

Version préliminaire du 18 mars 2011 de l'argumentaire relatif à l'approbation du contrat de registre avec l'ICM pour le STLD .XXX

Ce document a été traduit dans plusieurs langues dans un but purement informatif. Le texte original faisant foi (en anglais) peut être consulté sur : <http://www.icann.org/en/minutes/draft-icm-rationale-18mar11-en.pdf>

Remarque : cette version préliminaire de l'Argumentaire est présentée avec les résolutions approuvées de la réunion du 18 mars. La version préliminaire n'est pas définitive tant qu'elle n'a pas été approuvée avec les procès verbaux de la réunion du Conseil.

I. RÉSUMÉ EXÉCUTIF

La question des sTLD .XXX soulève des débats au sein de l'ICANN depuis de nombreuses années. Peu après l'introduction en 2004 de la requête de propositions (RFP) pour les sTLD, le Conseil d'administration de l'ICANN a présidé un grand nombre de discussions et de décisions concernant la candidature du Registre ICM. La communauté ICANN s'est également engagée dans un long débat sur cette question, qui à elle seule a suscité le plus grand volume de commentaires jamais reçus par l'ICANN. L'examen des sTLD .XXX a mis à rude épreuve la résilience de l'ICANN et son engagement à l'égard de ses mécanismes de responsabilité. Il a également soulevé la question de la prise en compte et de la mise en œuvre des recommandations du Comité Consultatif Gouvernemental (GAC).

Le Conseil d'administration remercie tous ceux qui ont contribué, par le biais de leurs commentaires et de leurs idées, à l'examen de la candidature du Registre ICM. Le Conseil tient à remercier tout particulièrement le GAC pour son temps ainsi que pour l'engagement et le dévouement dont il a su faire preuve durant ces six années de participation au processus de consultation pour la prise en compte de ses recommandations. La décision du Conseil d'administration s'écarte de certains des conseils formulés par le GAC. Cette décision, prise avec le plus grand soin, fait suite à un examen minutieux qui a cherché à bien comprendre les recommandations du GAC ainsi que les conséquences de leur mise en œuvre.

Cette décision établit un équilibre délicat et difficile entre les positions autant favorables que défavorables de l'ensemble de la communauté à l'égard du contrat de registre, et le souci de se conformer à un processus correct et bien étayé. La mise en place inaugurale d'une révision indépendante (IRP) de la candidature de l'ICM ainsi que la question de savoir comment examiner les résultats de cette révision se sont avérées difficiles pour l'ICANN à bien des égards. Or, la décision qui en a résulté est bien le fruit d'un examen approfondi et d'un vaste débat.

Le Conseil d'administration a décidé d'approuver la candidature de l'ICM et de conclure avec cette société un Contrat de registre pour les sTLD .XXX, dont la forme sera presque identique à celle de la version publiée en ligne dans le forum de commentaires du public, en août 2010. L'ICM a respecté les critères commerciaux et techniques établis en 2004. En outre, le Comité indépendant de révision (IRP) a considéré que le Conseil d'administration avait également déterminé que l'ICM satisfaisait les critères de parrainage établis en 2004. L'ICANN justifie en détail ci-dessous dans quelle mesure

cette décision est conforme aux recommandations du GAC ou explique les raisons qui l'ont poussé à s'en écarter. Le Conseil d'administration présente également ses conclusions par rapport à d'autres commentaires et fournit d'autres explications pour soutenir l'approbation du contrat de registre.

II. EVALUATION DE LA CANDIDATURE DE L'ICM POUR LE sTLD .XXX

A. Evaluation de la candidature pour les sTLD

Un appel à candidatures pour des TLD sponsorisés (ou « sTLD » par opposition à un gTLD non sponsorisé) a été lancé en décembre 2003, dans le cadre de la mission de l'ICANN d'encourager le choix, la confiance du consommateur et la concurrence dans le marché des systèmes de noms de domaine (DNS).

Le 14 mars 2004, l'ICM a soumis sa proposition pour un sTLD .XXX, tout en signalant que sa candidature serait parrainée par la Fondation Internationale pour la responsabilité en ligne (IFFOR), qui serait chargée de superviser l'élaboration des politiques. La « communauté sponsorisée » était définie comme la « communauté du divertissement en ligne pour adultes », décrite plus loin comme « l'ensemble d'individus, de commerces et d'entités fournissant des informations, des services ou des produits à caractère sexuel, destinés à des adultes consentants ou à la communauté elle-même ».

Les candidatures pour les sTLD de la session 2004 ont été examinées par trois Comités d'évaluation différents, chargés de vérifier leur conformité aux critères établis dans la requête de propositions. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/PostAppD.pdf>. Les trois comités indépendants d'évaluation étaient : (i) le Comité technique ; (ii) le Comité commercial/financier ; et (iii) le Comité de parrainage et autres questions (« Parrainage »). Ce dernier comité a évalué la documentation relative au parrainage et ainsi que la notation de la communauté. Pour ce faire, il a examiné la définition de la communauté du TLD sponsorisé, les preuves de soutien de l'organisation parrainante, la pertinence de l'organisation parrainante et de l'environnement d'élaboration de politiques, et a évalué le degré de soutien de la communauté.

Les Comités indépendants d'évaluation de l'ICANN ont examiné la candidature de l'ICM au cours de l'année 2004. Autant le Comité commercial et financier que le Comité technique ont trouvé que l'ICM remplissait toutes les conditions exigées pour ces catégories. Le Comité de parrainage a toutefois considéré que la candidature de l'ICM ne satisfaisait pas les critères de référence en matière de parrainage établis pour les sTLD. Plus particulièrement, sur les dix candidatures aux sTLD, deux seulement ont été considérées par le Comité de parrainage comme répondant à tous les critères de parrainage. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/PostAppD.pdf>.

En ce qui concerne la candidature de l'ICM, le Comité de parrainage : (1) « n'a pas considéré que la candidature .XXX représente une communauté clairement définie » ; (2) a estimé que le manque de cohésion de la communauté et la participation envisagée de groupes d'intérêt consacrés à la défense des enfants et à la liberté d'expression seraient des obstacles à l'élaboration de politiques efficaces pour la communauté ; (3) a jugé

insuffisantes les preuves de soutien de la communauté en dehors des États-Unis ou de la part d'organisations dans le domaine de la protection des enfants, de l'application de la loi et de la liberté d'expression ; et (4) « n'estime pas que la candidature ajoute de la valeur à l'espace des noms de domaine d'Internet. »

Le Conseil d'administration de l'ICANN a décidé d'accorder à l'ICM et aux autres candidats aux sTLD la possibilité de fournir des informations de clarification complémentaires et de répondre à d'autres questions concernant « tout éventuel défaut signalé dans la candidature par l'évaluation indépendante ». L'ICM a fourni des documents supplémentaires d'information focalisés sur des questions liées au parrainage, ainsi que une présentation du sTLD .XXX faite au Conseil d'administration de l'ICANN en date du 3 avril 2005. Le Conseil d'administration a poursuivi les discussions sur la question de savoir si l'ICM satisfaisait les critères de référence établis pour une « communauté sponsorisée ». Les informations complémentaires fournies par l'ICM sont disponibles sur <http://www.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/AppE-30nov05.pdf>.

Le 1 juin 2005, le Conseil d'administration de l'ICANN a autorisé le Président et le Conseil Général de l'ICANN à engager des négociations avec l'ICM sur les dispositions commerciales et techniques proposées dans le cadre d'un contrat de registre pour le sTLD .XXX, dont les conclusions seraient soumises au Conseil d'administration pour approbation. La résolution précise :

Résolu [05.32] que le Conseil d'administration autorise le Président et le Conseil Général à engager des négociations avec le candidat sur les dispositions commerciales et techniques proposées pour le nom de domaine de premier niveau sponsorisé (sTLD) .XXX.

