

L'art. 52 constitue la base légale matérielle qui autorise la publication des données personnelles non sensibles concernées. Cela vise en particulier le nom complet, l'adresse (rue, ville, Etat/province, code postal et pays) et les données de contact (notamment numéro de téléphone et de télécopie, courrier électronique, autres identifiants utilisés) du titulaire et (let. b) et de l'administrateur du nom de domaine concerné (let. c), ainsi du registraire opérant pour le compte du titulaire du nom de domaine concerné (let. f).

Section 3: Attribution

Art. 53 Conditions particulières d'attribution

L'art. 53 est un élément essentiel du régime du «.swiss» dans la mesure où il fixe, en sus des conditions d'attribution générales prévues à l'art. 25, les conditions particulières mises à l'attribution d'un

nom de domaine du .swiss conformément aux caractéristiques fondamentales du domaine (art. 50), à savoir:

- le requérant doit pouvoir faire état d'un lien suffisant avec la Suisse (al. 1 let. a); tel est en particulier le cas lorsque son siège social et un réel site administratif ou son domicile se trouvent en Suisse, ou s'il peut faire état de la nationalité suisse; l'al. 1 let. d 2^{ème} phrase précise la nature du lien exigé lorsqu'un nom de domaine du «.swiss» est utilisé à des fins commerciales;
- le requérant appartient, au moment du dépôt de la demande d'enregistrement, à une catégorie de personnes habilitée à requérir une attribution (éligibilité); l'al. 1 let. b se réfère aux règles prévues par l'art. 55;
- la dénomination requise relève, au moment du dépôt de la demande d'enregistrement, d'une catégorie de dénominations pouvant faire l'objet d'une attribution; l'al. 1 let. c se réfère aux règles prévues par l'art. 54;
- l'usage prévu est conforme au droit suisse (al. 1 let. d); cela sous-entend l'obligation pour un requérant d'indiquer de bonne foi l'usage prévu du nom de domaine requis; lorsque le nom de domaine est utilisé pour offrir des produits ou fournir des services, ou pour faire de la publicité en leur faveur, un siège et un réel site administratif (personnes morales ou sociétés de personnes) ou un domicile (personnes physiques) en Suisse sont indispensables (al. 1 let. d 2^{ème} phrase); ces exigences cumulatives évitent que des sociétés dites «boîtes aux lettres» obtiennent un nom de domaine du «.swiss»; ce faisant, la let. d précise la portée de la let. a lorsqu'un nom de domaine est utilisé à des fins commerciales, de manière cohérente avec les règles sur les indications de provenance prévues par le titre 2 de la LPM; un réel site administratif («Ort der tatsächlichen Verwaltung») au sens de la let. d est présumé être le lieu où sont exercées les activités déterminantes permettant d'atteindre le but commercial et où sont prises les décisions importantes concernant les services proposés; ces critères s'inspirent directement de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM, RS 232.111) et du droit fiscal («le lieu où s'exerce l'administration effective se trouve à l'endroit où sont conduites les affaires sociales et où sont prises les décisions importantes concernant l'entreprise»);
- la dénomination requise peut légitimement être considérée comme ayant un rapport objectif avec le requérant ou l'usage prévu du nom de domaine (al. 1 let. e); la let. e énumère certains des cas de figure pour lesquels il y a lieu de considérer qu'un tel rapport objectif existe (droits attachés à un signe distinctif [le nom de domaine ne doit toutefois pas correspondre exactement au signe distinctif protégé], dénominations objectivement liées à l'Etat, dénominations géographiques lorsque la dénomination géographique apparaît comme l'élément essentiel ou dominant du nom de domaine concerné, intérêt légitime); cette condition est essentielle pour permettre au registre de conduire une politique d'attribution qui garantisse un espace de nommage sûr et de qualité dans l'intérêt de la communauté suisse dans son ensemble (art. 50 let. d);
- finalement, la dénomination requise ne correspond ou ne s'apparente pas à une dénomination à caractère générique, à moins qu'elle puisse être attribuée sous mandat de nommage (al. 1 let. f); autrement dit, les dénominations à caractère générique (cf. annexe, let. q) ne peuvent pas être attribuées dans le .swiss, à moins que la dénomination requise présente un intérêt particulier pour toute ou partie de la communauté suisse qui justifie son attribution sous mandat de nommage (art. 56); les noms de domaine de second niveau ont souvent une valeur commerciale ou personnelle très largement supérieure à leur coût d'enregistrement auprès des registraires, en particulier les noms génériques; ceux-ci peuvent donner un avantage concurrentiel déterminant sur l'Internet à ceux qui les ont enregistrés et font dès lors fréquemment l'objet de transactions privées pouvant être assimilées à de la spéculation; il se justifie dans ces conditions de limiter l'attribution des dénominations génériques compte tenu des caractéristiques fondamentales de sûreté et de qualité voulues pour le domaine, qui impliquent la conduite d'une politique d'attribution prudente à l'égard des dénominations génériques (cf. art. 50 let. d).

