



## Mémoire explicatif du nouveau programme gTLD

### Discussion préliminaire : Séparation entre les registres et les bureaux d'enregistrement

Date de la publication  
originale:

15 avril 2011

#### **Contexte – Programme du nouveau gTLD**

Voici une des séries des nouvelles notes explicatives liées aux consultations récentes ayant eu lieu entre le Conseil d'administration de l'Icann et le Comité consultatif gouvernemental concernant le nouveau programme gTLD de l'Icann.

Ces notes contiennent la documentation concernant les dernières positions sur les sujets abordés, compte tenu des orientations actuelles, des discussions et des commentaires publics reçus. Chacune des notes reflète non seulement l'avis du GAC mais aussi les motifs et les fondements des questions importantes concernant le Guide de candidature et le lancement du programme des nouveaux gTLD.

Pour plus d'information concernant le calendrier et les activités liées au Programme des nouveaux gTLD veuillez consulter le site Internet <<http://www.icann.org/en/topics/new-gtld-program.htm>>.

Veuillez noter que ce document n'est qu'une discussion préliminaire. Les candidats potentiels ne doivent pas se baser sur les détails énoncés dans le programme des nouveaux gTLD, car celui-ci peut faire l'objet de futures consultations et révisions.

## Environnement actuel

Le 5 novembre 2010, l'ICANN a adopté une résolution (#2010.11.05.02) <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-05nov10-en.htm>> donnant des instructions au personnel pour incorporer les principes suivants au guide de candidature proposé pour la publication des commentaires du public :

1. L'ICANN n'établira pas de restrictions à la propriété croisée entre les registres et les bureaux d'enregistrement. Les opérateurs de registre sont définis comme l'opérateur de registre et toute autre partie concernée, liée aux services de registre.
2. Les contrats de registre incluront des exigences et des restrictions sur les conduite inappropriées ou abusives liées a la propriété croisée entre registre/bureau d'enregistrement, y compris sans limitations les prévisions qui protègent contre : l'emploi abusif des données ou la violation du code de conduite d'un registre.
- ...
5. L'ICANN sera autorisée à transmettre ces questions aux autorités compétentes.

...

En réponse aux demandes de la communauté et en application de l'affirmation des engagements, l'ICANN a publié des fondements détaillés dans sa décision du 5 novembre 2010. L' [draft of the rationale](#) a été publié le 4 février 2011, et l' [final adopted version of the rationale](#) a été publié le 21 mars 2011.

## Consultation Conseil d'administration - GAC

Le 23 février 2011, le Comité consultatif gouvernemental a présenté la recommandation suivant dans le point #5 de l' [the GAC Scorecard](#):

“Le GAC recommande au Conseil d'administration de l'ICANN de donner des instructions au personnel afin de réaliser des modifications au nouveau contrat de registre proposé dans le but d'établir des restrictions à la propriété croisée entre les registres et les bureaux d'enregistrement dans les cas où l'on déterminerait que le registre a déjà exercé ou est sur le point d'exercer un impact sur le marché. De plus, le GAC recommande au Conseil de l'ICANN de considérer l'absence d'une explication approfondie et raisonnée de sa décision du mois de novembre 2010 pour revenir en arrière sur sa décision du mois de mars 2010 de maintenir 'une séparation stricte des entités qui offrent des services de registre et celles agissant comme bureaux d'enregistrement'

et 'de ne pas autoriser des copropriétés' afin d'être cohérents avec les engagements pris en vertu de l'affirmation des engagements.

Les membres du GAC ont signalé qu'il y avait encore des doutes sur les raisons pour lesquelles le Conseil n'avait pas totalement respecté la résolution approuvée au préalable à Nairobi sur la question de la séparation registre/bureaux d'enregistrement.

Le 4 mars 2011, l'ICANN a publié son [Notes on the GAC Scorecard](#), pour aborder la question de la séparation registre-bureaux d'enregistrement comme suit :

« L'ICANN a demandé de mettre en œuvre un modèle de marché capable d'accroître la concurrence et les opportunités pour l'innovation ainsi que d'élargir le choix des consommateurs pour prévenir des abus dans le cas où le registre pourrait exercer un pouvoir sur le marché. Bien que les restrictions sur la propriété croisée aient été levées, l'ICANN se réserve le droit de transmettre les questions aux autorités compétentes au cas où il existerait des abus de pouvoir apparents sur le marché. Tel que le Conseil l'a décidé au préalable, les contrats de registre incluront des exigences et des restrictions sur toute conduite inappropriée ou abusive liée à la propriété croisée entre registre/bureaux d'enregistrement, y compris sans limitations les prévisions qui protègent contre l'utilisation abusive des données ou les violations au code de conduite d'un registre ».