Résolu [05.33] que si à l'issue des négociations avec le candidat du sTLD .XXX le Président et le Conseil Général ont réussi à convenir d'un ensemble de dispositions commerciales et techniques pour l'établissement d'un contrat, lesdites dispositions devront être soumises par le Président à l'approbation du Conseil d'administration, qui devra également donner son autorisation pour la conclusion d'un accord portant sur la délégation du sTLD.

III. NÉGOCIATIONS DU CONTRAT

A. Négociations et débat au sein de la communauté

Malgré des doutes non dissipés et des questions encore en suspens par rapport à la capacité de l'ICM à satisfaire les critères de référence en matière de parrainage, le Conseil d'administration a autorisé l'ICM à engager des négociations du contrat dans l'espoir de voir ses inquiétudes apaisées par le biais de ces négociations et par les dispositions contractuelles qui en résulteraient.

Après la décision prise en 2005, le débat sur la candidature de l'ICM et le contrat proposé s'est encore poursuivi de façon considérable au sein de la communauté. De nombreux forums de commentaires publics ont vu le jour autour des différentes

versions proposées pour le contrat de registre de l'ICM avec, à la clé, des milliers de commentaires ainsi que des lettres individuelles adressées au Conseil d'administration de l'ICANN par des représentants du gouvernement, des fournisseurs de services de divertissement pour adultes et d'autres représentants du public. Le GAC a fait également connaître sa position le 28 mars 2006, à travers son Communiqué de Wellington, où il signalait que les précisions fournies par l'ICANN pour répondre aux inquiétudes soulevées par le Comité indépendant d'évaluation sur la difficulté de l'ICM pour satisfaire les critères de parrainage étaient insuffisantes. Le GAC a également communiqué son opposition à l'introduction du sTLD .XXX. Voir <http://gac.icann.org/web/communiqués/gac24com.pdf>. Après la publication du Communiqué de Wellington, le Conseil d'administration s'est encore penché sur le contrat de registre proposé, tout en instruisant son personnel de bien prendre en considération les inquiétudes du GAC dans la réflexion sur les amendements à recommander pour le contrat de registre sTLD proposé. Voir <http://www.icann.org/minutes/minutes-31mar06.htm>. La participation active du GAC dans le processus a permis au Conseil d'administration et à son personnel de tenir compte de ses inquiétudes, y compris lors des étapes ultérieures de négociation du contrat de registre.

En mars 2006, le Conseil d'administration a voté contre l'approbation du contrat de registre révisé, mais non pas contre la candidature. L'ICM a présenté par la suite une nouvelle version de l'accord, publiée en ligne en 2007 pour être commentée et révisée plus tard à la lumière des commentaires et des discussions du GAC, de la communauté et du Conseil d'administration. En mars 2007, le GAC a sorti le Communiqué de Lisbonne, où il considérait que le Conseil d'administration n'avait pas répondu à ses inquiétudes sur la question de savoir si la candidature de l'ICM satisfaisait les critères de parrainage. Voir <http://gac.icann.org/web/communiqués/gac27com.pdf>.

B. La décision du Conseil d'administration

Le 30 mars 2007, le Conseil d'administration de l'ICANN a voté contre l'adoption de l'accord de registre révisé et contre la candidature de l'ICM pour le sTLD .XXX. Le Conseil d'administration a déterminé que :

- La candidature de l'ICM et le Contrat de registre révisé ne satisfaisaient pas, entre autres, les critères en matière de communauté sponsorisée établis dans la requête de propositions (RFP).
- Sur la base des nombreux commentaires publics reçus et des communiqués du GAC, cet accord soulève des problèmes d'intérêt public.
- La candidature de l'ICM et l'accord révisé n'ont pas lieu d'être approuvés dans la mesure où les interrogations soulevées dans les communiqués du GAC n'y trouvent toujours pas de réponse, et que la réponse fournie par l'ICM ne dissipe pas les inquiétudes du GAC concernant les contenus offensants et passe sous silence la question de la protection des membres les plus vulnérables de la communauté. Le Conseil d'administration considère que ces problèmes d'intérêt public ne peuvent pas être résolus

de manière crédible avec les mécanismes proposés par le candidat.

- Étant donné que les réglementations sur le contenu et les pratiques qui sont au cœur même de la candidature varient dans les différents pays, la candidature de l'ICM soulève des problèmes significatifs en matière de conformité à la loi, qui obligent l'ICANN à assumer une responsabilité à l'égard des contenus et des comportements.
- Le Conseil d'administration est d'accord avec la remarque faite par le GAC dans son communiqué de Lisbonne concernant les scénarios possibles envisagés dans le contrat révisé, susceptibles de mener à des situations où l'ICANN serait forcé de jouer un rôle de gestion et de supervision des contenus d'Internet de plus en plus important, qui est incompatible avec son mandat technique.

Voir <http://www.icann.org/minutes/resolutions-30mar07.htm>.

IV. PROCÉDURE INDÉPENDANTE DE RÉVISION

A. La procédure et la déclaration

Suite au refus de sa candidature par le Conseil d'administration, l'ICM a demandé une révision indépendante des actions du Conseil d'administration, qui a abouti à la mise en place d'une IRP, conformément à l'article IV, section 3 du Règlement de l'ICANN. (Voir <http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm>). Les documents présentés par l'ICM et l'ICANN peuvent être consultés à l'adresse <http://www.icann.org/en/irp/icm-v-icann.htm>. La Requête et le Mémoire sur le fond qui s'en sont suivis prétendent que l'ICANN, en violation des statuts et du règlement :

1. N'a pas suivi la procédure établie pour le refus de la candidature de l'ICM. Plus particulièrement, l'ICM prétend qu'après avoir réussi le processus d'évaluation de la première étape et une fois engagé dans la deuxième étape de négociations du contrat, l'ICANN est revenu de façon irrégulière sur la décision prise à l'issue de la première étape et a déterminé que l'ICM ne satisfaisait pas le critère concernant la « communauté sponsorisée » ;
2. a établi de façon irrégulière de nouveaux critères pour l'évaluation de la candidature de l'ICM. Plus particulièrement, l'ICM prétend que l'ICANN a établi une « nouvelle définition des critères de parrainage » qui excluait soudainement toute communauté auto-ciblée ne bénéficiant pas du soutien universel de tous les membres de la communauté ;
3. n'a pas entamé des négociations de bonne foi avec l'ICM sur le contrat de registre. Plus particulièrement, l'ICM prétend que l'ICANN a retardé à maintes reprises les négociations sur la candidature au sTLD .XXX ; et

4. est allé au-delà de sa mission lors de l'évaluation et du refus de la candidature de l'ICM. Plus particulièrement, l'ICM prétend que l'ICANN s'est penché improprement sur des questions d'« intérêt public » qui dépassent son mandat technique.

L'ICANN a répondu aux réclamations de l'ICM en contestant les prémisses factuelles de la demande, ainsi que la caractérisation faite par l'ICM de la procédure indépendante de révision. Plus particulièrement :

1. L'évaluation de la proposition de l'ICM effectuée par l'ICANN, ainsi que les négociations entre l'ICANN et l'ICM ont été à tout moment ouvertes, transparentes et basées sur la bonne foi.
2. L'ICM savait que sa proposition était controversée et que le Conseil d'administration aurait besoin d'un délai considérable pour évaluer le TLD proposé. L'ICM a même périodiquement demandé au Conseil d'administration de reporter la votation sur la proposition pour fournir des informations supplémentaires destinées à dissiper les inquiétudes exprimées. Le Conseil d'administration a salué et évalué les informations complémentaires présentées par l'ICM.
3. L'ICANN a à tout moment gardé le pouvoir discrétionnaire de refuser la proposition de l'ICM. En aucun moment l'ICANN s'est engagé –contractuellement ou sous toute autre forme- à approuver ladite proposition, l'ICM étant tout à fait au courant de cet état de choses pendant toute la durée de la procédure.
4. Le Règlement de l'ICANN exige au Conseil d'administration de prendre en compte l'avis du GAC en cas de problèmes liés à l'intérêt public.
5. Le Règlement de l'ICANN prévoit qu'une norme de déférence soit appliquée à la Procédure indépendante de révision, notamment en raison de la nature des réclamations de l'ICM. Tant que les discussions du Conseil d'administration auront fait preuve d'ouverture et de transparence, que ses décisions auront été prises de bonne foi et que les parties concernées auront eu l'occasion d'être entendues, il existe une forte présomption que ces décisions ont été appropriées.

