

**RAPPORT DE DENNIS CARLTON
SUR LE MÉCANISME PROPOSÉ PAR L'ICANN POUR
L'INTRODUCTION DE NOUVEAUX TLD GÉNÉRIQUES**

Le 5 juin 2009

I. INTRODUCTION

A. COMPÉTENCES

1. Je m'appelle Katherine Dusak Miller et je suis professeur d'économie à la Faculté de commerce Booth de l'Université de Chicago. J'ai obtenu un diplôme de mathématique appliquée et d'économie à l'Université d'Harvard, ainsi qu'une maîtrise en recherche opérationnelle et un doctorat en économie à l'Institut de technologie du Massachusetts. J'ai travaillé aux facultés de l'École de droit et du Département d'économie de l'Université de Chicago et au Département d'économie de l'Institut de technologie du Massachusetts.

2. Je suis spécialisée dans l'économie des organisations industrielles, qui consiste en l'étude de marchés spécifiques et inclut l'étude des questions relatives aux dispositions antitrust et à la réglementation. Je suis coauteur de l'ouvrage "Modern Industrial Organization" (L'organisation industrielle moderne), qui fait autorité dans le domaine de l'organisation industrielle, et j'ai également publié un grand nombre de contributions dans des magazines et livres universitaires. Je suis en outre coéditrice du "Journal of Law and Economics" (Bulletin de droit et d'économie), un périodique réputé qui publie des études appliquant l'analyse économique à l'organisation industrielle et aux aspects juridiques. Enfin, j'ai exercé par le passé et je continue d'exercer les fonctions d'éditrice de plusieurs magazines d'érudition.

3. En complément à mon expérience académique, je suis Directrice exécutive de Compass Lexecon, un cabinet de consultance spécialisé dans l'application de l'économie aux questions juridiques et réglementaires. D'octobre 2006 à janvier 2008, j'ai occupé le poste de Procureure générale assistante adjointe à l'analyse économique au Département antitrust du Ministère national de la justice des États-Unis, soit le plus haut rang pour une économiste au sein du Département antitrust. J'ai également siégé en qualité de Commissaire dans la Commission de modernisation antitrust constituée par le Congrès américain en 2002 pour analyser la législation antitrust des États-Unis. J'ai fourni des témoignages à titre d'expert auprès de plusieurs tribunaux d'État et fédéraux, du Congrès américain, de plusieurs agences réglementaires d'État et fédérales et de tribunaux étrangers et j'ai été engagée en tant que consultante par plusieurs agences gouvernementales, parmi lesquelles le Ministère de la justice et la Commission fédérale du commerce. Mon curriculum vitae est joint à l'Annexe I au présent rapport.

4. L'ICANN m'a chargée d'analyser dans une perspective économique son projet d'introduction de nouveaux noms de domaine génériques du premier niveau (gTLD) ainsi que d'identifier et de présenter les avantages et les coûts inhérents à sa proposition. Dans ce cadre, je prends en considération différents sujets de préoccupation qui ont été soulevés par le Département antitrust du Ministère national de la justice et l'Agence nationale d'information sur les télécommunications (NTIA) du Ministère national du commerce et les observations de parties tierces adressées à l'ICANN en réponse à sa proposition de lancer de nouveaux gTLD ou en réponse à mes deux rapports préliminaires précédents.¹ En parallèle à cette analyse, j'examine par ailleurs s'il serait

¹. Cf. lettres de Deborah A. Garza à Meredith A. Baker datée du 3 décembre 2008 ("Lettre du Ministère de la justice") et de Meredith A. Baker à Peter Dengate-Thrush

nécessaire d'imposer des plafonnements des prix limitant les tarifs et les futures hausses des tarifs pratiqués par les registres de ces nouveaux gTLD pour récolter les avantages compétitifs potentiels des nouveaux gTLD.

5. Le présent rapport fusionne et actualise mes deux rapports préliminaires relatifs au mécanisme proposé par l'ICANN pour l'introduction de nouveaux gTLD.² D'autre part, il répond partiellement à certains commentaires émis à la suite de mes rapports préliminaires.

B. APERÇU ET SYNTHÈSE

6. Je conclus que le cadre proposé par l'ICANN pour l'introduction de nouveaux gTLD est susceptible de faciliter l'entrée et de susciter une nouvelle concurrence pour les gTLD majeurs tels que *.com*, *.net*, et *.org*. À l'instar d'autres mesures supprimant les barrières artificielles à l'entrée sur le marché, la proposition de l'ICANN aurait pour effets probables d'accroître la production, de diminuer les prix et d'intensifier l'innovation. Cette conclusion repose sur les principes fondamentaux selon lesquels la concurrence favorise le bien-être des consommateurs et les barrières à l'entrée sur le marché entravent la concurrence.

7. Le Ministère de la justice, la NTIA et une multitude d'autres acteurs ont déclaré redouter que l'introduction de nouveaux gTLD ne nuise au bien-être des

datée du 18 décembre 2008 ("Lettre de la NTIA"). La lettre de la NTIA demande également des informations sur l'effet de nouveaux gTLD sur la stabilité et la sécurité du Système de noms de domaine, mais le présent rapport n'aborde pas cet aspect. (http://www.ntia.doc.gov/reportsarchive_2007_2008.html) Pour les observations reçues par l'ICANN, consulter <http://forum.icann.org/lists/competition-pricing-prelim> et <http://forum.icann.org/lists/gtld-guide>.

². Rapport préliminaire de Dennis Carlton sur l'impact de nouveaux gTLD sur le bien-être des consommateurs, mars 2009, et Analyse préliminaire de Dennis Carlton sur le plafonnement des prix des registres Internet des nouveaux gTLD, mars 2009.

consommateurs en instillant une confusion dans leur esprit et n'impose des coûts supplémentaires aux propriétaires de marques commerciales en exigeant un enregistrement "défensif" superflu de noms de domaines dans les nouveaux gTLD. Bien que l'ouverture d'un marché soit généralement bénéfique au bien-être des consommateurs, il convient également de prendre dûment en considération les droits de propriété qui protègent les investissements consentis par les entreprises pour se forger une réputation et un nom. Si les droits de propriété de ces entreprises ne sont pas protégés, leurs rivales sont enclines à profiter effrontément de la réputation qu'elles ont acquise en imitant leurs marques commerciales ou en adoptant des marques très proches, suscitant ainsi potentiellement la confusion parmi les consommateurs. À défaut d'autres mécanismes de protection des marques commerciales, la multiplication des gTLD pourrait imposer des coûts aux propriétaires de marques commerciales en ce qu'ils se sentiraient contraints de procéder à des enregistrements "défensifs" n'ayant d'autre but que de protéger leur propriété intellectuelle.

8. Ce scénario et le préjudice qu'il entraînerait pour le bien-être des consommateurs sont reconnus dans le droit actuel sur les marques commerciales et les analyses économiques de la propriété intellectuelle. Dans la mesure toutefois où des inquiétudes en matière de propriété intellectuelle résulteraient de l'apparition de nouveaux gTLD, elles peuvent être aplanies par les mécanismes existants de résolution des litiges et une adaptation pertinente des procédures de l'ICANN pour la protection de la propriété intellectuelle. Eu égard à l'existence de ces autres moyens pour trancher les litiges liés aux marques commerciales, la solution draconienne de limiter les entrées serait susceptible de nuire au bien-être des consommateurs par rapport aux approches fondées sur ces moyens.

9. Le Ministère de la justice, la NTIA et d'autres observateurs ont émis l'idée que la mise en œuvre de la proposition de l'ICANN pourrait être reportée jusqu'à l'achèvement de l'étude économique commandée par l'ICANN en 2006 pour déterminer si l'enregistrement de noms de domaines forme un seul marché économique ou si chaque TLD fonctionne comme un marché distinct. Bien que la question reste intéressante et mérite une analyse, sa réponse ne conditionne pas l'étude de l'influence que la proposition de l'ICANN sur les gTLD pourrait exercer sur le bien-être des consommateurs. En effet, même si de nouveaux gTLD n'entrent pas en concurrence face au domaine *.com* et aux autres TLD répandus des requérants existants, il est probable que de nouveaux gTLD procurent malgré tout des avantages substantiels aux consommateurs grâce au resserrement de la concurrence pour les nouveaux requérants et au renforcement de l'innovation qui, selon toute vraisemblance, accompagneraient leur arrivée.

10. Je conclus également qu'il n'est pas indispensable de plafonner les prix que peuvent demander les opérateurs pour les nouveaux registres de gTLD pour garantir que les nouveaux gTLD profitent aux consommateurs. Les partisans d'un plafonnement des prix prétendent que la fixation de prix maximaux pour les enregistrements de nouveaux gTLD s'impose parce que des prix substantiels pourraient être exigés des propriétaires de marques commerciales pour protéger leurs marques et les requérants de nouveaux gTLD pourraient être confrontés à des prix élevés en raison des coûts considérables du transfert dans d'autres registres.