Le registre peut refuser l'attribution d'un nom de domaine s'il apparaît manifeste, sur la base d'un examen succinct, que la dénomination choisie viole les droits attachés à un signe distinctif de tiers (al. 2 let. b). Cette disposition s'appliquera dans les très rares cas où la violation d'un droit apparaît comme étant clairement manifeste par exemple lorsque des signes distinctifs de grande réputation au niveau international ou national sont concernés. Pour le reste, le registre ne doit par principe pas vérifier le bien-fondé des droits d'utiliser les dénominations alphanumériques des noms de domaine. Il appartient à ceux qui détiennent de tels droits de les faire valoir en ouvrant action civile. La LPM prévoit les voies de droit permettant d'agir lorsque l'utilisation d'un nom de domaine à titre commercial viole les droits liés à une marque ou à une indication de provenance.

Le registre peut par ailleurs refuser l'attribution d'un nom de domaine lorsque les caractéristiques ou les valeurs que sous-tendent le domaine s'y opposent (al. 2 let. c), c'est-à-dire ses caractéristiques fondamentales au sens de l'art. 50.

Art. 54 Attribution privilégiée

Afin d'éviter qu'une ouverture abrupte du nouveau domaine de premier niveau «.swiss» ne débouche sur l'exploitation abusive de droits préexistants ou d'intérêts prépondérants de tiers, l'art. 54 permet une forme de droit ou plutôt de période de priorité temporaire («sunrise period») en faveur de certaines catégories de dénominations pour autant bien entendu que les conditions générales (art. 25) et particulières (art. 53) d'attribution soient remplies. La possibilité de mettre en œuvre une procédure d'enregistrement par étapes ou progressive permet de lutter contre les enregistrements spéculatifs et abusifs de noms de domaine. Comme cela a déjà été souligné, les signaux ou messages donnés implicitement par la politique d'attribution dans la première phase du lancement d'une nouvelle extension sont absolument essentiels et caractérisent dans l'esprit des internautes pour longtemps cette extension. L'attribution privilégiée permet de plus au registre de cibler sa communication et ses activités de marketing qui seront essentielles pour démarquer le «.swiss» des centaines de domaines génériques qui vont être lancés ces prochains mois.