Outre les documents d'information, l'ICM et l'ICANN ont fourni des témoignages écrits au Comité IRP composé par trois membres, qui s'est réuni pendant cinq jours en septembre 2009.

Le Comité a fait connaître sa déclaration le 19 février 2010. La déclaration est disponible sur <http://www.icann.org/en/irp/icm-v-icann/irp-panel-declaration-19feb10-en.pdf>. Le point 2.1 de la déclaration consultative du Comité établit notamment ce qui suit :

1. Les conclusions du Comité indépendant de révision revêtent un caractère consultatif ; elles ne sauraient en aucun cas constituer une sentence arbitrale exécutoire.
2. À l'occasion de l'adoption de ses résolutions en date du 1er juin 2005, le Conseil d'administration de l'ICANN a considéré que la candidature du Registre ICM au sTLD .XXX satisfaisait les critères de parrainage.
3. La remise en cause de ce constat par le Conseil d'administration n'est pas conforme à l'application de politiques neutres, objectives et dûment étayées.

Un membre du Comité a émis un avis minoritaire/divergent selon lequel l'ICM n'a jamais satisfait les exigences de parrainage et les critères applicables aux sTLD. Il estimait également que le refus de la candidature de l'ICM par le Conseil d'administration avait fait suite à un jugement rendu sur le fond, dans le cadre d'une démarche ouverte et transparente. L'avis divergent a pourtant souscrit à l'avis de la majorité concernant le caractère non exécutoire de la déclaration.

B. Examen de la déclaration du Comité IRP par le Conseil d'administration

Conformément au Règlement, le Conseil d'administration a examiné la déclaration du Comité IRP à l'occasion de sa réunion du 12 mars 2010. Le Conseil d'administration a signalé que « compte tenu de l'absence d'une procédure pour l'approbation d'un sTLD six ans après la réception de la candidature originale, le Conseil souhaite créer un ensemble transparent de procédures qui pourront faire l'objet des commentaires du public moyennant leur publication en ligne ». Voir <http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-12mar10-en.htm>.

Le 26 mars 2010, une version préliminaire du rapport et des schémas explicatifs décrivant les options proposées par l'ICANN suite à la déclaration de l'IRP sur la candidature de l'ICM au sTLD .XXX ont été publiés dans le forum de commentaires en ligne pour une période de 45 jours, sur le site <http://www.icann.org/en/public-comment/#icm-options-report>. L'ICANN a reçu plus de 13.000 commentaires dans le forum –le plus grand nombre de commentaires jamais reçu sur un même sujet, même si certains ne concernaient pas le fond du document sur le choix des procédures proposées. Un document contenant la synthèse et l'analyse de ces commentaires a été remis au Conseil d'administration pour qu'il considère les actions à mettre en place sur la base de la déclaration du Comité. Le document de synthèse et d'analyse des commentaires est disponible sur <http://forum.icann.org/lists/icm-options-report/msg13297.html>.

Lors de sa réunion du 25 juin 2010 à Bruxelles, le Conseil d'administration a déterminé la démarche à suivre pour examiner la déclaration du Comité IRP. Il a également résolu d' « agir conformément aux constats ci-dessous, présentés par la majorité des membres du Comité indépendant de révision : (i) 'À l'occasion de l'adoption de ses résolutions en date du 1er juin 2005, le Conseil d'administration de l'ICANN a considéré que la candidature du Registre ICM au sTLD .XXX satisfaisait les

critères de parrainage' et (ii) 'La remise en cause de ce constat par le Conseil d'administration n'est pas conforme à l'application de politiques neutres, objectives et dûment étayées.' » Voir <http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-25jun10-en.htm#5>. Voir <http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-25jun10-en.htm#5>.

Par conséquent, le Conseil d'administration accepte formellement que la votation de juin 2005 constitue la décision du Conseil en vertu de laquelle l'ICM satisfait tous les critères établis dans la requête de propositions pour les sTLD, y compris les critères techniques, commerciaux /financiers et les critères de parrainage.

IV. CONFORMITÉ À L'IRP

A. Quelles parties intéressées ou autres ont été consultées?

1. Le candidat, ICM Registry, LLC
2. Le Comité consultatif gouvernemental
3. Le conseiller juridique / département juridique
4. Toutes les autres parties intéressées et les membres de la communauté, par le biais du forum de commentaires et d'autres méthodes de participation.

B. Diligence raisonnable, négociation du contrat, commentaires du public

En juin 2010, suite à sa décision d'agir conformément aux sections pertinentes de la Déclaration du Comité indépendant de révision (IRP), le Conseil d'administration a chargé son personnel de « mettre en place une diligence raisonnable accélérée en vue de déterminer : (1) la candidature du registre ICM est toujours valable et (2) il n'y a aucun changement dans les qualifications ICM ». Voir <http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-25jun10-en.htm#5>.

Le personnel de l'ICANN a mené la diligence raisonnable accélérée, qui a aussi comporté la demande et réception de documents de l'ICM, ainsi que la tenue de conférences téléphoniques, de réunions en tête à tête et des visioconférences avec les représentants de l'ICM. La diligence raisonnable accélérée a démontré que la candidature de l'ICM était toujours de mise et qu'il n'y avait pas eu de changements négatifs dans les qualifications de l'ICM.

L'ICM a aussi remis à l'ICANN une nouvelle proposition d'accord de registre comportant des dispositions complémentaires, des exigences et des sauvegardes destinées à répondre aux questions soulevées par le GAC et par d'autres membres de la communauté concernant le précédent contrat. Pendant la phase de diligence raisonnable, l'ICM a aussi fourni des documents expliquant comment l'organisation parrainante, la Fondation internationale pour la responsabilité en ligne (IFFOR), allait travailler et qui y participerait. Des informations complémentaires sur la prise en compte des questions soulevées par le GAC dans la documentation de la diligence raisonnable et le contrat de registre proposé sont incluses ci-dessous.

En août 2010, le Conseil d'administration de l'ICANN a autorisé son personnel à publier en ligne et à soumettre aux commentaires du public la documentation en faveur de l'ICM issue de la diligence raisonnable, ainsi que la proposition de contrat de registre pour le sTLD .XXX. Le Conseil d'administration a aussi demandé au personnel de lui faire parvenir un document de synthèse et d'analyse desdits commentaires, accompagné d'une recommandation pour savoir si la proposition de contrat de registre pour le sTLD .XXX est conforme aux recommandations du GAC. Voir <http://www.icann.org/en/minutes/minutes-05aug10-en.htm>. Le matériel fourni par l'ICM peut être consulté à l'adresse <http://www.icann.org/en/public-comment/#xxx-revised-icm-agreement>. Plus de 700 commentaires ont été reçus.

Tel qu'il a été signalé dans le document d'analyse et de synthèse des commentaires, disponible sur le site <http://forum.icann.org/lists/xxx-revised-icm-agreement/msg00723.html>, plus de 50% des remarques soutenaient la conclusion de l'accord .XXX, même si la plupart des commentaires ne concernaient pas le fond du contrat de registre. La question la plus fréquente associée aux commentaires opposés à l'accord concernait la communauté sponsorisée définie dans le contrat de registre. Un grand nombre de ces commentaires mettaient en cause la pertinence de la définition et la véracité du soutien de la communauté sponsorisée, tout en se demandant si l'ICM comptait sur des informations de pré-enregistrement pour étayer ce soutien. Un autre thème majeur abordé dans les commentaires concerne la transparence des informations disponibles, y compris des demandes de publication des noms des membres du Conseil d'administration de l'IFFOR, ainsi que l'identification de ceux qui intégreraient le Conseil chargé des politiques de l'IFFOR. Les commentaires ont également signalé le manque de définitions par rapport aux politiques de l'IFFOR.