11. Eu égard toutefois à la capacité de l'ICANN à protéger les propriétaires de marques commerciales par le biais des mécanismes existants de résolution des litiges et de modifications pertinentes de ses procédures de protection de la propriété intellectuelle, le plafonnement des prix n'est pas nécessaire pour protéger les propriétaires de marques

commerciales. De plus, le fait que les requérants de nouveaux gTLD doivent assumer des coûts de transfert ne justifie pas non plus l'imposition de prix plafonnés. Les tarifs exigés par les nouveaux gTLD rencontreront la concurrence des registres existants et d'autres entrants, et les opérateurs de nouveaux registres de gTLD qui tenteraient d'appliquer des pratiques opportunistes en rehaussant ultérieurement leurs prix s'exposeraient à un risque aigu de ternir leur réputation et de perdre de futurs clients. Le plafonnement des prix des nouveaux gTLD risquerait par ailleurs de freiner le développement et l'acceptation sur les marchés des nouveaux gTLD en limitant la flexibilité tarifaire des entrants à la fourniture de nouveaux services de registre, sans produire d'avantages notables pour les requérants des nouveaux gTLD.

II. CONTEXTE DE LA PROPOSITION DE L'ICANN

A. ÉCONOMIE DU SYSTÈME DE NOMS DE DOMAINE

12. Malgré le lancement de plusieurs nouveaux gTLD au cours des dernières années, les activités sur l'internet restent dominées à l'heure actuelle par un faible nombre de registres. Ainsi, le TLD *.com* compte aujourd'hui plus de 80 millions de noms de domaine enregistrés, tandis que *.net* et *.org* en dénombrent respectivement quelque 12 millions et 7 millions.³ Bien qu'une série de nouveaux gTLD aient été créés durant les dernières années, ils n'ont réussi que dans une mesure limitée à attirer des requérants et une activité sur l'internet. À titre d'exemple, les TLD *.info* et *.biz*, tous deux lancés en 2001, ont attiré respectivement environ 5 millions et 2 millions de noms de domaine.⁴

³. Rapports mensuels des opérateurs de registre de l'ICANN, janvier 2009.
(<http://www.icann.org/en/tlds/monthly-reports/>)

⁴. Id.

13. À ce jour, l'ensemble des accords entre l'ICANN et les registres exploitant des TLD non commandités incluent des prix maximaux et des limitations des futures hausses de prix admissibles qui pourront être imposées aux registraires.⁵ À leur tour, les registraires imposent aux requérants des tarifs qui ne sont pas régulés par l'ICANN. En général, ils utilisent une multitude de registres et ils proposent aux requérants une gamme de services complémentaires tels que l'hébergement et la conception de sites web.

14. Les requérants qui souscrivent à un nom de domaine spécifique sur l'internet supportent des coûts lors d'un transfert de registre dès lors que le TLD fait partie intégrante du nom de domaine, lequel par définition, ne peut être déplacé d'un registre à un autre. En d'autres termes, si le requérant qui gère le site *voitures.com* souhaite passer au registre *.net*, il doit adopter le domaine *voitures.net* (s'il est disponible) ou un autre nom de domaine *.net*. Les coûts de transfert supportés par les requérants pourraient inciter les registres et les registraires à faire preuve d'opportunisme en rehaussant leurs prix. La concurrence ex ante pour l'acquisition de nouveaux requérants et l'assombrissement de la réputation du registre et/ou du registraire limitent néanmoins la possibilité pour eux de se livrer à de telles pratiques.

15. L'augmentation du nombre de gTLD augmente le nombre d'alternatives disponibles pour les consommateurs et offre donc le potentiel d'exacerber la concurrence, de réduire les prix et d'accroître la production. La disponibilité de nouveaux gTLD donne également aux registres et aux registraires des opportunités accrues d'élaborer des

⁵ Cf. p. ex. Section 7.3 de l'accord de registre *.com* entre l'ICANN et VeriSign du 1er mars 2006. Les gTLD non commandités (*.com*, *.biz*, *.info*, *.name*, *.net*, *.org*, *.pro*) ont des plafonds de prix, tandis qu'aucun des gTLD commandités par un groupe (*.aero*, *.asia*, *.cat*, *.coop*, *.jobs*, *.mobi*, *.museum*, *.tel*, *.travel*), qui sont la plupart du temps plus petits que les gTLD non commandités, n'a de plafonds de prix.

services ou des modèles commerciaux innovants, qui pourraient donner naissance à des opportunités non négligeables d'amélioration du bien-être des consommateurs.

B. PROCÉDURES PROPOSÉES PAR L'ICANN POUR LE DÉPLOIEMENT DE NOUVEAUX GTLD

16. L'ICANN a proposé un cadre pour l'autorisation de nouveaux gTLD. Le projet de Guide de candidature de l'ICANN détaille les phases successives du processus d'examen de l'ICANN et les exigences qui doivent être satisfaites pour l'approbation.⁶ L'ICANN prend en compte à la fois les capacités techniques et financières du candidat, l'effet du gTLD proposé sur la confusion parmi les consommateurs, et les effets du gTLD proposé sur la stabilité de l'internet.⁷

17. Une objection aux candidatures à un gTLD peut être déposée par différentes parties, y compris les registres de TLD existants, d'autres candidats, les titulaires de droits de propriété intellectuelle (notamment de marques commerciales), etc.⁸ Elle peut s'appuyer sur un nombre limité de motifs, parmi lesquels la similitude propice à la confusion, les droits légaux (p. ex. l'infraction à une marque commerciale), la moralité et l'ordre public, et l'opposition de la communauté.

18. L'ICANN a également mis en place une procédure pour répondre aux inquiétudes des titulaires de marques commerciales quant à l'introduction de nouveaux gTLD. Elle a réuni à cette fin l'Équipe de recommandations pour l'application ("ERA"),

⁶. Cf. ICANN, Programme de nouveaux gTLD: Deuxième projet de Guide de candidature, 18 février 2009 ("Projet de Guide"), (<http://icann.org/en/topics/new-gtlds/comments-2-fr.htm>).

⁷. Projet de Guide, p. 2-2.

⁸. Toute partie s'opposant à une candidature doit s'acquitter de droits administratifs qui devraient osciller entre 1 000 et 5 000 USD. Le candidat dispose alors de 30 jours pour répondre (et payer les mêmes droits). Les deux parties déposent ensuite un paiement préalable afin de couvrir les frais de la procédure de règlement du litige, le paiement étant remboursé à la partie qui prévaut (Projet de Guide, pp. 1-24 à 1-25).

qui a rédigé un rapport, examiné plus en détail ci-après, énonçant des recommandations tendant à la définition de nouveaux mécanismes de protection des marques commerciales afin de dissiper ces inquiétudes.

C. SYNTHÈSE DES INQUIÉTUDES RELATIVES À LA PROPOSITION DE L'ICANN D'AUGMENTER LES GTLD

19. Le Ministère de la justice, la NTIA et plusieurs autres acteurs ont manifesté des craintes que l'introduction de nouveaux gTLD ne porte préjudice aux consommateurs et/ou aux propriétaires de marques commerciales. Dans les grandes lignes, leurs remarques traduisent l'opinion que l'introduction de nouveaux gTLD pourrait nuire aux consommateurs (requérants) en suscitant une confusion et en imposant des coûts substantiels aux propriétaires de marques commerciales, qui seraient contraints d'acquérir des enregistrements "défensifs" sous les nouveaux gTLD afin de protéger leurs marques commerciales et leurs noms de domaine existants. Le Ministère de la justice et d'autres allèguent également que l'introduction de nouveaux gTLD pourrait ne pas entraîner un renforcement de la concurrence de nature à faire baisser les prix ou à améliorer les services pour les requérants.⁹

20. L'Association des publicitaires nationaux (ANA) affirme par exemple que de nouveaux gTLD donneraient lieu à une hausse des "coûts de gestion des marques et créeraient de nouvelles opportunités pour les tiers de commettre des infractions, du hameçonnage et d'autres tromperies. Au final, les propriétaires de marques et les consommateurs seraient donc perdants."¹⁰ De même, la Chambre de commerce des

⁹. AT&T exprime des inquiétudes similaires dans son rapport économique de réponse à mes deux rapports préliminaires. Cf. Michael Kende "Évaluation des rapports préliminaires de l'ICANN sur la concurrence et les tarifs", 17 avril 2009 ("Rapport Kende") présenté au nom d'AT&T. Je prépare actuellement un rapport distinct dans lequel les aspects soulevés par le Rapport Kende seront abordés.

¹⁰. Lettre de l'ANA, p. 1. (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/mail2.html>) Le "hameçonnage" est "une fraude informatique par laquelle les auteurs tentent d'obtenir des informations personnelles sensibles en dirigeant des utilisateurs sur des sites web d'apparence légitime, mais contrefaits". (Source: <http://onlinebusiness.about.com/od/onlinebusinessglossary/g/phishing.htm>, consulté le 17 février 2008)

États-Unis conclut que "le programme proposé de gTLD (...) obligerait les entreprises à investir des millions de dollars dans des enregistrements de domaines défensifs et des poursuites judiciaires (...)".¹¹ Le Rapport Kende affirme en outre que "l'introduction proposée de nouveaux gTLD pourrait engendrer des surcoûts et des fardeaux considérables en termes de ressources."¹²

21. Le Ministère de la justice conclut que "l'impératif pour de nombreux requérants d'acheter des domaines dans la majorité ou un grand nombre de gTLD permet à chaque opérateur de registre de gTLD d'imposer des coûts aux requérants pour l'achat de domaines pour l'unique raison qu'un gTLD existe. (...) À la lumière de ce constat, nous pensons que l'introduction de nouveaux gTLD par le biais d'appels d'offres pourrait signifier d'importants coûts d'enregistrement de domaines supplémentaires pour de nombreux consommateurs et que de nombreux opérateurs de registres de nouveaux gTLD pourraient jouir d'une prédominance sur le marché à l'égard des requérants."¹³ De son côté, le Rapport Kende plaide également pour une régulation des prix dès lors que les registres de nouveaux gTLD pourraient soutirer des sommes substantielles aux propriétaires de marques commerciales parce que "les enregistrements défensifs sont nettement moins sensibles aux prix que les nouveaux enregistrements de base".¹⁴

22. De surcroît, à la fois la NTIA et le Ministère de la justice font état d'inquiétudes quant au processus de candidature et d'examen proposé par l'ICANN en tant que tel. Eu égard aux craintes que même les nouveaux gTLD ne dominent leurs

¹¹. Lettre de la Chambre de commerce des États-Unis, p. 1.
(<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/index.html>)

¹². Rapport Kende, p. 11.