Dans ce contexte, l'art. 54 al. 1 fixe les catégories de dénominations qui peuvent bénéficier d'une attribution privilégiée avant l'ouverture générale du domaine «.swiss» en tenant compte des intérêts bien compris de la communauté suisse. Parmi ces catégories figurent obligatoirement, RA ICANN oblige, les marques inscrites dans la Trademark Clearing House (TMCH) qui doivent bénéficier d'une période d'enregistrement privilégiée de 30 jours au minimum (al. 1 let. c). Tout détenteur de par le monde d'une marque inscrite dans la TMCH (qui constitue une base d'informations dans laquelle les titulaires de marques peuvent faire inscrire leurs marques déposées et qui est consultée par les registres lors du lancement des nouveaux domaines génériques) peut en bénéficier. Il convient dans ce contexte de prévoir aussi une attribution privilégiée en faveur des marques protégées en Suisse – c'est-à-dire valables en Suisse – dont les titulaires ont omis ou renoncé volontairement à recourir à la période Sunrise TMCH (l'inscription dans la TMCH coûte des centaines de francs) (al. 1 let. b). Les collectivités publiques et autres organisations de droit public comme des personnes morales de droit public (fondations, associations) figurent également logiquement parmi les bénéficiaires pour les dénominations qui en tant que telles les désignent objectivement ou relèvent légitimement de leurs activités (al. 1 let. a). Le processus de traitement des requêtes lors de la ou des phases d'attribution prioritaires est dans une très large mesure identique à celui prévu pour la période d'exploitation normalisée (al. 3 *in fine* qui renvoie à l'art. 57 al. 2 et 3). A noter que les catégories de dénominations qui bénéficient d'une réservation (cf. art. 26) n'ont nul besoin d'attribution privilégiée.

Après l'évaluation des demandes parvenues durant la ou les périodes d'attribution privilégiée au sens de l'art. 54, le domaine «.swiss» sera ouvert à l'enregistrement pour les catégories de dénomination concernées. Autrement dit, une phase d'exploitation normalisée suivra, durant laquelle les demandes d'enregistrement pourront être déposées en tout temps et seront examinées selon les critères et le processus d'attribution «ordinaires» (art. 53 et 57).

Art. 55 Eligibilité et ouverture échelonnée

L'ouverture du domaine «.swiss» à l'attribution de toute catégorie de dénominations doit succéder à la ou aux périodes d'attribution privilégiées au sens de l'art. 54. Cela signifie que toute personne pouvant faire état d'un lien suffisant avec la Suisse (art. 53 al. 1 let. a) devrait a priori pouvoir requérir un nom de domaine du «.swiss» quelle que soit la catégorie de dénominations concernée (ouverture générale). L'art. 55 permet toutefois, compte tenu des modalités d'application fixées par le DETEC sur la base des éléments d'appréciation de l'al. 2, de prévoir une ouverture échelonnée de l'éligibilité à l'attribution d'un nom de domaine en fonction des catégories de personnes déterminée par l'al. 1. L'ouverture échelonnée du domaine «.swiss» facilite le contrôle des requêtes d'enregistrement. Elle permet par ailleurs de développer progressivement un ensemble de règles, basées sur la pratique, au fur et à mesure de l'ouverture à l'enregistrement des diverses catégories ou classes de personnes éligibles.

Art. 56 Mandat de nommage

Les noms de domaine qui correspondent ou qui s'apparentent à des dénominations à caractère générique présentent a priori un intérêt particulier pour toute ou partie de la communauté suisse (cf. ég. art. 50 let. d). Il s'agit de toutes les désignations qui se réfèrent à ou décrivent d'une manière générale une catégorie ou une classe de biens, de services, de personnes, de groupes, d'organisations, de choses, de secteurs, de techniques ou encore d'activités (cf. annexe let. q et les explications y relatives). Certaines de ces désignations pourraient donner en tant que noms de domaine un avantage concurrentiel déterminant aux acteurs qui les possèdent (par ex. pizza.swiss, taxi.swiss, hotel.swiss, precision.swiss, etc.).

Dans ce contexte, l'art. 56 al. 1 prévoit que les noms de domaine qui correspondent ou qui s'apparentent à des dénominations à caractère générique présentant un intérêt particulier pour toute ou partie importante de la communauté suisse doivent en principe être attribués sous mandat de nommage. Ce type particulier d'attribution d'un nom de domaine permet d'autoriser l'utilisation des dénominations génériques dans la mesure où elle se fait non pas dans l'intérêt d'un seul mais bien dans celui de la communauté suisse et/ou de la communauté concernée par la dénomination requise (cf. al. 3 let. b). Cela signifie que les dénominations à caractère générique qui ne présentent pas d'intérêt particulier pour toute ou partie de la communauté suisse ne peuvent pas être attribuées (cf. art. 53 al. 1 let. f).