C. Recommandations du GAC

Outre l'analyse des commentaires du public, l'ICANN devait se pencher sur la recommandation émise par le GAC sur le contrat de registre proposé par l'ICM pour .XXX. Lors de la réunion du Conseil du 28 octobre 2010, le personnel de l'ICANN a remis au Conseil sa recommandation concernant la conformité ou non du contrat de registre aux conseils du GAC. Trois domaines susceptibles d'entrer en conflit avec les recommandations du GAC ont été identifiés dans le contrat de registre proposé, le reste du document contenant des sauvegardes en nombre suffisant pour répondre aux inquiétudes précédentes du GAC. Un tableau avec les points identifiés comme potentiellement conflictuels est disponible sur <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/icm-gac-advice-chart-28oct10-en.pdf>. Le 10 décembre 2010, le Conseil a exprimé son accord avec l'évaluation identifiant les potentiels conflits avec les recommandations du GAC et a demandé au personnel de l'ICANN de communiquer ces conclusions au GAC. En plus du tableau avec les points conflictuels, un document a été soumis à la considération du GAC, où est clairement exposée la position du Conseil d'administration à l'égard de la recommandation du GAC. Ce document de prise de position, disponible sur le site <http://www.icann.org/en/correspondence/jeffrey-to-to-dryden-10feb11-en.pdf> explique les raisons qui ont amené le Conseil d'administration à considérer que l'accord de registre proposé répond à un grand nombre des questions soulevées par le GAC dans les versions précédentes de l'accord.

Le 16 mars 2011, préalablement à la tenue d'une réunion de consultation face à face avec le GAC à propos du Règlement, le GAC a remis au Conseil d'administration de l'ICANN une lettre contenant d'autres recommandations sur la candidature de l'ICM, à savoir :

- Le GAC ne soutient pas activement l'introduction d'un TLD .xxx
- Alors qu'il y a des membres qui ne se prononcent ni pour ni contre l'introduction d'un TLD .xxx, il y en a pourtant d'autres qui s'y opposent catégoriquement pour des raisons d'intérêt public.

Le GAC a également indiqué que « le GAC souhaiterait informer le Conseil d'administration de l'ICANN que l'introduction d'un TLD .xxx au niveau de la racine pourrait aboutir à l'interdiction de l'accès à ces TLD par certains gouvernements. Par conséquent, le GAC attire l'attention du Conseil d'administration sur les réserves exprimées par les experts, qui considèrent qu'une telle démarche comporte une menace /risque potentiel pour la résolubilité universelle et la stabilité du DNS. »

Le GAC achevait sa lettre en indiquant :

- Le GAC considère que les informations fournies par le Conseil d'administration ne suffisent pas à dissiper ses doutes concernant la conformité de la candidature de l'ICM aux critères de parrainage.
- Le GAC partage les inquiétudes exprimés par d'autres concernant le rôle de gestion et de supervision des contenus d'Internet que l'ICANN pourrait être amené à jouer dans le cadre de la version révisée du contrat de registre entre l'ICANN et l'ICM, incompatible avec son mandat technique.

V. APPROBATION DE LA CANDIDATURE AU sTLD .XXX ET DU CONTRAT DE REGISTRE

A. La candidature de l'ICM satisfait tous les critères établis pour les sTLD

La décision de l'ICANN d'approuver la candidature de l'ICM et de conclure un contrat de registre pour le sTLD .XXX repose sur le fait que les critères ont été ou sont réputés avoir été satisfaits. Comme indiqué par le Comité indépendant d'évaluation, l'ICM a satisfait les critères techniques et commerciaux/financiers en 2004 ; ce constat n'ayant jamais été mis en cause. En outre, comme indiqué ci-dessus, le Comité IRP a déclaré que le Conseil d'administration avait considéré que l'ICM satisfaisait les critères de parrainage. En juin 2010, le Conseil d'administration a décidé d'agir conformément à la déclaration du Comité IRP. La diligence raisonnable accélérée menée par le personnel de l'ICANN en juillet et août 2010 a confirmé que la candidature de l'ICM est toujours de mise et qu'il n'y a pas eu de changements négatifs dans les qualifications de l'ICM basées sur ces critères.

Le respect de la procédure établie dans la session 2004 de candidatures aux sTLD est un élément clé pour garantir l'obligation de responsabilité de l'ICANN et de ses procédures. En effet, le refus initial par le Conseil d'administration de la candidature de l'ICM et du contrat de registre résultant a été contesté par le biais d'un des mécanismes

de responsabilité de l'ICANN, à l'issue duquel il a été déterminé que l'ICM avait précédemment satisfait tous les critères nécessaires pour réussir sa candidature au sTLD .XXX. Engagé à s'acquitter de son obligation de responsabilité à l'égard de la communauté, l'ICANN respectera les résultats du mécanisme ayant mis en cause sa responsabilité, dans l'intérêt public. L'ICANN s'engage à obéir toute décision en l'espèce, dans la mesure où elle ne porte pas préjudice à sa mission.

Le Conseil d'administration dispose d'amples pouvoirs discrétionnaires pour faire valoir sa responsabilité, comme indiqué dans la *business judgment rule* (la règle du bon sens des affaires). Il s'agit de la norme appliquée par les tribunaux de la Californie pour décider si un directeur, agissant sans aucun intérêt financier dans ses décisions, satisfait les exigences en matière de comportement prudent imposées par le Code des sociétés de la Californie. Voir *Gaillard v. Natomas Co.*, (1989) 208 CA3d 1250, 1264. La Section 309 du Code des Sociétés de la Californie établit que la *business judgment rule* prévoit qu'un directeur doit agir « de bonne foi, veillant à sauvegarder les intérêts de la société et de ses actionnaires et faisant preuve de prudence, y compris dans la mise en place d'enquêtes raisonnables, à l'instar de ce que ferait toute personne prudente à sa place et dans des circonstances semblables », Code des sociétés de la Californie § 309(a) ; voir aussi *Lee vs. Interinsurance Exch.*, (1996) 50 CA4th 694, 714.

B. Le contrat de registre proposé est conforme aux recommandations du GAC.

Eu égard à la situation actuelle de la candidature, le moment était venu pour le personnel d'entamer des négociations avec l'ICM par rapport au contrat. Sur la base de la version 2007 du contrat de registre, l'ICM en a proposé une autre version qui inclut des dispositions destinées à répondre aux inquiétudes exprimées par le GAC et la communauté concernant des versions précédentes du contrat de registre.

Dans le Communiqué de Wellington, le GAC avait identifié quatre aspects liés aux politiques publiques à inclure dans le contrat de registre proposé et avait demandé des précisions par rapport à la façon dont ils allaient être pris en compte dans le contrat de registre .XXX. Une grande partie des questions soulevées par le GAC étaient en ligne avec les inquiétudes exprimées par l'ensemble de la communauté par rapport au sTLD .XXX, si bien que leur prise en compte sert à répondre non seulement aux recommandations du GAC mais aussi aux commentaires formulés par la communauté. C'est par exemple le cas des dispositions introduites par l'ICM pour aborder la question des restrictions à l'accès à des contenus illégaux, la protection des membres de la communauté les plus vulnérables et le renforcement des mécanismes de protection des marques déposées et des droits à la propriété intellectuelle, autant d'aspects qui répondent aux préoccupations du GAC et à celles de l'ensemble de la communauté.