¹³. Lettre du Ministère de la justice, p. 3.

¹⁴. Rapport Kende, p. 12.

requérants sur le marché, aussi bien le Ministère de la justice que la NTIA recommandent que l'ICANN organise des appels d'offres concurrentiels pour l'attribution des nouveaux gTLD, les candidats étant appelés à soumettre des dossiers mentionnant des prix maximaux et des hausses de prix admissibles.¹⁵ Le Ministère de la justice et la NTIA préconisent par ailleurs que, dans les cas où les appels d'offres concurrentiels ne seraient pas efficaces, l'ICANN intègre directement dans ses accords avec les nouveaux registres des dispositions telles que des restrictions de prix ou des exigences de contrats à long terme avec les utilisateurs afin de prévenir les abus de leur puissance sur le marché.¹⁶ Enfin, le Ministère de la justice suggère que l'ICANN exige l'organisation d'appels d'offres concurrentiels périodiques pour le renouvellement des contrats de registres.¹⁷

III. BÉNÉFICES PROBABLES DE L'INTRODUCTION DE NOUVEAUX GTLD POUR LES CONSOMMATEURS

23. Dans leurs observations, la NTIA, le Ministère de la justice et d'autres parties mettent à juste titre l'accent sur l'incidence de nouveaux gTLD pour le bien-être des consommateurs, mais ils aboutissent à mes yeux à une conclusion erronée.¹⁸ Cette section démontre que, compte tenu de l'existence d'autres mécanismes de réponse aux inquiétudes sur la confusion pour les consommateurs et les enregistrements défensifs, qui sont passés en revue ci-après, l'introduction de nouveaux gTLD souhaitée par l'ICANN bénéficierait sans doute aux consommateurs en facilitant l'entrée, ce qui d'après les

¹⁵. Lettre du Ministère de la justice, p. 7, et Lettre de la NTIA, p. 2.

¹⁶. J'ai appris que l'accord proposé actuellement entre l'ICANN et les registres de nouveaux gTLD comporte une obligation pour les registres d'offrir aux requérants une option d'enregistrement de 10 ans.

¹⁷. Lettre du Ministère de la justice, p. 7, et Lettre de la NTIA, p. 2.

¹⁸. Lettre du Ministère de la justice, p. 2: "(...) l'approche générale de l'ICANN au sujet des nouveaux gTLD devrait être remaniée afin de mieux prendre en considération les intérêts des consommateurs. L'ICANN devrait comparer plus soigneusement les avantages et les désavantages potentiels pour les consommateurs (...)"

prévisions aboutirait en même temps à l'apparition de nouveaux services pour les consommateurs, à une atténuation de la puissance sur le marché inhérente au domaine *.com* et à d'autres TLD importants et à un accroissement de l'innovation. En conséquence, la proposition du Ministère de la justice, de la NTIA et d'autres acteurs de retarder le déploiement de nouveaux gTLD ou même d'y renoncer est selon toute probabilité contraire à l'intérêt des consommateurs. Je conclus que de telles restrictions à la production sont superflues et que les inquiétudes qui les sous-tendent peuvent être aplanies sans recourir à des restrictions draconiennes à l'entrée, qui fondamentalement, gèleraient le nombre de TLD moins de quinze ans après le début de l'expansion commerciale de l'internet.

A. LES POLITIQUES FAVORISANT L'ENTRÉE RÉPONDENT AUX INQUIÉTUDES SUR LA PUISSANCE DE MARCHÉ LIÉE AU DOMAINE .COM ET À D'AUTRES TLD IMPORTANTS

24. Le Ministère de la justice et d'autres ont exprimé des préoccupations selon lesquelles le domaine *.com* et d'autres gTLD détiendraient une position dominante sur le marché.¹⁹ Dans la mesure où cela serait effectivement le cas, la proposition de l'ICANN d'augmenter le nombre de TLD disponibles pourrait toutefois permettre de résorber les craintes de ce type. Ainsi que le remarquent les Lignes directrices sur les fusions horizontales, l'entrée a le potentiel de "contrer les effets concurrentiels qui sont source d'inquiétude".²⁰ Plus généralement, il est reconnu que l'entrée joue un rôle primordial dans la préservation de marchés concurrentiels.²¹ Dans la mesure où le domaine *.com* et d'autres TLD possèdent à l'heure actuelle un quelconque pouvoir sur le marché, l'augmentation du nombre de TLD pourrait l'éroder dans le futur.

25. Le Ministère de la justice soutient que "(...) la création de gTLD supplémentaires a peu de chances de contrecarrer l'exercice d'un pouvoir excessif sur le marché par les TLD existants (...)"²² Il semble toutefois se focaliser sur l'effet de nouveaux TLD pour les requérants existants, et non sur leurs répercussions sur la concurrence pour les nouveaux requérants. Il formule par exemple l'hypothèse que "les autres TLD pourront difficilement surmonter les effets de réseau à la suite desquels les enregistrements *.com* sont si précieux pour les consommateurs".²³ Toute puissance sur le marché liée au domaine *.com* attirera néanmoins les entrants à l'aide de stratégies

¹⁹. Cf. p. ex. Lettre du Ministère de la justice, p. 3, et Rapport Kende, p. 17.

²⁰. Lignes directrices sur les fusions horizontales du Ministère américain de la justice et de la Commission fédérale du commerce, p. 25.

²¹. Cf. Carlton, *Modern Industrial Organization*, 4^e éd., pp. 77-82.

²². Lettre du Ministère de la justice, p. 1.

²³. Lettre du Ministère de la justice, p. 2.

construites autour de l'objectif d'amener les nouveaux requérants aux nouveaux gTLD. La limitation de l'opportunité pour les nouveaux arrivants d'entrer en concurrence pour l'obtention de tels profits aura nécessairement pour effet de protéger et de sauvegarder les atouts du registre *.com* et de ses registraires.

26. À la fois la théorie économique et l'expérience empirique donnent à penser que l'élimination d'obstacles à l'entrée sur le marché est susceptible d'apporter une série d'effets bénéfiques pour le bien-être des consommateurs, parmi lesquels des prix moindres, une production accrue et une innovation dynamisée. Les avantages de cette entrée facilitée résident dans le choix élargi d'alternatives à la disposition des consommateurs, et plus généralement, dans l'élasticité accrue de la demande rencontrée par les entreprises existantes, qui les incite à réduire leurs prix. Le bien-être des consommateurs est favorisé parce que la diversité s'accroît et que la production augmente, entraînant une hausse des excédents pour les consommateurs. Une analyse empirique de l'effet de l'arrivée de nouveaux gTLD, tels que *.info* et *.biz*, sur la production et les tarifs, enrichirait probablement notre compréhension des effets d'une entrée plus large sur le bien-être des consommateurs, mais ainsi que cela sera expliqué ci-après, même si une telle étude indiquait que cette arrivée n'a pas entraîné une diminution des enregistrements *.com* ou des tarifs, l'on ne pourrait en tirer la conclusion qu'elle n'a pas été bénéfique.²⁴

27. Le Ministère de la justice considère que de nouveaux gTLD pourraient ne pas induire une concurrence substantielle pour le domaine *.com* et d'autres TLD existants et souligne dans ce cadre l'omniprésence de *.com* et le fait que les requérants *existants* se

²⁴. Les données sur les enregistrements et les prix nécessaires à la réalisation d'une telle étude sont tenues par les registres et non par l'ICANN.

heurtent à des coûts considérables pour passer à un autre TLD. Même si le postulat est exact, la logique ne s'étend toutefois pas à la concurrence entre *.com* et les nouveaux gTLD pour l'acquisition de *nouveaux* requérants. L'augmentation du nombre d'alternatives disponibles pour les nouveaux requérants fournirait une incitation aux registres tant des nouveaux gTLD que des actuels pour réduire les prix, améliorer la qualité des services et proposer des services innovants afin de séduire de nouveaux demandeurs. Il convient en outre de remarquer que cet avantage persiste même si la tarification du domaine *.com* reste soumise à un plafonnement des prix dès lors que la concurrence a le potentiel d'amener les registres de TLD régulés à descendre leurs prix en dessous de ces plafonds et à élaborer des services inédits et améliorés.