Le mandat de nommage présente fondamentalement les caractéristiques suivantes:

- son attribution se fait à la suite d'appels à projets (qui ne sont pas soumis aux art. 32 ss de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [RS 172.056.11) ou sur la base de candidatures spontanées (al. 2);
- il est soumis à des conditions très particulières qui visent à garantir l'intérêt public (al. 3 et 6); il s'agit en particulier d'éviter que l'attribution et l'utilisation du nom de domaine présentant un intérêt particulier pour toute ou partie importante de la communauté suisse n'engendrent des problèmes de concurrence; le nom de domaine requis doit en outre se trouver dans un rapport effectif avec l'activité envisagée (ou tout au moins il doit s'agir d'une dénomination qui ne porte pas à confusion par rapport à l'activité envisagée);
- en cas de candidatures plurielles pour le même nom de domaine générique, des règles d'attribution sont prévues (al. 5);
- c'est le candidat qui doit proposer - soit établir - un projet de mandat (al. 3 let. h), c'est-à-dire un projet entièrement rédigé qui fasse état en particulier des prestations ou services qu'il offrira en relation avec le nom de domaine concerné (al. 3 let. d).

Art. 57 Processus d'attribution

L'art. 57 complète et précise pour le domaine «.swiss» le processus général d'attribution des noms de domaine fixé par l'art. 27. Ce processus spécifique d'attribution des noms de domaine du «.swiss» se distingue fondamentalement par les caractéristiques suivantes:

- un examen «qualificatif» des requêtes doit être assuré; le registre procède en particulier à une évaluation préalable de chaque demande d'enregistrement (éligibilité du requérant, nom de domaine ou chaîne de caractères, correspondance entre le requérant et la chaîne de caractères) (al. 1); il s'agit d'éviter que le registre ne publie les requêtes qui ne remplissent manifestement pas les conditions générales et particulières d'attribution d'un nom de domaine du «.swiss»;
- le fait que d'autres requérants puissent déposer une demande d'enregistrement pour un même nom de domaine durant les 20 jours qui suivent la publication (demande plurielle) (al. 1 *in fine*); cette possibilité correspond à la philosophie du «.swiss» qui tend à ce que les noms de domaine soient attribués au «meilleur» titulaire possible (cf. art. 53 al. 1 let. e) dans le but de créer un espace de nommage reconnu pour sa qualité et dans lequel les usagers peuvent avoir confiance; il s'agit dans ces conditions de permettre à toute personne éligible de «s'opposer» à une demande d'attribution d'un nom de domaine en le requérant pour elle-même; il est certain qu'une telle possibilité peut conduire à des abus de «profiteurs» («Trittbrettfahrer») et qu'elle exige en conséquence des règles établissant l'ordre de priorité à l'attribution des requérants (cf. al. 2).

Section 4: Révocation

Art. 58

L'art. 58 énumère les motifs qui permettent au registre de révoquer un nom de domaine du «.swiss», en sus de ceux prévus par l'art. 30. Ces motifs de révocation font écho aux conditions particulières d'attribution prévues par l'art. 53 pour le «.swiss», aux spécificités du mandat de nommage au sens de l'art. 56 ou encore d'une manière plus générale aux caractéristiques fondamentales du «.swiss» fixées par l'art. 50 qui imposent des motifs de révocation compte tenu de l'intérêt public et/ou de celui de la communauté suisse (let. c, d et e). Dans certains cas particuliers (let. a et c), le titulaire d'un nom de domaine révoqué reçoit un dédommagement qui correspond à l'ensemble des frais d'enregistrement et de gestion du nom de domaine dont il s'est acquitté auprès de son registraire pendant sa possession.