Le Communiqué de Wellington signalait que le contrat de registre doit inclure « des dispositions à caractère exécutoire couvrant l'ensemble des engagements du Registre ICM » qui :

- « prévoient des mesures appropriées pour restreindre l'accès à des contenus illégaux ou offensifs » ;

- « soutiennent la mise en place d'outils et de programmes destinés à protéger les membres vulnérables de la communauté » ;
- « exigent le maintien d'informations précises et détaillées sur les registrants et prévoient la collaboration avec les organismes d'application de la loi pour identifier et contacter les propriétaires de certains sites Web, le cas échéant » ; et
- « veillent à la protection des droits sur la propriété intellectuelle et sur les marques déposées, ainsi qu'à la protection des noms personnels, des noms de pays, des noms importants du point de vue historique, culturel et religieux, et des noms d'identifiants géographiques, puisant dans les meilleures pratiques pour l'élaboration des règles d'enregistrement et d'éligibilité.

Le Conseil d'administration considère que chacun des quatre aspects ci-dessus est correctement abordé dans la version du contrat de registre proposée. Les détails de la discussion inclus ci-dessous sont en ligne avec la demande formulée par le GAC à l'ICANN « de confirmer que le contrat proposé inclut des dispositions à caractère exécutoire couvrant tous les engagements du Registre ICM. » Voir Communiqué de Wellington.

Dans sa lettre du 16 mars 2011 au Conseil d'Administration et lors de la réunion de consultation entre le Conseil et le GAC tenue le 17 mars 2011, le GAC n'a pas objecté cette confirmation, ratifiant ainsi que le contrat de registre tient bien compte de ses recommandations.

1. Le Contrat de registre inclut des mesures appropriées pour restreindre l'accès à des contenus illégaux ou offensifs.

Le Conseil d'administration considère que le contrat de registre proposé comporte des dispositions adéquates pour restreindre l'accès à des contenus illégaux ou offensifs. Ces dispositions figurent dans l'Annexe S du contrat de registre, disponible à l'adresse <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/proposed-xxx-agmt-appendix-s-clean-23aug10-en.pdf>. Voici quelques unes des dispositions qui permettent au Conseil d'administration de considérer que le problème de l'accès aux contenus illégaux ou offensifs a été bien pris en compte :

- Le point 1.2 oblige l'ICM à « promouvoir la mise en place et l'adoption de pratiques commerciales responsables, conçues pour lutter contre la pornographie infantile, faciliter le choix des utilisateurs et le contrôle parental de l'accès aux contenus. »
- Le point 5, à la page 9 de l'Annexe, fournit une description de la procédure de sélection du bureau d'enregistrement, qui prévoit que ceux-ci démontrent « avoir compris les principes et les intentions qui sous-tendent les politiques d'enregistrement .xxx » (Item II) ; « (posséder) la volonté et la capacité de diffuser et d'appliquer des politiques en matière de sTLD (...) .. conformément aux principes et aux procédures

préconisées par l'opérateur de registre » (Item IV) ; et « (avoir mis en place) des systèmes conçus pour empêcher la présentation de candidatures clairement inappropriées » (Item VII).

- La page 20 du document joint en Annexe 1 inclut une liste de produits, dont le « .xxxlock », un « service destiné à permettre aux registrants d'éviter des modifications, des transferts ou des éliminations de noms de domaine sans l'autorisation explicite du registrant. Le service vise principalement à empêcher des détournements malveillants de domaine ainsi que des erreurs de transfert de domaine ». La protection anticipée contre les comportements malveillants contribue à réduire le risque de détournement de noms de domaine, qui peut à son tour entraîner la publication de contenus illégaux ou offensifs.
- La page 21 du document 1 joint en Annexe inclut une spécification proposant des services de certification numérique, pour lesquels les registrants doivent « fournir des antécédents appropriés permettant de vérifier leurs organisations et leur droit d'utilisation du nom de domaine .xxx ». Les certificats garantissent aux utilisateurs finaux des sites Web un niveau de confiance plus élevé, assurent la protection de la vie privée et proposent des mécanismes sécurisés pour toute transaction financière en ligne. »

Ces dispositions établissent des exigences claires par rapport à la validation des registrants. L'ICM a également fourni des informations concernant l'Accord sur le Système de Vérification, qui stipule l'obligation pour le registrant de présenter et d'assurer sa conformité aux politiques et aux meilleures pratiques de l'organisation parrainante, de ne pas vendre ou échanger son certificat ainsi que de tenir à jour ses coordonnées de contact et de rester soumis à une politique de disqualification. Le registre conserve également le droit d'arrêter l'utilisation d'un nom de domaine en dehors d'une procédure UDRP. L'Accord sur le système de vérification, que l'on peut consulter sur le site <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/terms-for-verification-credentials-contract-26jul10-en.pdf>, inclut aussi une disposition stipulant que le registrant est tenu de se conformer aux lois et aux réglementations applicables en la matière. Ce système de vérification réduit les probabilités qu'un nom de domaine .xxx soit enregistré et par la suite cédé ou vendu à un tiers qui ne respectera les politiques et les exigences du registre.

La page 20 du document 1 joint en Annexe S décrit le service « xxxProxy », c'est à dire, un service mis en œuvre via des agents d'intermédiation autorisés. « Lorsqu'un registrant choisit ce service, l'identité réelle vérifiée du registrant sera aussi enregistrée dans la base de données d'authentification du registre ». Cette obligation pour les fournisseurs de services d'intermédiation d'obtenir une autorisation ainsi que les accords concernant le stockage d'informations sur l'identité du registrant pousseraient à croire que tous les registrants respecteraient les politiques sTLD, dans la mesure où ils ne pourraient plus cacher leur identité au Registre.

L'incorporation de spécifications complémentaires sur d'autres types de contenus « offensifs » obligerait l'ICANN à jouer un rôle de gestionnaire de contenus.

2. Les dispositions du Contrat de registre soutiennent la mise en place d'outils et de programmes destinés à protéger les membres vulnérables de la communauté.

Comme signalé ci-dessus, l'Annexe S inclut l'obligation pour l'ICM de promouvoir la mise en place et l'adoption de pratiques commerciales responsables, conçues pour lutter contre la pornographie infantile, faciliter le choix des utilisateurs et le contrôle parental de l'accès aux contenus. En outre, l'ICM assume au titre de l'autorité d'élaboration de politiques l'obligation « de veiller à la sécurité des enfants et d'empêcher l'abus d'images infantiles dans le cadre des dispositions et conditions pour le sTLD .XXX ». <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/iffor-responsibilities-obligations-20jul10-en.pdf>.

La documentation issue de la diligence raisonnable –y compris l'identification des responsabilités et des obligations de l'ICM et de l'IFFOR- prouve l'engagement vis-à-vis de l'adoption des meilleures pratiques dans le domaine de la protection des enfants en ligne, la lutte contre la diffusion d'images pédopornographiques, l'interdiction du mauvais usage des informations à caractère personnel, la défense de la clarté et de la précision dans les informations communiquées aux consommateurs et l'interdiction de pratiques commerciales trompeuses. *Voir* <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/iffor-responsibilities-obligations-20jul10-en.pdf>.

L'organisation parrainante (IFFOR) assumera spécifiquement cette responsabilité au titre de son accord avec l'ICM, y compris la mission de « promouvoir la mise en place et l'adoption de pratiques commerciales responsables, conçues pour lutter contre la pornographie infantile, faciliter le choix des utilisateurs et le contrôle parental de l'accès aux divertissements pour adultes en ligne » (page 1) ; et d'établir des meilleures pratiques en vue de « protéger les enfants en ligne et lutter contre la pédopornographie (et) mettre en place des approches novatrices pour réduire le nombre d'enfants exposés à des divertissements pour adultes en ligne. » (Page 4). L'accord IFFOR/ICM est disponible pour consultation sur le site <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/iffor-sponsoring-organization-agreement-26jul10-en.pdf>. En outre, le Conseil des politiques de l'IFFOR inclura un Défenseur de l'enfance parmi ses membres. <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/appendix-d-iffor-organizational-chart-26jul10-en.pdf>.

L'ICM a fourni du matériel décrivant un Système de notification de conformité robuste, qui facilitera –avec la participation de l'IFFOR- la saisine des autorités compétentes en cas de plaintes concernant la diffusion d'images pédopornographiques ou autres. L'ICM s'engage à « suivre la téléassistance et/ou les indications prévues par les mécanismes d'application de la loi pour la prise en charge de ces plaintes ». Le Système de notification de conformité est décrit sur <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/appendix-c-compliance-reporting-system-26jul10-en.pdf>.