28. En outre, même si l'entrée de nouveaux gTLD n'affectait pas les prix imputés par des TLD *.com* et d'autres TLD existants, l'entrée pourrait toujours optimiser les droits des consommateurs, ce que la NTIA et le DOJ semblent ignorer. Lorsque des registrants optent pour un nouveau gTLD au lieu d'un gTLD existant, ils indiquent qu'ils sont en meilleure position en raison de l'expansion du nombre d'alternatives disponibles. L'expansion du nombre d'alternatives disponibles (notamment les TLD et les noms de second niveau) est donc susceptible d'optimiser à elle seule les droits des consommateurs.

29. La suppression des obstacles à l'entrée peut encourager l'innovation. Sans la concurrence des nouveaux gTLD, les registres et registraires dédiés à des TLD *.com* et d'autres TLD principaux rencontrent moins d'incitations pour développer de nouvelles technologies et/ou de meilleurs services permettant d'attirer de nouveaux consommateurs. Cependant, sans restriction sur les nouveaux gTLD, d'éventuels nouveaux venus seront motivés pour développer de nouvelles technologies et méthodes afin de surmonter

l'avantage du premier *.com*. D'où l'augmentation des incitations pour innover pour les registraires de *.com* et d'autres registres concernés à mesure que de nouveaux registrants s'engagent.²⁵

30. Diverses innovations peuvent faciliter l'expansion du nombre de gTLD.

Par exemple :

- Un gTLD dédié au secteur des services financiers peut demander aux registrants de proposer des transactions sécurisées. La certification indiquée dans le nom du gTLD fournit ainsi des informations utiles aux consommateurs souhaitant disposer de transactions financières sécurisées sur Internet.
- Un nouveau gTLD peut proposer des noms de domaine internationaux de sorte qu'une URL (<http://www.google.com>, par exemple) puisse être présentée dans la langue de la région, permettant ainsi les registraires à proposer des produits dans des services multilingues.
- Il est attendu que les nouveaux gTLD se concentrent sur des marchés très ciblés, comme les consommateurs et les fournisseurs d'une entreprise donnée alors que d'autres cibleront une variété de registrants dans une zone géographique donnée.²⁶

31. Comme le suggèrent ces exemples, nombre des avantages des nouveaux gTLD sont possibles même si le nouveau gTLD n'est pas concurrentiel en termes de prix par rapport aux TLD existants. Par exemple, l'expansion du nombre de gTLD qui a

²⁵. Voir Carlton et Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4^{ème} éd. p. 564.

²⁶. Lettre de Connecting.NYC Inc. à l'ICANN (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/index.html>).

encouragé une meilleure innovation ou qui a simplement développé le nombre d'enregistrements et l'utilisation d'Internet pourrait entraîner des améliorations en termes de droits des consommateurs même si les nouveaux gTLD visent des marchés antitrust différents des *.com*. L'éventuelle confusion pour le consommateur pourrait ainsi être réduite au minimum grâce à un seul gTLD (*.com*), mais cela n'est probablement pas dans l'intérêt des consommateurs. J'aborde ce point plus en détail ci-dessous.

32. Le DOJ a souligné un problème tel que « certains nouveaux gTLD envisagés dans l'appel d'offres pourraient avoir un impact sur le marché... »²⁷ Même si cela est vrai, ce seul fait ne justifie pas une restriction des entrées. Même si certains nouveaux gTLD avaient un impact sur le marché, l'autorisation de leur entrée augmenterait les droits des consommateurs, comme une entrée suite à la création d'un duopole à partir d'un monopole qui optimise les droits des consommateurs même si les deux parties concernées contrôlent le marché. Pour illustrer ce point, imaginez un secteur avec plusieurs produits différents, chacun ayant un impact sur le marché. Il est inconcevable de considérer la restriction des entrées comme souhaitable dans un tel secteur en se basant sur l'idée que l'entrée n'affectera pas l'impact des produits existants sur le marché.

B. LES NOUVEAUX gTLD PEUVENT ÊTRE AVANTAGEUX POUR LES CONSOMMATEURS MÊME S'ILS NE CONCURRENCEMENT PAS DIRECTEMENT LES *.COM*.

33. Les nouveaux gTLD peuvent également optimiser les droits des consommateurs en proposant des informations aux utilisateurs d'Internet qui simplifient la navigation sur Internet, même si les nouveaux gTLD peuvent difficilement remplacer

²⁷. Lettre du DOJ, p.1.

les *.com*. Ceci est dû à la probabilité que les nouveaux gTLD seront conçus pour répondre aux besoins des consommateurs auxquels les *.com* ne répondent pas suffisamment. Par exemple, étant donné que les noms de domaine contiennent des informations utiles pour les consommateurs, certains nouveaux gTLD peuvent simplifier la navigation et la recherche sur Internet des consommateurs en les orientant plus rapidement vers des sites Web avec le contenu recherché. Par exemple, des TLD d'entreprise (*.Ford* par exemple) peuvent faciliter l'obtention d'informations produit pour les clients de Ford ainsi que l'interaction des fournisseurs et distributeurs avec Ford. De même, de nouveaux TLD génériques (*.cars* par exemple), peuvent faciliter l'obtention d'informations générales sur les automobiles et l'accès aux sites Web de constructeurs, fournisseurs et autres consommateurs automobiles qui utilisent ce gTLD pour héberger leurs sites Web.

C. L'ÉVALUATION DE LA PROPOSITION DE L'ICANN NE REQUIERT PAS D'ÉTUDE DÉTAILLÉE SUR LA CONCURRENCE ENTRE LES TLD.

34. Comme souligné ci-dessus, le DOJ et la NTIA recommandent que l'ICANN diffère l'introduction de nouveaux gTLD jusqu'à ce que l'aspect concurrentiel entre les TLD soit étudié en fonction des propositions du Conseil d'administration de l'ICANN de 2006.²⁸ L'ICANN avait alors proposé d'analyser, entre autres : (i) si chaque TLD fonctionne comme un marché économique distinct ; (ii) les effets des coûts de transfert d'un TLD à un autre ; et (iii) l'effet de la structure de TLD existante sur la tarification des nouveaux venus.

²⁸. Voir la lettre du DOJ, p. 6 et la lettre de la NTIA, p. 1.

35. Alors que ces problèmes sont purement économiques, l'analyse de ces questions n'est pas nécessaire pour évaluer la proposition de gTLD de l'ICANN. Même si un *.com* (ou tout autre TLD) a un impact sur le marché actuel, aucun élément ne permet d'affirmer que les nouveaux gTLD amélioreront les droits des consommateurs en créant de nouveaux produits et en encourageant l'innovation, et qu'ils pourraient concurrencer les *.com* et autres TLD à l'avenir. Les problèmes de confusion du consommateur, de cybersquattage et de possibilité pour les nouveaux gTLD de procéder à de nouveaux enregistrements défensifs sont retrouvés si des TLD existants constituent des marchés antitrust distincts ou si leur appartenance à un marché plus étendu n'est pas prise en compte de manière appropriée.

D. LA NÉCESSITÉ D'UNE PREUVE D'AVANTAGES CONCURRENTIELS AVANT D'AUTORISER L'ENTRÉE PEUT AFFECTER LES DROITS DES CONSOMMATEURS.

36. Les parties qui ont commenté la proposition de l'ICANN, notamment le DOJ et la NTIA, suggèrent qu'avec des coûts éventuels pour les détenteurs de marques commerciales et d'autres imposés par les nouveaux gTLD, les avantages concurrentiels des nouveaux gTLD doivent être démontrés avant que l'ICANN n'autorise leur utilisation.²⁹ Par exemple, la NTIA déclare que « la question de seuil telle que les avantages éventuels pour le consommateur sont supérieurs aux coûts éventuels n'a pas été traitée et abordée de manière appropriée ». ³⁰ Cette approche est incohérente avec le point de vue largement répandu, décrit ci-dessus, tel que l'entrée est avantageuse pour les consommateurs grâce à l'augmentation des sorties et la réduction des prix.

²⁹. Voir, par exemple, la lettre du DOJ, p. 2, la lettre de la NTIA, p. 1 et le commentaire soumis par AT&T à l'ICANN le 15 décembre 2008 (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/>).

³⁰. Lettre de la NTIA, p. 1.

37. Limiter la capacité de l'ICANN à augmenter le nombre de gTLD n'est efficace économiquement parlant que si les coûts des nouveaux gTLD, notamment une confusion supérieure pour le consommateur et/ou des coûts de surveillance et de renforcement des marques commerciales supérieurs, dépassent les avantages éventuels pour les consommateurs de nouveaux gTLD qui peuvent permettre des prix inférieurs pour les noms de domaine, une sortie et une innovation supérieures. Comme souligné ci-dessus, nombre des avantages des nouveaux gTLD et domaines définis dans ces gTLD sont possibles même si les nouveaux gTLD ne viennent pas concurrencer les TLD existants.

38. Cependant, l'exigence demandée aux nouveaux venus de justifier l'entrée en termes de coût/avantage peut affecter considérablement le consommateur car l'avantage concurrentiel de nouvelles méthodes ou technologies commerciales encouragées par l'entrée est difficilement prévisible *a priori*. La documentation économique illustre que les innovations constituent, dans le temps, une source fondamentale de croissance pour le comité sur les noms géographiques (GNP) et les droits des consommateurs. Plus particulièrement, Robert Solow, qui s'est vu remettre le Prix Nobel d'économie en 1987 pour ses travaux sur les sources de croissance économique, soulignait dans son ouvrage primé que « le taux de croissance... dépend entièrement du taux du processus technologique ».³¹ Suivant ce principe, dans leur livre célèbre, *Innovation and Growth in the Global Economy*, Gene Grossman et Elhanan Helpman décrivent l'innovation comme « le moteur d'une croissance à long terme ».³²

³¹. Robert M. Solow, Conférence Prix Nobel, 8 décembre 1987.