Chapitre 6: Domaines gérés par d'autres collectivités publiques suisses

Art. 59

La compétence de la Confédération sur les télécommunications au sens de l'art. 92 Cst. est certes globale, mais n'est pas forcément exclusive. En termes clairs, il demeure en principe possible de laisser aux collectivités publiques suisses autres que la Confédération la possibilité de requérir des domaines génériques de premier niveau auprès de l'ICANN, de fixer la politique d'attribution de ces domaines et de les gérer dans les limites prévues par les normes internationales applicables (al. 1 et 2). L'art. 59 constitue dans ce contexte une délégation de par l'ODI en faveur de ces autres collectivités publiques sur la base de l'art. 28 al. 2 LTC (collectivités qui sont aussi des «tiers» au sens de cette disposition) pour les domaines génériques qu'ils se sont vus accordés par l'ICANN.

L'al. 2 fixe toutefois les principes fondamentaux de gestion d'un domaine générique que ces collectivités se doivent ad minima de respecter. L'OFCOM précise si besoin les mesures ou exigences relatives à la sécurité et la disponibilité de l'infrastructure ainsi que des services et à l'utilisation abusive des données mises à la disposition du public (al. 3). Les principes à respecter ne concernent en re-

vanche pas la définition des règles d'attribution des noms de domaine subordonnés aux domaines génériques concernés (politique d'attribution). Il convient en effet de laisser cette définition à l'entière liberté et disposition des collectivités publiques concernées.

Il revient à l'OFCOM (cf. art. 4 al. 1) de surveiller le respect par les collectivités publiques concernées des principes de gestion des domaines prévus à l'al. 2 (al. 3). Les dispositions de l'ODI qui régissent le domaine «.ch» (art. 7 à 31 et 44 à 48) s'appliquent par analogie à un domaine géré par une collectivité publique qui n'a pas édicté les règles nécessaires.

Chapitre 7: Dispositions finales

Section 1: Exécution

Art. 60

En application de l'art. 62 al. 2 LTC, le Conseil fédéral peut déléguer à l'OFCOM le soin d'édicter les prescriptions administratives et techniques nécessaires. Il est ainsi possible d'organiser la gestion et l'attribution des noms de domaine d'une manière claire et appropriée, en tenant compte de la haute technicité et de la dynamique du secteur. L'OFCOM pourrait en particulier au besoin prévoir:

- les modalités du séquestre de données lorsque la fonction de registre est déléguée (art. 12);
- les règles qui régissent le processus d'attribution ainsi que les délais et modalités de ce processus pour chaque domaine particulier (art. 27 et 57);
- les règles de transcription des désignations réservées, ainsi que les références documentaires qui doivent être utilisées (art. 26);
- les prescriptions techniques et administratives sur la gestion de la sécurité de l'information et toute autre mesure susceptible de contribuer à la sécurité et à la disponibilité du DNS (art. 4 al. 3).

Section 2: Dispositions transitoires

Depuis 2003, l'OFCOM a délégué la gestion du nom de domaine internet «.ch» à SWITCH. La délégation comprend aussi bien les tâches de registre que celles d'un registraire. SWITCH a ainsi conclu des contrats avec des partenaires qui, en tant que registraires, entrent en concurrence avec elle. Parallèlement, dans sa fonction de registraire, SWITCH entretient des relations contractuelles directes avec des clients détenteurs de noms de domaine. Autrement dit, le contrat de délégation existant selon le droit actuel ne correspond pas en plusieurs points au nouveau droit. Les dispositions transitoires définissent dans quelle mesure les nouvelles dispositions s'appliquent à l'actuel contrat de délégation.

Art. 61 Clients de SWITCH

Le nouveau droit interdit au registre d'avoir simultanément une activité de registraire, ce qui entre en contradiction avec l'actuel contrat de délégation conclu avec SWITCH. Aussi, à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, SWITCH, en tant que délégataire de la fonction de registre pour le domaine «.ch», ne sera plus autorisée à nouer de nouvelles relations contractuelles avec des clients finaux. Les intéressés ne pourront obtenir l'attribution d'un nouveau nom de domaine que par l'intermédiaire d'un registraire.