L'Annexe S inclut aussi une disposition prévoyant le recours à une procédure de cessation rapide en cas d'abus d'enregistrement, y compris l'enregistrement non autorisé de noms personnels. Le service de cessation rapide est décrit à la page 20 du document joint 1. Les dispositions du registre sont complétées par la Politique du

registre ICM relative à la prévention de l'abus d'enregistrement, disponible sur le site <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/preventing-abusive-registrations-20jul10-en.pdf>.

3. Les dispositions du Contrat de registre exigent le maintien d'informations détaillées et précises sur les registrants et prévoient la collaboration avec les organismes d'application de la loi pour identifier et contacter, le cas échéant, les propriétaires de certains sites Web.

L'Annexe 5 (page 48) du contrat de registre exige au registre la disponibilité des données Whois. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/proposed-xxx-agmt-clean-23aug10-en.pdf>. Cette exigence est complétée par l'Annexe S du contrat de registre qui, dans sa partie 6, à la page 6, prévoit des mécanismes de protection de la vie privée pour les données supplémentaires associées à l'enregistrement (page 12), ainsi que l'obligation de mettre en place une consultation de données du Whois à partir de plusieurs points d'information. Le service « xxxProxy » décrit ci-dessus, exige « que l'identité réelle vérifiée du registrant soit aussi stockée dans la base de données d'authentification du registre », même si le registrant choisit d'utiliser un service de protection de la vie privée (Annexe S, page 20).

Le système de vérification de l'ICM, qui impose des exigences pour l'utilisation de sites Web et la mise à jour des informations d'enregistrement, et le Système de notification de conformité évoqué ci-dessus, sont autant de sauvegardes destinées à assurer la disponibilité des coordonnées de contact des registrants.

4. Les dispositions du contrat de registre assurent la protection des droits sur les marques déposées et sur la propriété intellectuelle, ainsi que la protection des noms personnels, des noms de pays, des noms importants du point de vue historique, culturel et religieux et des noms d'identifiants géographiques, puisant dans les meilleures pratiques pour l'élaboration des règles d'enregistrement et d'éligibilité.

Le contrat de registre comporte un grand nombre de protections contre l'abus d'enregistrement qui ne figurent dans aucun autre registre à l'heure actuelle. L'ICM établit également une Politique de Registre ICM pour la prévention de l'abus d'enregistrement qui inclut « des revendications de marque dans le droit commun, des noms personnels, (et) des termes culturels ou religieux » parmi les types de termes pouvant bénéficier de protections spéciales dans le registre. Ceci inclut la création d'un mécanisme en vertu duquel le GAC et/ou le gouvernement de n'importe quel pays peuvent réserver des noms qui coïncident avec des mots revêtant une importance culturelle et/ou religieuse. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/preventing-abusive-registrations-20jul10-en.pdf>.

L'Annexe 6 du contrat de registre contient une liste de noms réservés, conformément aux exigences en matière de réservation pour les registres, y compris l'interdiction de réservations de noms à deux caractères et de noms géographiques et

géopolitiques listés dans la norme ISO 3166, en anglais et dans toutes les langues officielles. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/proposed-xxx-agmt-clean-23aug10-en.pdf> à la page 56.

L'Annexe S du contrat de registre prévoit une procédure d'opposition à des enregistrements préliminaires de marques, qui permet aux personnes ayant posé une revendication de propriété intellectuelle de contester les enregistrements (page 19) ; un service de « Protection IP » pour permettre aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle de désigner des enregistrements de noms de domaine non résolus et d'imposer « des conditions strictes en matière de transfert » (page 20) ; et une procédure de cessation rapide, « un mécanisme permettant de faire basculer un nom de domaine actif vers un statut non résolu dans les cas les plus flagrants d'abus relatifs à des marques de commerce ou à des marques de service, ou bien dans des cas d'abus d'enregistrement tels que l'enregistrement non autorisé de noms personnels. Ce mécanisme est géré par un arbitre indépendant autorisé en attendant le dépôt d'une plainte UDRP ». (page 21).

Enfin, le contrat de registre spécifie l'applicabilité des politiques consensuelles de l'ICANN, y compris l'UDRP. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/proposed-xxx-agmt-clean-23aug10-en.pdf>, Article III, Section 3.1 (b), page 3.

C. Les réunions de consultation en matière de Règlement tenues entre le Conseil d'administration et le GAC sur les questions restantes se sont achevées.

Le Conseil d'administration a identifié trois questions spécifiques pouvant faire l'objet d'une consultation auprès du GAC avant de passer à l'action. Le 16 mars 2011, le GAC a identifié d'autres questions que le Conseil d'administration et le GAC ont abordées à l'occasion de leur réunion de consultation tenue le 17 mars 2011, conformément à l'Article XI, Section 2 du Règlement de l'ICANN <http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm#XI-2>. Les questions ayant fait l'objet de consultations entre le Conseil d'administration et le GAC mais n'ayant pas abouti à des conclusions consensuelles sont présentées ci-dessous. Étant donné que l'approbation du contrat de registre par le Conseil d'administration n'est pas conforme à ces recommandations du GAC, le Conseil présente ci-dessous les raisons qui l'ont poussé à agir de la sorte. Le Conseil d'administration considère que l'ICANN, en sa qualité de groupement d'intérêt public à but non lucratif, se devait d'examiner soigneusement les commentaires de la communauté, y compris les recommandations fournies par le GAC, avant de prendre cette décision.

Déclaration du GAC tirée du Communiqué de Wellington :

« Plusieurs membres du GAC s'opposent catégoriquement à l'introduction d'un sTLD .xxx pour des raisons d'intérêt public ». Cette déclaration a été répétée dans la lettre du Président du GAC en date du 3 février 2007 et dans la lettre du GAC en date du 16 mars 2011 : « Le GAC ne soutient pas activement l'introduction d'un TLD .xxx » et « alors qu'il y a des membres qui ne se prononcent ni pour ni contre l'introduction d'un TLD .xxx, il y en a pourtant d'autres qui s'y opposent catégoriquement pour des raisons d'intérêt public. »

Raisons à l'appui de la décision de ne pas suivre les recommandations du GAC :

Cette question n'est pas en contradiction avec les recommandations du GAC dans la mesure où les critères établis pour la session 2004 de candidatures aux sTLD ne prévoient pas la nécessité d'un soutien actif de la part du GAC. En outre, étant donné que les recommandations du GAC ne vont pas dans le sens de déléguer ou pas le sTLD .xxx, la décision de déléguer le .xxx n'est pas incompatible avec ces recommandations.

Déclaration du GAC tirée du Communiqué de Lisbonne :

« Le GAC souhaite attirer l'attention du Conseil d'administration sur le commentaire formulé par le Gouvernement du Canada dans le forum public en ligne et exprimer ses inquiétudes quant au rôle de gestion et de supervision des contenus d'Internet que l'ICANN pourrait être amené à jouer dans le cadre de la version révisée du contrat de registre entre l'ICANN et l'ICM, incompatible avec son mandat technique ». Cette déclaration a été réitérée dans la lettre du GAC en date du 16 mars 2011.

Raisons à l'appui de la décision de ne pas suivre les recommandations du GAC :

Le système de notification de conformité proposé par l'ICANN apaisera une grande partie des craintes liées à un éventuel rôle de surveillance des contenus que l'ICANN pourrait être amené à jouer. Le rôle de contrôle de conformité de l'ICANN ne concerne pas en lui-même le contenu mais plutôt le respect et l'application par le registre des principes régissant l'utilisation des enregistrements de deuxième niveau. À l'instar des autres TLD, il est probable que les registrants et autres cherchent l'assistance de l'ICANN pour des problèmes liés aux contenus, indépendamment de la pertinence de ces demandes. Par conséquent, même si la conclusion du contrat de registre proposé pour le sTLD .xxx peut entraîner une hausse du nombre total de demandes d'assistance adressées à l'ICANN pour des questions liées aux contenus, cela ne représente pas pour l'ICANN un pas vers un rôle de gestion ou de supervision des contenus.