³². Gene Grossman et Elhanan Helpman, 1993, *Innovation and Growth in the Global Economy*, p. 18.

39. La documentation économique souligne également que les innovations et les nouveaux produits génèrent des améliorations conséquentes des droits des consommateurs alors que les politiques de réglementation qui limitent ou diffèrent l'entrée et l'expansion de l'innovation peuvent les réduire sensiblement. Dans ce cadre de cette recherche exhaustive sur les avantages en termes de droits des consommateurs générés par les nouveaux biens, Jerry Hausman a constaté que « l'introduction de services de téléphonie mobile a permis d'augmenter les droits des consommateurs désormais supérieurs à 25 billions de dollars par an », et que le coût des droits des consommateurs du report réglementaire de cette introduction s'élevait à 100 billions de dollars environ.³³ Dans leur ouvrage « *The Economics of New Goods* », Timothy Bresnahan et Robert Gordon révisent la documentation économique et concluent : « les nouveaux biens sont clairement au cœur du progrès économique ».³⁴ Dans son article de 2002 sur l'augmentation des droits des consommateurs suite à l'introduction du monospace, Amil Petrin déclare : « ...les améliorations significatives du niveau de vie des consommateurs sont dues à une concurrence selon laquelle les entreprises cherchent à s'approprier les profits des autres en recherchant de nouveaux biens qui leur permettent de dominer temporairement le marché ».³⁵

40. Comme suggéré, les restrictions sur les entrées peuvent optimiser les droits des consommateurs dans des circonstances très inhabituelles uniquement. L'obligation de telles restrictions peut cependant bénéficier aux acteurs existants du

³³. Jerry Hausman, 1998, « *New Products and Price Indices* », site Web de NBER, http://www.nber.org/reporter/fall98/hausman_fall98.html.

³⁴. Timothy Bresnahan et Robert Gordon, 1997, *The Economics of New Goods*, p. 1.

³⁵. Amil Petrin, 2002, « *Quantifying the Benefits of New Products: The Case of the Minivan* », *Journal of Political Economy*, p. 705.

marché en limitant la concurrence d'entreprises proposant des services novateurs et de nouveaux modèles commerciaux. Les actions protégeant la place des *.com* et autres gTLD sur le marché ne profiteront probablement pas aux consommateurs.

IV. LES PROBLÈMES DE PROTECTION DES MARQUES COMMERCIALES SIGNALÉS N'INCLUENT PAS LES RESTRICTIONS SUR LES ENTRÉES.

41. Comme souligné ci-dessus, le DOJ et d'autres affirment que les détenteurs de marques commerciales jugeront nécessaire d'enregistrer des noms de domaine avec d'autres registres gTLD à des fins défensives uniquement afin d'éviter les coûts associés à l'utilisation inappropriée de leur marque par d'autres.³⁶ Le DOJ et d'autres affirment ainsi que l'entrée doit être limitée car une telle concurrence peut augmenter les coûts de protection de la propriété intellectuelle des détenteurs de marques commerciales. Cette section décrit que, alors que les coûts associés à la défense des marques commerciales sont bien réels, des mécanismes autres que l'interdiction des entrées existent pour résoudre ces problèmes et que ces alternatives peuvent préserver les avantages de la concurrence accrue des entrées.

A. L'ARGUMENT ÉCONOMIQUE DE LA PROTECTION DES MARQUES COMMERCIALES NE JUSTIFIE PAS LA RESTRICTION DE L'ENTRÉE DE NOUVEAUX GTLD.

42. Les noms de domaine permettent de réduire les coûts de recherche d'informations disponibles sur Internet et les registrants choisissent des noms de domaine pouvant attirer des consommateurs sur leurs sites.³⁷ Les registrants rencontrent ainsi des problèmes tels que d'autres sites dont le nom est similaire peuvent porter à confusion,

³⁶. Voir, par exemple, la lettre du DOJ, p. 5.

³⁷. Des améliorations apportées aux moteurs de recherche pourraient constituer une autre méthode fiable d'identification et de recherche de sites Web pour les consommateurs.

l'augmentation des coûts de recherche pour les consommateurs, l'impact sur la réputation du registrant et sur sa capacité à attirer du trafic.

43. Comme suggéré, la fonction économique des noms de domaine est liée à celle des marques commerciales qui protègent également la propriété intellectuelle d'un détenteur de marques commerciales en empêchant la confusion générée par les efforts des rivaux pour entamer la réputation du détenteur de la marque. De même, l'intérêt des registrants à protéger leurs noms de domaine contre toute imitation ou effet nuisible d'autres qui tentent d'utiliser un nom de marque protégé ou qui peut porter à confusion avec une marque commerciale protégée est significatif.

44. Dans leur analyse de la fonction économique des marques commerciales, William Landes et Richard Posner expliquent que :

... une marque commerciale est un mot, symbole ou autre signifiant utilisé pour distinguer un bien ou service produit par une entreprise à partir des biens ou services d'autres entreprises. Pour exécuter sa fonction de dénomination, une marque commerciale ou un nom de marque... ne doit pas être dupliqué. Autoriser un autre fabricant de café décaféiné à vendre son café sous le nom « Sanka » pourrait supprimer l'avantage lié au nom. Si la loi ne l'interdit pas, la liberté peut supprimer le capital d'informations d'une marque commerciale et le prospect peut ainsi supprimer le développement d'une marque commerciale dominante.³⁸

45. Généralement, les termes « génériques » ne peuvent cependant pas définir des marques commerciales.³⁹ Comme défini par Landes et Posner, « un nom ou terme générique n'est pas, par définition, le nom d'une marque mais d'un produit dans son

³⁸. W. Landes et R. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press of Harvard University Press (2003), p. 166-168.

³⁹. Landes et Posner, chapitre 7, p. 190. Cette déclaration générale comporte des exceptions. Par exemple, un terme peut être générique pour certains biens (et n'est donc pas protégé), mais peut définir une marque commerciale pour son utilisation avec d'autres biens. Par exemple, le mot « apple » est générique s'il s'applique au fruit mais peut définir une marque commerciale dans le domaine des ordinateurs.

ensemble : ‘avion’ et ‘ordinateur’ par exemple. »⁴⁰ Le manque de protection légale des termes génériques est cohérent avec les principes d'efficacité économique car l'octroi de marques commerciales pour de tels termes pour une entreprise peut augmenter les coûts de recherche des consommateurs et affecter la concurrence des autres entreprises.

L'octroi d'une protection légale pour les termes génériques n'a également aucun sens dans la protection des efforts d'investissements des entreprises pour se forger une réputation et un capital d'informations dans ce terme. Comme Landes et Posner l'expliquent :

... si une seule entreprise se voit accorder le droit d'utilisation exclusif du ou des mots identifiant un produit dans son ensemble, à l'opposé d'une marque individuelle du produit, la concurrence des autres entreprises fabricant le même produit sera affectée. Ainsi, si un fabricant d'ordinateurs personnels ne pouvait pas utiliser les termes « ordinateur personnel » ou « PC » dans ses publicités ou sur ses emballages car une autre entreprise a obtenu les droits exclusifs sur ces termes, il devrait probablement décrire son produit comme « une machine capable de traiter des mots, des calculs à grande vitesse et d'autres manipulations de données à l'aide d'une unité de traitement centrale », etc. Des phrases longues étant plus difficiles à mémoriser que des phrases courtes, une description longue peut véhiculer des informations moins utiles sur le produit de l'entreprise qu'un seul mot ou une phrase courte, d'où des coûts de recherche supérieurs.⁴¹

46. Les noms de domaine Internet peuvent être basés sur des marques commerciales (par ex., *Ford.com*) et des termes génériques (*cars.com*), et les nouveaux gTLD qui pourraient être autorisés selon la proposition de l'ICANN peuvent également inclure des marques commerciales (*.Ford*) et des termes génériques (*.cars*). L'évaluation économique de la proposition de l'ICANN soulève des problèmes distincts pour les gTLD qui utilisent des termes génériques et des marques commerciales et reflète l'intérêt

⁴⁰. Landes et Posner, p. 190-91.

⁴¹. Landes et Posner, p. 175.

économique de la protection de la propriété intellectuelle des détenteurs de marques commerciales et de la promotion de l'utilisation non restreinte des termes génériques.

47. La protection des marques commerciales s'étend aux noms de domaine pour que, par exemple, seul Ford puisse utiliser et/ou empêcher les autres d'utiliser des noms de domaine comme *Ford.com* et donc d'enregistrer un gTLD *.Ford*.⁴² Le congrès a promulgué la loi de protection des consommateurs contre le cybersquattage (Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act) en 1999 afin de clarifier le rôle des marques commerciales dans les noms de domaine et afin d'empêcher le « cyberquattage » (tentatives d'entreprises pour acquérir des noms de domaine, notamment ceux impliquant des marques commerciales, dans le but de les revendre aux détenteurs de marques commerciales). L'ICANN a également défini des mécanismes de résolution des litiges liés aux noms de domaine rencontrés dans les gTLD ; par exemple, il a défini en 1999 sa politique de résolution des litiges uniforme qui définit des procédures de résolution des litiges associés aux noms de domaine.⁴³ Comme cela sera abordé ultérieurement, l'ICANN a également lancé un processus de résolution des problèmes des détenteurs de marques commerciales et d'amélioration des mécanismes de résolution des litiges relatifs à l'utilisation des marques commerciales dans les noms de domaine.