Les relations contractuelles de SWITCH avec des clients finaux seront encore tolérées pendant une période transitoire. Les contrats conclus entre SWITCH et les détenteurs de noms de domaine pourront être prolongés pour une durée maximale de douze mois uniquement. A terme, les 470 000 déten-

teurs des quelque 1,15 million de noms de domaine enregistrés auprès de SWITCH devront migrer leurs noms de domaine vers un registraire de leur choix. Le déroulement de la migration a été défini par un groupe de travail réunissant des représentants de l'OFCOM et de SWITCH; les partenaires de SWITCH ont aussi été associés au processus. Les dispositions transitoires reposent sur les conclusions du groupe de travail et garantissent un processus équitable et transparent, logistiquement gérable. Aucun registraire ne doit notamment obtenir un avantage concurrentiel injustifié lors de la migration des clients finaux de SWITCH. Le processus de migration devra être complètement achevé au plus tard 2 ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. A l'al. 5, l'OFCOM et SWITCH s'engagent à mettre en œuvre le processus élaboré en commun. Les différentes étapes du processus sont décrites dans le paragraphe ci-après.

Trois mois avant la fin de la période d'abonnement d'une année, SWITCH demande par courrier aux détenteurs de transférer leurs noms de domaine vers un partenaire ou un registraire de leur choix avant l'échéance de l'abonnement. Si le détenteur n'est plus intéressé par un nom de domaine, il peut demander sa suppression. S'il ne réagit pas, l'invitation à migrer est répétée chaque mois jusqu'au terme de l'abonnement, ceci aussi compte tenu des contacts techniques et de facturation enregistrés. A l'échéance de l'abonnement, le détenteur est prié par courrier recommandé de procéder à la migration dans un délai de 30 jours. Sans réaction de sa part, le nom de domaine est désactivé au terme du délai, c'est-à-dire supprimé du système DNS. Les noms de domaine désactivés peuvent être immédiatement réactivés sur demande du détenteur ou d'un tiers. Les noms de domaine réactivés devront être migrés dans un délai de deux semaines, faute de quoi ils seront à nouveau désactivés. Les noms de domaine qui n'auraient pas été transférés quatre mois après l'échéance de l'abonnement sont révoqués, puis libérés un mois plus tard en vue d'une réattribution à des tiers. Durant cet intervalle d'un mois, le nom de domaine révoqué pourra être octroyé à nouveau à l'ancien détenteur.

Art. 62 Actuel contrat de délégation avec SWITCH

L'actuel contrat de délégation entre l'OFCOM et SWITCH expire le 31 mars 2015. Il est prévu de déléguer à nouveau la tâche de registre pour le domaine «.ch» à une entreprise privée. La procédure de désignation du nouveau registre ne pourra toutefois débiter qu'une fois la présente ordonnance entrée en vigueur. Le nouveau délégataire ne pourra donc pas vraisemblablement être désigné avant l'expiration du contrat existant. S'il ne s'agit pas de SWITCH, le nouveau registre aura en outre besoin de suffisamment de temps pour la reprise des tâches correspondantes. La migration des noms de domaine selon la procédure décrite ci-dessus s'achèvera aussi plus tard.

Dès lors, il est justifié de prévoir une prolongation du contrat de SWITCH jusqu'au 30 juin 2018 au plus tard. Il s'agit en l'occurrence de la continuation d'une relation contractuelle basée sur l'ancien droit, qui ne peut pas être totalement adaptée au nouveau droit pour des motifs factuels, notamment en ce qui concerne les rapports avec les clients finaux. Vu le rapport peu clair entre l'ancien et le nouveau droit, des points essentiels du contrat devront être réglés explicitement dans l'optique de sa prolongation. La réglementation prévue se base avant tout sur le contenu du contrat actuel, en tenant compte de circonstances particulières pendant la période de transition.

SWITCH pourra encore prolonger les abonnements de ses clients finaux d'une année uniquement pendant les trois premiers mois suivant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Au terme de cette période, SWITCH ne pourra plus non plus générer de revenus avec la clientèle finale. Dès lors, il est inutile d'adapter les prix de détail applicables.