Déclaration du GAC tirée de la lettre du Président du GAC en date du 4 août 2010 :

« Par conséquent, le GAC recommande à l'ICANN de faciliter les discussions dans l'ensemble de la communauté de manière à assurer la mise en place d'une procédure d'objections efficace, capable de reconnaître la pertinence des lois nationales et de s'occuper efficacement des chaînes pouvant être à l'origine de susceptibilités nationales, culturelles, géographiques, religieuses et/ou linguistiques, ou d'objections susceptibles d'entraîner des différends insolubles. Ces procédures d'objection devraient s'appliquer à tous les sTLD en suspens et futurs. »

Raisons à l'appui de la décision de ne pas suivre les recommandations du GAC :

La déclaration du Comité IRP établit clairement que la candidature de l'ICM doit être évaluée conformément aux procédures et aux critères stipulés dans la session 2004

de candidatures aux sTLD, et ne doit pas être soumise à des procédures supplémentaires. Le GAC a reconnu l'importance de respecter les critères établis dans l'appel à candidatures. La Section 2.5 des Principes du GAC relatifs aux nouveaux gTLD signale : « Tous les candidats à un nouveau registre gTLD doivent (...) être évalués sur la base de critères transparents et prévisibles, complètement disponibles pour les candidats avant le début du processus. De manière générale, par conséquent, aucun critère de sélection ultérieur ne doit être utilisé dans le processus. Voir http://gac.icann.org/system/files/gTLD_principles_0.pdf.

Déclaration du GAC tirée de la lettre du 16 mars 2011 :

« Le GAC souhaiterait informer le Conseil d'administration de l'ICANN que l'introduction d'un TLD .xxx au niveau de la racine pourrait aboutir à l'interdiction de l'accès à ces TLD par certains gouvernements. Par conséquent, le GAC attire l'attention du Conseil d'administration sur les réserves exprimées par les experts, qui considèrent qu'une telle démarche comporte une menace /risque potentiel pour la résolvabilité universelle et la stabilité du DNS ».

Raisons à l'appui de la décision de ne pas suivre les recommandations du GAC :

La question du blocage ou du filtrage de l'accès à des TLD spécifiques par des gouvernements (ou toute autre entité) ne concerne pas que les sTLD .XXX. De tels blocages et filtrages existent à l'heure actuelle. Tout en convenant de la nature généralement indésirable de tels blocages de TLD, il n'est toutefois pas sûr qu'un blocage du sTLD .xxx entraîne des conséquences différentes de celles découlant des blocages actuellement existants.

Déclaration du GAC tirée de la lettre du 16 mars 2011 :

« Le GAC considère que les informations fournies par le Conseil d'administration ne suffisent pas à dissiper les doutes du GAC concernant la conformité de la candidature de l'ICM aux critères de parrainage. »

Raisons à l'appui de la décision de ne pas suivre les recommandations du GAC :

Le Conseil d'administration a fourni toutes les informations requises pour répondre aux inquiétudes du GAC concernant la conformité de la candidature de l'ICM aux critères de parrainage. Lorsque le Conseil d'administration s'est prononcé en 2005, il n'avait pas encore pris une décision à ce sujet. Toutefois, le Conseil d'administration a accepté maintenant le constat du Comité IRP selon lequel la décision du Conseil d'administration de juin 2005 considérait que les critères de parrainage étaient satisfaits, et il ne reviendra pas sur cette décision. La procédure sTLD n'accorde pas au Conseil d'administration la possibilité de revoir la décision de 2005, sachant que le refus, aujourd'hui, du contrat de registre proposé par l'ICM pour cause de non respect des critères de parrainage pourrait soulever les mêmes problèmes de procédure qui ont amené l'ICM à avoir recours à l'IRP. Pour obtenir des informations supplémentaires, le GAC est invité à examiner les documents soumis à l'IRP ainsi que la déclaration du Comité IRP établissant que les critères de parrainage avaient été satisfaits en 2005. Ce matériel est disponible sur <http://www.icann.org/en/irp/icm-v-icann.htm>

D. Le Conseil d'administration s'est penché sur les commentaires du public

Les commentaires formulés dans le forum public sur le contrat de registre proposé montrent que la communauté reste divisée sur la question de savoir si le Conseil d'administration devrait approuver *tout* contrat de registre sTLD .XXX -et non seulement le contrat de registre posté pour commentaires le 24 août 2010. Vu l'importance accordée par l'ICANN à la responsabilité et à la transparence de ses procédures, et compte tenu de l'acceptation de la Déclaration du Comité IRP, le Conseil d'administration ne peut pas se permettre d'ignorer ses décisions précédentes et de manifester son désaccord avec l'introduction du sTLD .XXX.

Un grand nombre de commentaires ne se montrent pas d'accord avec l'évaluation ayant déterminé que l'ICM a satisfait les critères de parrainage requis, faisant valoir, entre autres arguments, que l'ICM a donné une fausse image de la portée de la communauté sponsorisée et que le soutien réel de la communauté du divertissement pour adultes est faible. Ayant accepté l'évaluation du Comité IRP signalant que la décision du Conseil de juin 2005 reconnaissait la conformité de l'ICM aux critères de parrainage, le Conseil d'administration ne reviendra pas sur cette décision à cette occasion. La procédure sTLD n'accorde pas au Conseil d'administration la possibilité de revoir la décision de 2005, sachant que le refus, aujourd'hui, du contrat de registre proposé par l'ICM pour cause de non respect des critères de parrainage pourrait soulever les mêmes problèmes de procédure qui ont amené l'ICM à avoir recours à l'IRP. En outre, la requête de propositions applicable aux sTLD n'indique pas qu'une communauté sponsorisée doit être constituée par tous les possibles fournisseurs de contenus Internet au sein d'une communauté. La communauté à laquelle fait référence la RFP applicable aux sTLD est la communauté que l'organisation parrainante souhaite servir. Tous ceux ne voulant pas faire partie d'une communauté sTLD sponsorisée peuvent se radier de la définition auto-ciblée.

Certains commentaires s'opposent au contrat de registre proposé pour des raisons de prix, car ils considèrent les frais de registre trop élevés, ou bien proposent la mise en place de prix plafonds pour le registre. La prise en compte de ces commentaires ne nécessite aucun changement dans le contrat de registre proposé. L'établissement des prix liés aux services de registre est généralement laissé à la discrétion du registre. S'il est vrai que l'ICANN a inclus des prix plafonds dans certains contrats de registre historiques, cette inclusion a fait suite à des négociations spécifiques entre l'ICANN, VeriSign et le Département du Commerce, ou bien à la demande du registre. Comme présenté ci-dessus, sur la base des commentaires sur les coûts et les obligations liés aux enregistrements défensifs des sTLD .xxx, l'ICM a pris des mesures pour réduire les coûts et proposer des mécanismes de protection.

Certains commentaires s'opposent au contrat de registre proposé en faisant valoir le manque de définition par rapport au concept de « contenu adulte », susceptible d'entraîner « des filtres de contenus par le gouvernement sur la base de critères vagues ». Le contrat de registre ne peut pas être modifié pour tenir compte de ces commentaires. Si des dispositions concernant la définition de contenu adulte étaient insérées dans le contrat de registre sur le sTLD .xxx, l'ICANN s'engagerait indûment dans le terrain de la conformité des contenus par le biais de ses obligations de conformité

contractuelle. La définition du contenu peut être améliorée grâce au perfectionnement des politiques de l'organisation parrainante, dont la supervision ne relève pas du ressort de l'ICANN.