48. Cependant, comme le soulignent divers commentaires sur la proposition de gTLD de l'ICANN, les détenteurs de marques commerciales s'efforcent toujours de contrôler l'utilisation non autorisée de leurs marques et de renforcer leurs droits de

⁴². Loi de protection des consommateurs contre le cybersquattage (Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act), Novembre 1999.

⁴³. Selon ces procédures, un objecteur dépose une plainte auprès d'un prestataire de services de résolution des litiges approuvé par l'ICANN qui suit les politiques et procédures de l'ICANN pour la traiter.

propriété. De nombreux détenteurs de marques commerciales sont inquiets que l'introduction de nouveaux gTLD entraîne des coûts supplémentaires de contrôle et de renforcement de l'utilisation de ces marques commerciales, notamment l'entrée d'enregistrements défensifs qui ne renforcent en rien l'efficacité et qui ne servent qu'à protéger la propriété intellectuelle du détenteur de la marque.⁴⁴ Dans le même temps, il est important de souligner que les registrants qui utilisent des termes génériques dans les noms de domaine ont également un intérêt privé à restreindre la concurrence en limitant l'utilisation de ces termes par des rivaux des noms de domaine et des gTLD, même si l'avantage éventuel est réduit en termes de coûts de contrôle et renforcement réduits dans de telles circonstances en limitant l'utilisation de termes génériques.

49. En effet, un avantage éventuel et significatif de l'introduction de nouveaux gTLD pourrait être de simplifier l'expansion de l'utilisation des termes génériques dans les noms de domaine. Comme souligné ci-dessus, l'utilisation de tels termes peut augmenter les droits des consommateurs en réduisant les coûts de recherche des utilisateurs d'Internet. Par exemple, la définition de *.cars* comme gTLD peut faciliter la capacité des utilisateurs d'Internet à identifier des informations relatives aux automobiles et peut permettre aux registrants d'attirer des visiteurs.

B. LES RESTRICTIONS DES ENTRÉES PEUVENT ÊTRE UN MÉCANISME DE PROTECTION DES MARQUES COMMERCIALES INEFFICACE.

50. Bien que la protection des marques commerciales et de la propriété intellectuelle optimise les droits des consommateurs, l'efficacité économique requiert que les détenteurs de marques commerciales soient protégés au plus faible coût possible. Les

⁴⁴. Voir, par exemple, les commentaires soumis par Microsoft et US Telecom à l'ICANN, 15 décembre 2008 (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/>).

restrictions des entrées ne semblent pas être la méthode la plus fiable de protection des détenteurs de marques commerciales.

51. Il existe déjà des mécanismes de protection de l'utilisation des marques commerciales dans les noms de domaine. Comme mentionné précédemment, outre les lois relatives aux marques commerciales, ICANN maintient l'UDRP pour résoudre les plaintes telles qu'un registrant détient un nom de domaine qui affecte une marque commerciale existante. Bien qu'un grand nombre de litiges soient résolus selon ces procédures et que ces règles ne puissent pas satisfaire les détenteurs de marques commerciales, les restrictions des entrées constituent une approche extrême pour résoudre les problèmes des marques commerciales lorsque des approches alternatives, comme la modification des mécanismes de résolution des litiges existants, peuvent également permettre d'atteindre ces objectifs tout en préservant les avantages des nouvelles entrées pour les consommateurs.

52. Par exemple, la documentation économique signale que les demandes non fondées de gTLD et/ou les défis non fondés de nouveaux noms peuvent être exclus en demandant à la partie qui perd un défi de supporter les coûts légaux des deux parties. Selon de telles règles « le perdant paie », un non-détenteur de marque commerciale qui tente d'obtenir un nom de domaine ou un gTLD basé sur une marque commerciale devrait s'acquitter des frais légaux du détenteur de la marque commerciale et des frais administratifs associés si ce dernier remporte le défi sur le nom de domaine ou le gTLD. Une telle règle pourrait empêcher les tentatives non fondées de non-détenteurs de marques commerciales pour obtenir des noms de domaine basés sur des termes de marques commerciales ou qui peuvent porter à confusion avec de tels termes ainsi que la

nécessité d'enregistrements défensifs.⁴⁵ Selon une approche plus extrême encore de la règle « le perdant paie », les parties dont les noms de domaine affectent une marque commerciale peuvent se voir infliger une pénalité.⁴⁶

53. De plus, l'ICANN s'est engagé dans un processus d'évaluation des problèmes des détenteurs de marques commerciales en sollicitant des recommandations pour l'amélioration des mécanismes de protection de la propriété des détenteurs de marques commerciales permettant d'empêcher l'utilisation non autorisée des marques commerciales dans les noms de domaine. En mars 2009, l'ICANN a créé l'IRT dont l'objectif est de prendre en compte et de suggérer des propositions de protection des droits légaux des propriétaires de marques commerciales en ciblant, mais sans se limiter à, des problèmes liés à l'introduction de nouveaux gTLD.⁴⁷

54. L'IRT a récemment rendu un rapport qui propose de nouveaux mécanismes de protection des détenteurs de marques commerciales, notamment : la création d'un organe centralisé de la propriété intellectuelle pour prendre en charge les nouveaux gTLD ; l'institution d'un mécanisme pour bloquer l'enregistrement de noms de domaine avec certaines marques commerciales protégées au niveau international (figurant dans la liste des marques protégées à l'échelle internationale (Globally Protected Marks List)) dans l'espace de noms de domaine de premier et de second niveau ; et la création d'un lieu dédié aux recours accélérés pour les violations et abus de marques

⁴⁵. J. Hughes et E. Snyder, « Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence », 38 J. Law and Econ. 225 (1995).

⁴⁶. Pour s'assurer que les entreprises disposent des fonds suffisants pour s'acquitter des pénalités, l'ICANN pourrait demander une garantie lors du dépôt du litige ou de l'enregistrement d'un domaine.

⁴⁷. Rapport de l'IRT (<http://www.icann.org/en/announcements/announcement-4-29may09-en.htm>)

commerciales évidents. Les recommandations de l'IRT au Conseil d'administration de l'ICANN sont en cours de révision et une consultation publique supplémentaire est envisagée.

55. Enfin, l'expansion du nombre de TLD selon la proposition de l'ICANN pourrait ne soulever aucun nouveau problème de renforcement et de contrôle des marques commerciales non rencontré dans le DNS existant. Imaginez par exemple que Ford tente de protéger son nom de domaine *Ford.com*. Il existe déjà divers noms alternatifs qu'il maintient et contrôle, notamment *Fordvehicles.com*, *Lincoln.com*, etc. Difficile de savoir dans quelle mesure l'introduction d'un nouveau gTLD, *.cars* destiné aux sites liés aux automobiles, pourrait augmenter les efforts et coûts associés au contrôle de l'utilisation des marques Ford. L'introduction des marques commerciales Ford dans le gTLD *.cars* soulève le même problème que dans les autres gTLD et ne semble donc pas poser de nouveau problème quant à l'identification ou au contrôle des marques commerciales dans les noms de domaine.

C. LES OPPOSANTS SEMBLENT SURESTIMER L'AMPLEUR DES PROBLÈMES « D'ENREGISTREMENT DÉFENSIF ».

56. Bien que les problèmes liés à l'impact des gTLD sur la nécessité des « enregistrements défensifs » méritent une attention toute particulière, l'étendue de tels enregistrements est relativement peu connue. Le rapport économique d'AT&T demande des précisions sur l'étendue des « enregistrements défensifs » mais semble surestimer l'ampleur de ces problèmes. Plus particulièrement, le rapport Kende présente des données de MarkMonitor pour cinq entreprises « représentatives » et suggère que plus de 99 % des enregistrements de ces entreprises sont défensifs. Le Dr. Kende définit les enregistrements défensifs comme ceux qui « redirigent le trafic vers un enregistrement central » et demande qu'ils ne soient destinés à aucun autre objectif que celui « d'empêcher un cybersquatteur de les enregistrer ».⁴⁸

57. Cependant, de nombreux enregistrements qui « redirigent le trafic » vers d'autres sites ont des objectifs productifs pour attirer et fidéliser du trafic Internet et non principalement pour empêcher le cybersquattage. Le Dr. Kende ne distingue pas ces autres types d'enregistrements défensifs.⁴⁹ Par exemple, les types d'enregistrements

⁴⁸. Rapport Kende, p.7. Le Dr. Kende définit plus en détail les enregistrements défensifs comme suit : « Enregistrement défensif : Ces enregistrements ne sont pas uniques en ce qu'ils ne résolvent pas, ou qu'ils redirigent le trafic vers un enregistrement central, ou qu'ils ne contiennent pas de contenu unique (par exemple, les enregistrements contenant des syntaxes d'un nom de marque commerciale. Ceux-ci sont enregistrés pour empêcher un cybersquatteur de les enregistrer ou sont récupérés à des cybersquatteurs qui les ont enregistrés en premier. »

⁴⁹. Le Dr. Kende n'a pas fourni les formulaires de données ou d'enquête qui fondent son analyse. Difficile donc de savoir si les participants à l'enquête considèrent tous les enregistrements qui redirigent principalement le trafic vers d'autres domaines comme des investissements défensifs non productifs ou s'il s'agit de l'interprétation du Dr. Kende.

suivants qui dirigent le trafic vers d'autres sites pourraient attirer du trafic et ne seraient pas conservés simplement pour empêcher le cybersquattage :

- enregistrements impliquant des noms de marques commerciales qui dirigent le trafic vers le site Web d'une société-mère ;
- enregistrements impliquant des noms de marques commerciales dont l'utilisation n'est plus active ;
- enregistrements impliquant des noms de marques commerciales non utilisées actuellement qui peuvent être utilisées à l'avenir ;
- enregistrements impliquant des fautes d'orthographe qui redirigent le trafic vers le site principal.