Le 21 mars 2011, après avoir reçu les commentaires de la fiche de suivi du GAC et compte tenu d'autres commentaires du public, l'ICANN a finalisé ses fondements pour la résolution du 5 novembre et la section décrivant les raisons pour abandonner la résolution précédente a été élargie. La version finale des fondements adoptée a été publiée sur le site Web de l'ICANN sur <http://www.icann.org/en/minutes/rationale-cross-ownership-21mar11-en.pdf>

Le 12 avril 2011, le GAC a transmis son [Comments](#) sur la réponse du Conseil de l'ICANN à la fiche de suivi du GAC. Quant à la question concernant la séparation registres-bureaux d'enregistrement, le GAC a déclaré ce qui suit :

« La réponse du Conseil d'administration est considérée insuffisante par les collègues de certains membres du GAC responsables de la concurrence et des questions ayant trait à l'anti-trust. Ils ont demandé à l'ICANN de fournir des arguments plus solides sur les motifs pour lesquels la proposition du GAC a été rejetée et de dire pourquoi le Conseil d'administration pense que les mesures ex-post sont préférables aux mesures ex-ante pour minimiser les problèmes associés aux comportements anticoncurrentiels.

## Réponse de l'ICANN

Le 15 avril 2011, l'ICANN a publié sa réponse aux commentaires du GAC. La réponse est la suivante :

« L'ICANN a considéré plusieurs options concernant la question de la séparation verticale, y compris l'interdiction globale contre les propriétés croisées par les registres ayant un pouvoir sur le marché. Le problème qui surgit de cette interdiction ex-ante c'est qu'elle est excessivement restrictive ; cela signifie qu'une interdiction de l'intégration verticale basée sur le pouvoir du marché veut dire empêcher tout simplement les consommateurs de jouir des bénéfices concurrentiels d'une propriété croisée. Depuis la perspective des intérêts du consommateur, une meilleure approche serait celle de favoriser l'intégration verticale plutôt que de transmettre les dispositions potentiellement suspectes aux autorités d'application compétentes qui pourront prendre des mesures si l'évaluation ex-post de l'expert déterminait que cela est approprié. Ceci est particulièrement important parce qu'il est difficile de mesurer avec précision le pouvoir du marché. La définition du marché ainsi que l'évaluation du pouvoir sur le marché sont des questions litigieuses dans la plupart des cas antitrust qui, bien souvent, doivent faire l'objet d'analyses économiques et économétriques compliquées. Les parts de marché peuvent être utilisées comme un proxy, mais les autorités antitrust du monde entier reconnaissent qu'il s'agit d'un proxy imparfait. De plus, il existe plusieurs manières de mesurer les parts de marché. La délégation de cette analyse des experts et la détermination post ante des autorités compétentes évite le problème d'exclure ex ante l'intégration verticale bénéfique du point de vue de la concurrence et, en même temps, garantit la protection des consommateurs lorsque les conditions économiques méritent l'intervention de la politique concurrentielle ».

### Fondements de la position de l'ICANN vis-à-vis de la séparation registre-bureau d'enregistrement

L'ICANN s'est engagée à fournir une explication approfondie et raisonnable de ses décisions, les fondements sur lesquels elles reposent ainsi que les sources de données et les informations prises en compte par l'ICANN. Le document final de 17 pages sur les fondements concernant la séparation registre-bureaux d'enregistrement est publié sur le site de l'ICANN à l'adresse <http://www.icann.org/en/minutes/rationale-cross-ownership-21mar11-en.pdf>.

Le fondement inclut :

- une section détaillée sur « l'histoire des considérations du Conseil d'administration concernant la propriété croisée »,
- un résumé des « Principales propositions sur la propriété croisée considérées par le Conseil »
- les raisons principales justifiant l'adoption de la résolution du 5 novembre 2010, et
- les raisons pour le changement de l'ébauche de résolution du Conseil d'administration adoptée en mars 2010 à Nairobi.

Ce qui suit est un extrait (Section III.G) des fondements adoptés :

***Les raisons pour lesquelles le Conseil d'administration a permis la propriété croisée sous certaines circonstances***

Certains membres de la communauté ont suggéré que la résolution du Conseil du 5 novembre 2010 concernant la propriété croisée registre-bureau d'enregistrement était une volte-face totale de la position manifestée par le Conseil, à Nairobi, à ce sujet. Cependant, la position par défaut adoptée à Nairobi ne doit pas être considérée comme la position finale du Conseil au sujet de la propriété croisée. Tel que signalé ci-dessus, la résolution du Conseil à Nairobi n'était qu'une ébauche. Le Conseil souhaitait qu'une prise de position extrême vis-à-vis de la propriété croisée puisse aider la communauté à arriver à un consensus sur la question de la propriété croisée des registres-bureaux d'enregistrement pouvant bénéficier toutes les parties concernées.