Un grand nombre de commentaires ont fait valoir que les politiques de l'IFFOR ne sont pas encore bien définies, et ont signalé des inquiétudes concernant l'introduction du sTLD .XXX et l'impossibilité de commenter pleinement le contrat de registre proposé sans une transparence complète au niveau des politiques. Ces commentaires ne nécessitent aucun changement du contrat de registre proposé. L'Annexe S du contrat de registre proposé, consultable sur le site <http://www.icann.org/en/tlds/agreements/xxx/proposed-xxx-agmt-appendix-s-clean-23aug10-en.pdf>, délègue l'autorité de l'élaboration des politiques à l'ICM et à l'IFFOR. Par conséquent, les politiques IFFOR ne sont pas incluses dans le contrat de registre, dans la mesure où la définition de politiques spécifiques n'est pas nécessaire pour que le Conseil procède à l'approbation du contrat. La délégation de l'autorité en matière d'élaboration de politiques figure dans tous les contrats de registre, tels que .ASIA (<http://www.icann.org/en/tlds/agreements/asia/appendix-s-06dec06.htm#2>) et .CAT (<http://www.icann.org/en/tlds/agreements/cat/cat-appendixS-22mar06.htm>). L'ICM a fourni des précisions à l'ICANN par rapport aux politiques de référence en matière de sTLD .XXX, comme défini dans le document [Politique de référence de l'IFFOR](#). C'est sur la base du respect de ces politiques de référence que le Conseil d'administration avance vers l'approbation du contrat de registre proposé.

D'autres commentaires ont proposé des suggestions concernant le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle et des marques déposées dans le cadre du contrat de registre. Comme indiqué ci-dessus, le Conseil d'administration considère que les protections de la propriété intellectuelle et des marques déposées prévues par l'ICM sont suffisantes pour répondre aux questions soulevées par le GAC, et dépassent même les protections habituellement en place chez beaucoup d'autres registres. Tout en encourageant l'innovation dans les protections mises en place par les registres, le Conseil d'administration ne considère pas qu'il faille modifier le contrat de registre proposé pour répondre à ces commentaires. Si l'ICM souhaitait tenir compte des propositions suggérées dans les commentaires avant la conclusion du contrat de registre, il faudra qu'il en remette à l'ICANN une nouvelle version révisée.

Le Conseil d'administration tient à reconnaître également les nombreux commentaires en faveur de l'approbation du contrat de registre sTLD .XXX. L'introduction des sTLD .XXX aidera l'ICANN à s'acquitter de sa mission d'encourager la concurrence dans l'enregistrement des noms de domaine. L'approbation du contrat de registre sTLD .XXX renforce l'engagement de l'ICANN vis-à-vis de ses obligations de responsabilité et de transparence, dans la mesure où elle découle de l'acceptation par l'ICANN des conclusions issues de la première utilisation de la Procédure indépendante de révision. L'approbation du contrat de registre répond également aux nombreux commentaires qui, pour différentes raisons, ont salué vivement l'introduction opportune du sTLD .XXX.

V. IMPACT

A. Impacts positifs ou négatifs de l'approbation du contrat de registre sur la communauté

L'introduction du sTLD .XXX étant un sujet controversé au sein de la communauté, toute décision concernant le contrat de registre aura des impacts autant positifs que négatifs. De manière générale, le Conseil d'administration conclut que le respect par l'ICANN de ses mécanismes de responsabilité ainsi que la fin du traitement de la candidature présentée par l'ICM en 2004 auront un impact positif sur la communauté. Cette décision renforce et renouvelle la confiance portée par la communauté à l'engagement de l'ICANN en matière de responsabilité et de conformité à ses procédures.

L'impact négatif sur la communauté concernera probablement ceux qui ne soutiennent pas l'idée de l'introduction du sTLD .XXX. Or, le refus d'approuver des contrats de registre avec des chaînes ne faisant pas l'objet du soutien unanime de la communauté n'est pas une option acceptable, dans la mesure où l'ICANN continue d'avancer vers l'introduction de nouveaux gTLD.

B. Impact budgétaire/ répercussions pour l'ICANN (Plan Stratégique, Plan Opérationnel, Budget), pour la communauté et/ou pour le public

Dès le lancement du registre sTLD .XXX, l'ICANN aura droit à des frais de registre et à des frais d'enregistrement par nom de domaine dans les sTLD .XXX, comme prévu dans le contrat de registre. Ces frais serviront à financer les opérations de l'ICANN, y compris les activités liées au registre et à la conformité aux normes. L'ICANN risque également d'être confronté à des impacts budgétaires au cas où les menaces de traduire le Conseil d'administration en justice pour l'approbation du contrat de registre seraient mises à exécution. En outre, étant donné que l'on ignore le volume d'éventuelles plaintes en matière de conformité contractuelle, l'impact budgétaire pourrait s'étendre à cet aspect de l'organisation.

Les membres de la communauté et du public qui sont membres de la communauté sponsorisée peuvent choisir d'enregistrer des noms de domaine dans le sTLD .XXX moyennant les frais d'enregistrement correspondants. De plus, des impacts budgétaires pourraient être constatés chez d'autres membres de la communauté en fonction de leurs choix commerciaux concernant, entre autres, la protection de la propriété intellectuelle et les marques déposées.

C. Problèmes de sécurité, de stabilité ou de résilience du DNS

L'ICM a satisfait les critères techniques initiaux établis dans la requête de propositions pour les sTLD et a engagé Afilias, un opérateur de registre reconnu, pour assurer ses opérations *back-end*. Par conséquent, il n'y aurait apparemment pas lieu de s'inquiéter pour la sécurité, la stabilité ou la résilience du DNS suite à l'introduction de ce nouveau sTLD. Le Conseil d'administration est conscient des craintes liées à d'éventuels blocages à l'accès aux sites web .XXX que pourrait entraîner l'introduction du sTLD .XXX. Or, étant donné qu'il n'est toutefois pas sûr qu'un blocage du sTLD .XXX entraîne des conséquences différentes de celles découlant des blocages actuellement existants, le

Conseil d'administration ne considère pas cette question comme étant un risque pour la sécurité, la stabilité et la résilience générales du DNS.

VI. DOCUMENTS PERTINENTS EXAMINÉS PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

- A. La Requête de propositions (« RFP »). Voir <http://www.icann.org/en/tlds/new-stld-rfp/new-stld-application-part-15dec03.htm>.
- B. Le Rapport du Comité Indépendant d'évaluation sur le parrainage et la communauté. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/PostAppD.pdf>.
- C. Les documents d'évaluation complémentaires fournis par l'ICM. Voir <http://www.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/AppE-30nov05.pdf>.
- D. La Déclaration du Panel indépendant de révision (19 février 2010). Voir <http://www.icann.org/en/irp/icm-v-icann/irp-panel-declaration-19feb10-en.pdf>.
- E. Le document de prise de position du Conseil d'administration sur la conformité aux recommandations du GAC (11 février 2011), <http://www.icann.org/en/correspondence/jeffrey-to-to-dryden-10feb11-en.pdf>.
- F. Le contrat de registre proposé pour l'ICM en août 2010 et les documents relatifs à la diligence raisonnable, sur <http://www.icann.org/en/public-comment/public-comment-201009-en.htm#xxx-revised-icm-agreement>.
- G. Les commentaires du public sur le contrat de registre proposé, disponibles sur <http://forum.icann.org/lists/xxx-revised-icm-agreement/>, y compris le Document de synthèse et d'analyse des commentaires du public <http://forum.icann.org/lists/xxx-revised-icm-agreement/msg00723.html>
- H. Les communications du GAC, y compris : 1) le [Communiqué de Wellington](#) ; (2) une [lettre du 2 février 2007](#) du Président et du Président élu du GAC au Président du Conseil d'administration de l'ICANN ; (3) le [Communiqué de Lisbonne](#) ; (4) une [lettre du 4 août 2010](#) du Président du GAC au Président du Conseil d'administration de l'ICANN ; (5) le [Communiqué de Carthagène](#) ; et (6) une lettre du 16 mars 2011 du GAC au Président du Conseil d'administration.