58. Prenons un exemple simple : mon entreprise, Compass Lexecon, dispose actuellement de plusieurs dizaines d'enregistrements en plus de *compasslexecon.com*. Parmi ceux-ci, *compass.com* et *lexecon.com*, à l'origine des enregistrements détenus par deux entreprises qui ont fusionné pour former Compass Lexecon.⁵⁰ Ces domaines n'hébergent actuellement aucun contenu mais acheminent le trafic vers *compasslexecon.com*. La conservation de ces enregistrements empêche une perte éventuelle de trafic généré par des individus qui ne savent pas que le nom de l'entreprise a changé. Ils pourraient cependant être considérés comme des enregistrements défensifs non productifs selon la norme proposée par le Dr. Kende.

59. Une multitude de raisons expliquent pourquoi les entreprises conservent des enregistrements défensifs qui n'ont aucun lien avec la protection des marques

⁵⁰. Compass Lexecon dispose également de divers enregistrements .cc et enregistrements associés qui dirigent le trafic vers le site *compasslexecon.com*.

commerciales.⁵¹ Aucun doute que certains enregistrements sont destinés à empêcher les abus vis-à-vis des marques commerciales. Le manque de distinction du Dr. Kende entre les enregistrements défensifs conçus uniquement pour empêcher le cybersquattage et ceux permettant d'attirer et de conserver le trafic Internet (en le redirigeant vers un autre site), pour résumer les données de MarkMonitor, accentue les effets inverses de la proposition de gTLD de l'ICANN.

60. Le succès relativement limité de nouveaux TLD comme *.info* et *.biz* suggère également que les enregistrements défensifs sont moins importants qu'AT&T et d'autres commentateurs l'affirment. Depuis son introduction en 2001, le TLD *.info* a attiré 5 millions de registrants et le TLD *.biz* en a attiré 2 millions, bien en dessous des 80 millions environ de registrants utilisant *.com*.⁵² Bien que certains enregistrements de noms de domaine selon les nouveaux gTLD puissent être conçus à but défensif, le nombre limité d'enregistrements de nouveaux gTLD indique que la grande majorité des registrants *.com* n'a pas jugé utile d'obtenir des enregistrements défensifs dans les nouveaux gTLD.

V. LE PLAFONNEMENT DES PRIX NE GÉNÉRERA PROBABLEMENT PAS D'AVANTAGES SIGNIFICATIFS POUR LES CONSOMMATEURS.

61. Diverses parties ont suggéré que les prix des nouveaux gTLD soient plafonnés comme les *.com* et autres TLD principaux non sponsorisés comme *.net*, *.org*,

⁵¹. Autre exemple : les entreprises peuvent enregistrer divers noms de domaine de « zone inverse » pour contrôler la source du trafic Internet. Ils pourraient être considérés comme des enregistrements « défensifs » par le Dr. Kende mais n'ont aucun lien avec la protection des marques commerciales.

⁵². Rapports mensuels de l'opérateur de registre de l'ICANN, janvier 2009.

.info, *.biz* et d'autres encore.⁵³ Les deux problèmes principaux motivant cette proposition sont : (i) que les propriétaires de marques commerciales se voient facturer des prix ultra-compétitifs pour les enregistrements défensifs, et (ii) que les registrants concernés se voient facturer des prix ultra-compétitifs en raison des coûts de transfert vers un autre registre. Cette section explique que ces deux problèmes ne sont pas abordés.

A. LA POSSIBILITÉ D'AUTRES MÉCANISMES DE PROTECTION DES DÉTENTEURS DE MARQUES COMMERCIALES IMPLIQUE QUE LE PLAFONNEMENT DES PRIX EST INUTILE POUR PROTÉGER LES CONSOMMATEURS.

62. Le DOJ et d'autres suggèrent que le plafonnement des prix des nouveaux gTLD est approprié car les nouveaux gTLD pourront appliquer des prix ultra-compétitifs en raison d'une demande d'enregistrements défensifs susceptible d'être très peu flexible.⁵⁴ La demande de tels enregistrements peut cependant ne pas être flexible si les mécanismes de résolution des litiges permettant de renforcer les droits de propriété ne sont pas efficaces.

63. Comme décrit ci-dessus, il existe déjà des mécanismes de résolution des litiges et l'ICANN s'est activement engagé dans des procédures conçues pour modifier et améliorer ces mécanismes. Grâce à des propositions conçues de manière appropriée pour protéger les marques commerciales, aucune raison de penser que les nouveaux gTLD pourront appliquer des prix excessifs et inutile donc de plafonner les prix. Comme décrit plus en détails ci-dessous, un plafonnement des prix peut décourager l'investissement de nouveaux gTLD et l'expérimentation de nouveaux modèles commerciaux avec la

⁵³. Voir, par exemple, la lettre de la NTIA, p.2 et la lettre du DOJ, p.7.

⁵⁴. Rapport Kende, p. 12.

possibilité de défier les TLD *.com* et autres principaux TLD pour les nouveaux registrants.

B. LES COÛTS DE TRANSFERT CRÉENT DES INCITATIONS DE CONCURRENCE « A PRIORI » ENTRE LES FOURNISSEURS.

64. Les registrants qui adoptent un nom de domaine Internet particulier font face à des coûts de transfert de registre car l'utilisation du TLD dans le nom de domaine empêche la transmission des adresses Internet entre les registres. Par exemple, le détenteur d'un nom de domaine qui souhaite changer de registres doit, au minimum, adopter un nouveau TLD. Les coûts de transfert s'appliquent à divers produits et secteurs et leur existence peut décourager les consommateurs vis-à-vis de leurs fournisseurs. Ceci peut créer une incitation pour les opérateurs de registre à augmenter de manière opportuniste les prix lorsqu'un registrant obtient un nouveau nom de domaine à des niveaux supérieurs aux registraires lorsqu'ils obtiennent leur nom de domaine. Les défenseurs de l'adoption du plafonnement des prix pour les services de registre dans les contrats de registre peuvent avancer l'idée qu'un tel plafonnement supprime le risque d'un tel comportement opportuniste des registres.

65. La concurrence entre fournisseurs pour attirer de nouveaux consommateurs sur des marchés caractérisés par des coûts de transfert limite ou supprime cependant l'incitation et la capacité des fournisseurs à agir de manière opportuniste. Par exemple, un fournisseur qui applique des prix inattendus ou déraisonnables affectera rapidement sa réputation, rendant ainsi difficile l'attraction de nouveaux consommateurs. Même sans plafonnement des prix, la concurrence peut donc réduire voire supprimer les actes opportunistes des fournisseurs.

66. La documentation économique reconnaît le rôle de la concurrence « a priori » sur le découragement de comportement opportuniste des fournisseurs de produits qui comprennent des coûts de transfert. Par exemple, une étude académique majeure sur les coûts de transfert déclare :

Le monopole d'une entreprise sur ses segments de marché respectifs conduit à une concurrence féroce des parts de marchés avant que les consommateurs ne soient eux-mêmes liés aux fournisseurs.⁵⁵

67. La documentation économique reconnaît également qu'une entreprise qui agit de manière opportuniste avec ses consommateurs par le biais de coûts de transfert affectera probablement sa réputation, limitant ainsi sa capacité à attirer de nouveaux consommateurs sur le long terme :

... chaque vendeur dispose d'acheteurs « captifs » sur le court terme. Nous ne devons pas nous inquiéter des faibles degrés de monopole ; le libre marché s'en chargera plus rapidement qu'une loi antitrust. Le vendeur qui exploite son « monopole » sur les pièces de rechange perdra de nombreux acheteurs de son équipement d'origine lors de la période suivante.⁵⁶

68. Ce sentiment se retrouve chez Carl Shapiro (1995), secrétaire adjoint actuel de l'avocat général de la division Antitrust du Département de la Justice américain, dans son analyse de la décision de la cour suprême américaine dans l'affaire *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*⁵⁷ Ce cas incluant des plaintes telles que

⁵⁵. Klemperer, Paul. « Markets with Consumer Switching Costs » *Quarterly Journal of Economics* 102 (1987), 375-394, p. 377. Je suis arrivé à des conclusions similaires dans mon analyse du cas *Kodak*. Carlton, Dennis. « A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided », *Antitrust Law Journal* 68 (2001), 659-683, p. 679.

⁵⁶. Posner, Richard. *Antitrust Law*, 2^{ème} édition. Chicago : University of Chicago Press, 2001, p. 230.