Parallèlement à la chute de ses revenus, SWITCH va être confrontée à une hausse des dépenses liées à la migration des noms de domaine. Durant le processus de migration, les comptes pour l'exécution des tâches déléguées se clôtureront sur un découvert qui devra être compensé par l'excédent cumulé déterminé à la fin de l'année précédente, conformément aux dispositions du contrat. Si, contrairement aux hypothèses, il apparaît que l'excédent cumulé ne suffit pas à couvrir les pertes, les prix de gros applicables devront être revus à la hausse pour générer des revenus plus importants. A l'inverse, les prix de gros devraient diminuer lorsque les revenus se situent nettement

au-dessus des coûts engendrés par une activité de registre pure ou lorsque l'excédent annuel découle de l'exécution des tâches.

Ainsi qu'il l'a toujours fait, l'OFCOM vérifie annuellement les dépenses et les revenus de SWITCH et évalue la pertinence du bénéfice. Il détermine par voie de décision le montant de l'excédent ou de la perte résultant, à la fin de l'année, de l'exécution des tâches déléguées. Quant au montant de l'excédent cumulé au terme de l'exercice, il est établi sur la base du résultat annuel. Suivant l'évolution des comptes, une éventuelle adaptation des prix de gros peut être décidée dans le cadre d'une estimation de prix. Une dernière vérification des comptes est effectuée au terme de la période de délégation. L'éventuel excédent cumulé est versé à la Confédération.

Dans le cadre de son obligation de collaborer, SWITCH fournit à l'OFCOM tout document utile à l'examen de sa comptabilité. Le contrat de délégation spécifie les documents à fournir. Par ailleurs, SWITCH peut renvoyer à la pratique en vigueur sur les audits pour concrétiser l'obligation de collaborer.

Le site www.nic.ch sert exclusivement à la fourniture de prestations de registre. Il contient notamment des liens vers le Whois (recherche des détenteurs) et vers le compte des utilisateurs. Le site nic.ch constitue un nom de domaine au sens de l'art 26 al. 1 let e; il est réservé aux activités de registre. Il ne peut pas être employé à d'autres fins. SWITCH a l'interdiction de l'utiliser pour informer sur ses autres activités et prestations ou pour placer des liens vers de telles informations. Par contre, la publication de la liste de tous les registraires ne pose pas de problème. A la fin de la période de délégation, les droits d'utilisation devront être transférés à l'OFCOM ou au registre nouvellement désigné.

Art. 63 Utilisation de l'éventuel excédent

En vertu du droit actuel, l'excédent doit être versé à l'OFCOM pour autant qu'il ne serve plus à faire baisser les prix. L'excédent ne peut être utilisé que pour financer des tâches ou des projets d'intérêt public dans le cadre de la gestion des noms de domaine. Par décision du 14 novembre 2013, SWITCH a été obligée de verser à l'OFCOM jusqu'à fin 2014 un excédent de trois millions de francs. Par la même occasion, l'OFCOM a fixé le gain excédentaire cumulé au 31 décembre 2012 à près de 12 millions de francs.

Les dispositions transitoires garantissent que l'excédent versé à l'OFCOM servira encore à financer des tâches ou des projets d'intérêt public dans le cadre de la gestion du système des noms de domaine. L'OFCOM gère l'excédent dans ce but uniquement. En outre, l'excédent est réservé au financement de tâches et de projets sur une période adéquate. Si les ressources à disposition ne peuvent pas être engagées jusqu'au terme de la période de prolongation du contrat de délégation, soit le 30 juin 2018 au plus tard, le solde est reversé dans les caisses de la Confédération.

L'art. 62 prévoit que l'excédent cumulé est déterminé chaque année, et pour la dernière fois à la fin de la période de délégation. L'éventuel excédent est reversé à la Confédération.

Art. 64 Contrats de partenaires

Les contrats de partenaire existants avec SWITCH restent valables à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. A des fins de clarté, il est explicitement précisé que les partenaires actuels de SWITCH sont désormais considérés comme des registraires au sens de la présente ordonnance. Les relations contractuelles entre ces derniers et SWITCH devront être adaptées au nouveau droit dans un délai de deux ans.

5 Annexe