Dans la quatrième version du Guide de Candidature, le Conseil a clairement signalé que la résolution de Nairobi n'était pas définitive. En fait, la version préliminaire du Guide de candidature incluait une remarque disant que le Conseil encourageait le GNSO à recommander une politique sur cette question et que le Conseil réviserait encore une fois la problématique de la propriété croisée au cas où le GNSO ne présenterait pas de recommandations dans les délais prévus pour le lancement du nouveau programme gTLD. (Voir <http://www.icann.org/en/topics/new-gtlds/draft-agreement-specs-clean-12nov10-en.pdf>.) à la page 5 (italique ajoutée)

Lors de la retraite du Conseil d'administration en septembre 2010, le GNSO n'est pas parvenu à développer une politique de consensus sur la propriété croisée. Alors, le Conseil a demandé au GNSO de définir un

consensus possible (<http://icann.org/en/minutes/resolutions-25sep10-en.htm> - 2.11). Le 8 octobre 2010, le GNSO a informé le Conseil qu'il ne pouvait pas atteindre un consensus (<http://gns0.icann.org/mailling-lists/archives/council/msg09754.html>.) En conséquence, le Conseil a dû faire une détermination de la propriété croisée, au moins pour la première série du nouveau programme gTLD, et a traité le sujet lors de sa retraite en novembre 2010.

À Trondheim, le Conseil d'administration a signalé qu' « on disposait de six mois à partir de la réunion de Nairobi pour considérer la question [de la propriété croisée], y compris la considération des délibérations du groupe de travail GNSO VI et les commentaires de la communauté lors de la réunion de Bruxelles en juin 2010 » Voir <http://www.icann.org/en/minutes/minutes-05aug10-en.htm>. Le Conseil a ensuite établi que, pour prendre sa décision, il « a considéré de manière approfondie les analyses économiques disponibles, l'avis légal et les avis de la communauté ».

Pendant les délibérations sur la propriété croisée, le Conseil a considéré de multiples raisons pour voter en faveur de la résolution du mois de novembre. Tel que signalé ci-dessus, le Conseil a pris en compte toute l'information contenue dans chacune des propositions de la communauté ainsi que les analyses économiques indépendantes, les consultations publiques, les forums de commentaires du public et les documents fournis par le Conseil pendant le processus de prise de décision. Compte tenu des nombreux documents et discussions, le Conseil a pris sa décision reflétée dans la résolution du 5 novembre 2010 pour les raisons suivantes :

- Aucune des propositions présentées par le GNSO ne montre une opinion unanime ; suite à cela, le Conseil a soutenu un modèle basé sur sa propre investigation factuelle, sur les analyses des experts et sur les préoccupations manifestées par les parties prenantes et la communauté.
- La mission et la position de l'ICANN doivent se concentrer à créer davantage de concurrence au lieu d'avoir des règles limitant la concurrence et l'innovation.
- Les règles permettant la propriété croisée encouragent une plus grande diversité des modèles d'affaires et améliorent les opportunités offertes par les nouveaux TLD.

- Les règles visant à interdire la propriété croisée et pouvant être facilement contournées nécessiteront une mise en application plus soignée .
- Les règles qui permettent la propriété croisée augmenteront l'efficience et apporteront certainement des avantages aux consommateurs par le biais de prix plus réduits et de meilleurs services.
- Si l'on empêchait la propriété croisée, l'ICANN serait davantage exposé à des poursuites judiciaires, y compris les poursuites antitrust, très chères à défendre même si l'ICANN croit (comme c'est le cas) qu'il n'y a pas de risque pour ce genre de litiges.
- Le nouveau Code de conduite, qui fait partie de l'accord de base pour tous les nouveaux gTLD, comprend des protections adéquates pour les conduites que le Conseil veut décourager, y compris les abus de données et le pouvoir sur le marché. Les outils de protection de données améliorent la protection des données, y compris les audits, les pénalités contractuelles comme la résiliation du contrat, les dommages et intérêts et les coûts d'exécution ainsi que la ferme application des règles. Par contre, les règles de construction du marché peuvent être contournées et peuvent aussi provoquer d'autres maux.
- La renégociation au cas par cas des contrats existants pour introduire les nouvelles règles de propriété croisée permettront à l'ICANN d'aborder contractuellement le risque d'abus de pouvoir sur le marché.
- Au cas où l'ICANN aurait des problèmes liés à la concurrence, l'ICANN devra avoir la compétence pour transmettre ces problèmes aux autorités antitrust compétentes.
- L'ICANN peut modifier les contrats pour attaquer tout préjudice pouvant se produire comme résultat direct ou indirect des nouvelles règles de propriété croisée.