⁵⁷. Shapiro, Carl. « Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of *Kodak*, »

Kodak violait les lois antitrust en limitant la capacité des consommateurs à obtenir des pièces de rechange d'entreprises autres que Kodak. Shapiro conclut que les fournisseurs de marchés à forte croissance font à face aux incitations les plus fortes pour préserver leur réputation et éviter ainsi un comportement opportuniste.⁵⁸ Ceci est dû, dans un marché à forte croissance, au fait qu'une entreprise opportuniste risque des pertes futures supérieures à celles sur des marchés stables ou décroissants. L'argument du plafonnement des prix est moins fiable dans les secteurs à croissance rapide.

69. La concurrence a priori permet de protéger les consommateurs non informés, qui prennent des risques supérieurs face aux augmentations opportunistes des prix, et les consommateurs mieux informés car ces deux ensembles de consommateurs payent les mêmes prix. D'autres mécanismes contractuels peuvent également être négociés pour empêcher le comportement opportuniste des fournisseurs. Par exemple, les entreprises et les consommateurs peuvent conclure des contrats à long terme avec des clauses de renouvellement spécifiant la capacité du fournisseur à changer ses prix dans le temps.

C. LA CONCURRENCE ENTRE LES REGISTRES TLD EXISTANTS ET NOUVEAUX LIMITENT LES PROBLÈMES DE COMPORTEMENT OPPORTUNISTE.

70. Dès 1998, la FTC (Federal Trade Commission) conclut que l'existence de coûts de transfert pour les détenteurs de noms de domaine n'augmente pas la privatisation du DNS Internet. En réponse à la demande de commentaires sur ce point de la NTIA (National Telecommunications and Information Administration), la FTC conclut :

Il pourrait sembler plausible que l'absence de portabilité du nom de domaine entre les registres pourrait imposer un coût de transfert aux

Antitrust Law Journal 63 (1994), 483-511.
⁵⁸. Shapiro (1994), p 490.

utilisateurs qui changent de registres... Théoriquement, il est donc possible qu'un fournisseur augmente les prix futurs pour les consommateurs liés...

L'analyse économique des marchés comprenant des coûts de transfert a identifié de nombreux facteurs qui, dans certains cas, peuvent affecter la capacité et l'incitation d'un fournisseur à agir de manière opportuniste vis-à-vis de ses consommateurs liés...

Nous pourrions conclure que, de manière générale, même si l'opportunisme du fournisseur est possible, les avantages éventuels d'une concurrence accrue pour les consommateurs (comme cela est possible avec des réductions de prix et des améliorations de la qualité) sont en faveur de [l'affectation de registre pour des entreprises à but lucratif].⁵⁹

71. La concurrence actuelle entre divers TLD réduit les problèmes de comportement opportuniste des nouveaux registres gTLD pouvant être dû aux coûts de transfert imputés aux registrants de nouveaux noms de domaine. Tout d'abord, les nouveaux registres gTLD font face à la concurrence d'une grande variété d'alternatives, notamment les TLD principaux existants (.com, .net, .org), les TLD existants moins dominants (.info, .biz), les TLD de code de pays, les TLD sponsorisés (.museum, .aero), et d'autres gTLD nouveaux venus. La présence de ces alternatives implique que les nouveaux gTLD ne parviendront probablement à attirer un nombre significatif de nouveaux registrants s'ils adoptent un comportement opportuniste qui affecte leur réputation. Dans ces conditions, le plafonnement des prix est inutile pour protéger les registrants utilisant les nouveaux registres gTLD.

72. Les problèmes de comportement opportuniste des opérateurs de registre sont davantage limités de sorte que les nouveaux gTLD proposent des services par le biais des registraires existants. Il peut être attendu que l'engagement actuel des

⁵⁹. Commentaires des membres du Bureau of Economics and Competition de la FTC : « In the Matter of Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses », mars 23, 1998, p. 3-4.

registraires à proposer des services liés au nom de domaine leur permette d'être bien informés d'un éventuel comportement opportuniste des opérateurs de registre et de se trouver dans une position leur permettant d'éloigner les éventuels consommateurs des nouveaux gTLD agissant ainsi.

73. Le fait que les TLD principaux existants sont actuellement soumis à des plafonnements des prix limite davantage la capacité des opérateurs de nouveau registre gTLD d'appliquer des prix non compétitifs. Plus particulièrement, les contrats actuels entre le Département du Commerce américain, l'ICANN et VeriSign plafonnent les augmentations de prix que VeriSign peut appliquer aux registraires de TLD .com et .net. Les prix de plusieurs autres TLD non sponsorisés (.info et .biz par exemple) sont également plafonnés. Bien que la légitimité du plafonnement des prix puisse être débattue, son existence limite les prix que les nouveaux gTLD peuvent appliquer en plafonnant le prix facturé par les principaux opérateurs de registre.

74. Même si les prix des TLD principaux sont plafonnés, nombre des nouveaux TLD sponsorisés, *.museum*, *.travel* et *.tel* par exemple, ne le sont pas. Je ne connais aucune plainte de registraires ou d'utilisateurs finals qui obtiennent des services de ces nouveaux TLD sponsorisés telle que leurs registres ont eu un comportement opportuniste en augmentant considérablement les prix pour les consommateurs existants. Ceci apporte une preuve supplémentaire sur le fait que le plafonnement des prix est inutile pour protéger les registrants d'un comportement opportuniste des nouveaux registres gTLD.

75. Enfin, la croissance continue des services Internet réduit davantage les problèmes de comportement opportuniste des opérateurs de nouveaux registres gTLD.

Comme souligné ci-dessus, les incitations de comportement opportuniste sont inférieures dans les secteurs à forte croissance. Le nombre de noms de domaine enregistrés et l'utilisation d'Internet ont connu une croissance extraordinaire ces dernières années et une croissance rapide et continue est attendue. Le nombre d'utilisateurs d'Internet aux États-Unis a également augmenté de 31 millions environ en 1997 pour atteindre 90 millions en 2000 et plus de 183 millions en 2007.⁶⁰ Une croissance continue d'Internet est attendue. Par exemple, il est prévu que le trafic IP total soit multiplié par six entre 2007 et 2012.⁶¹ Dans ces conditions, les opérateurs opportunistes de nouveaux registres gTLD pourraient connaître une perte commerciale future significative. **VI. CONCLUSION**

76. Les avantages de l'entrée libre sont bien connus et l'introduction de nouveaux gTLD bénéficiera probablement aux consommateurs en soumettant des *.com* et autres gTLD pour développer la concurrence en élargissant le choix disponible pour les consommateurs et en facilitant l'innovation. Dans le même temps, les plaintes telles que l'introduction de nouveaux gTLD entraînera la nécessité de nombreux enregistrements défensifs semblent exagérées et incohérentes avec l'observation soulignée du nombre limité d'enregistrements de gTLD introduits ces dernières années. Le cadre légal existant et les procédures définies par l'ICANN proposent des mécanismes de protection des marques commerciales et de résolution des problèmes liés à la confusion des consommateurs. Si nécessaire, divers mécanismes supplémentaires peuvent être créés par l'ICANN pour protéger contre les abus vis-à-vis des marques commerciales existantes. La solution draconienne de limitation des entrées comme méthode pour

⁶⁰. Résumé statistique des États-Unis 2007 : Utilisation d'Internet et services en ligne (Internet Usage and Online Services) (<http://www.census.gov>)

⁶¹. Voir « Cisco Visual Networking Index – Forecast and Methodology, 2007-12 », disponible à l'adresse http://newsroom.cisco.com/dlls/2008/prod_061608b.html

empêcher la nécessité d'enregistrements défensifs n'est probablement pas un mécanisme fiable pour aborder ces coûts car ils privent les consommateurs des avantages des nouvelles entrées.

77. De plus, aucun argument économique n'existe quant à l'imposition du plafonnement des prix sur les registres de ces nouveaux gTLD. Les procédures de l'ICANN existantes et proposées qui sont conçues pour protéger les droits des détenteurs de marques commerciales réduisent la nécessité des enregistrements défensifs et du plafonnement des prix pour protéger ces détenteurs. En ce qui concerne les problèmes de protection des détenteurs de marques commerciales, il existe divers mécanismes sur le marché qui protègent les consommateurs rencontrant des coûts de transfert comme les détenteurs de noms de domaine des nouveaux registres gTLD. Sans plafonnement des prix, les opérateurs de nouveaux registres gTLD qui tentent d'agir de manière opportuniste en augmentant les prix pour les registraires après que les registrants ont enregistré des noms de domaine s'exposent à des risques considérables pour leur réputation et la perte de consommateurs futurs. Ces risques sont accentués par la possibilité de noms de domaine d'une grande variété d'autres registres, dû au fait que les prix facturés par les principaux registres sont déjà plafonnés et par la croissance continue et attendue d'Internet. Dans le même temps, la demande faite aux nouveaux gTLD de plafonner leurs prix limite leur flexibilité pour attirer de nouveaux consommateurs, est en conflit avec l'objectif bien défini de l'ICANN d'encourager la concurrence dans la fourniture de services de registre en facilitant l'introduction de nouveaux gTLD.

78. Pour résumer, étant donné la capacité et l'incitation de l'ICANN à modifier des procédures existantes et à en adopter de nouvelles qui protègent les droits de

propriété des registrants, ce serait une erreur de résoudre ce problème avec la solution draconienne d'un embargo pour tout nouveau TLD.