



CENTRE PERELMAN
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

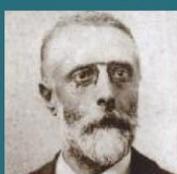
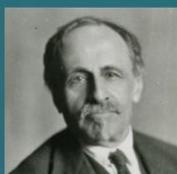
LA CONTRIBUTION DE L'ICANN
À L'ÉMERGENCE D'UN
STANDARD GLOBAL DE LA
LIBERTÉ D'EXPRESSION

Caroline Bricteux



www.philodroit.be

Working Paper no. 2014/5



LA CONTRIBUTION DE L'ICANN À L'ÉMERGENCE D'UN STANDARD GLOBAL DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION¹

Caroline Bricteux

Chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit

Université Libre de Bruxelles

INTRODUCTION

L'Internet constitue un terrain propice à l'adoption de normes globales. La nature décentralisée, ouverte et globale du « réseau des réseaux » permet en effet aux multiples organisations qui contribuent à son fonctionnement et à son évolution de développer et de mettre en œuvre des standards sans égard pour les frontières étatiques et les traités internationaux. L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ci-après, ICANN), une association sans but lucratif de droit californien, est la figure de proue de ce système complexe d'organisations. En charge de l'administration du *Domain Name System* (ci-après, DNS)² depuis 1998³, elle assure une mission indispensable au bon fonctionnement de l'Internet : la traduction des noms de domaines tels que *google.com* ou *un.org* en suites numériques, les adresses IP, permettant ainsi la communication entre les ordinateurs connectés au réseau. A mesure que croît la dépendance à l'Internet de secteurs toujours plus nombreux de la vie sociale, la fonction essentiellement technique de l'ICANN change progressivement de nature. Parce que les noms de domaine s'apparentent de plus en plus manifestement à une ressource commune, voire à un bien public mondial, l'ICANN se retrouve *volens nolens* être un acteur privé de droit américain en charge d'une mission d'intérêt public global⁴ lorsqu'elle gère le DNS et coordonne l'élaboration, la mise en œuvre et le respect des régimes et des normes qui lui sont applicables⁵.

¹ Ce texte constitue une version augmentée et actualisée de mon intervention au colloque « Vers des standards constitutionnels mondiaux ? » (Université de Lille 2 Droit et Santé, 24-25 octobre 2013). Je remercie Gregory Lewkowicz pour ses commentaires au cours de la rédaction de cette étude. Les sites web mentionnés ont été consultés pour la dernière fois le 15 mai 2014.

² L'Internet est composé de milliers de réseaux rendus interopérables par l'utilisation de protocoles standardisés et d'identifiants uniques : les adresses IP (pour *Internet Protocol*) et les noms de domaine. Les adresses IP sont des suites numériques qui permettent d'identifier les ordinateurs connectés au réseau et d'assurer la communication entre eux. Pour faciliter la navigation des utilisateurs humains, une traduction intelligible de ces adresses numériques est fournie sous la forme d'un nom de domaine, au moyen du *Domain Name System*.

³ Un aspect important du DNS tient à la nécessité de la centralisation de sa gestion pour en assurer l'interopérabilité et garantir le caractère unique de chaque nom de domaine. Jusqu'en 1998, cette centralisation était assurée de manière informelle par les concepteurs du DNS, grâce à des financements publics américains. Cette gestion informelle a fait long feu avec l'expansion et la commercialisation du réseau : en 1998, le Département américain du Commerce a procédé à la « privatisation » de la gestion du DNS, en la confiant à une entité nouvellement créée sous la forme d'une association sans but lucratif de droit californien, l'ICANN (voy., entre autres, M. MUELLER, *Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2002). L'emploi de guillemets ne nous paraît pas superflu : le gouvernement américain ne s'est en effet pas réellement dégagé du DNS, conservant jusqu'en 2009 une forme de tutelle sur l'ICANN et détenant encore aujourd'hui des pouvoirs exorbitants sur le DNS, qui font l'objet de vives critiques par un grand nombre d'États (voy., entre autres, M. FROMKIN, « Almost free: an Analysis of ICANN's "Affirmation of Commitments" », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 9, n° 1, 2011, pp.187-234).

Les normes développées par l'ICANN se distinguent à la fois par leur portée et par leur processus d'élaboration qualifié de *bottom-up* en ce qu'il est initié et géré par la communauté Internet elle-même. Développées au sein d'organisations de soutien, la GNSO (*Generic Names Supporting Organization*) et la ccNSO (*Country-Code Names Supporting Organization*) – qui regroupent des représentants du secteur privé et de la société civile – les politiques de l'ICANN sont ensuite soumises à l'approbation de son Conseil d'administration (ci-après, CA). Les gouvernements nationaux sont exclus de ces instances et ne disposent que d'un rôle consultatif via un comité spécifique (*Governmental Advisory Committee*, ci-après GAC)⁶.

Dans l'accomplissement de sa mission, l'ICANN est ainsi amenée, parfois à son corps défendant, à élaborer et adopter des normes substantielles de portée mondiale dont les effets sont, à tout le moins, fonctionnellement équivalents à ceux des règles de droit. A cet égard, l'étude du programme « New gTLDs » et de l'appel d'offres lancé dans son sillage par l'ICANN en 2012 afin de sélectionner de nouveaux registres (*registries*) de noms de domaines génériques est particulièrement révélatrice. Le programme « New gTLDs » visant à introduire de nouvelles extensions génériques (*generic Top-Level Domain*, ci-après gTLD), à côté du fameux *.com* et en parallèle aux extensions nationales telles le *.be* ou *.fr*, illustre en effet de manière éclairante le processus de formation d'un droit global⁷ tel qu'il est analysé depuis une quinzaine d'années par le Centre Perelman de philosophie du droit selon la méthode pragmatique de l'Ecole de Bruxelles⁸. La mise sous pression de l'ICANN par une multitude d'acteurs, publics ou privés, conduit en effet celle-ci à assumer *de facto* la promulgation, l'exécution et la sanction de certaines règles dont l'objet est étranger à la mission technique initiale de l'organisation. L'ICANN constitue de ce point de vue un véritable « point de contrôle »⁹ de l'Internet qui, au vu de l'échec des mécanismes

⁴ B. DE LA CHAPELLE, « Gouvernance Internet : tensions actuelles et futurs possibles », *Politique étrangère*, 2012/2, p. 252 ; E. LAGRANGE, « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers : un essai d'identification », *Revue générale de droit international public*, t. CVIII, 2004, pp. 305-344.

⁵ Voy. l'article 1, section 1, des *Bylaws* (statuts) de l'ICANN, <<http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws>> (version du 11 avril 2013). Notons que, même si l'ICANN fournit une traduction française de certains de ses documents (à la qualité aléatoire), il convient de toujours se référer à la version anglaise qui seule fait foi.

⁶ Ce rôle consultatif a toutefois été renforcé en 2002, le CA est désormais tenu de prendre en considération l'avis du GAC et de motiver sa décision lorsqu'il s'en départit. Sur la montée en puissance du GAC et des gouvernements dans la gestion du DNS, voy. notamment : C. BRICTEUX, « Le Domain Name System : point de départ de la conquête de l'Internet par l'Etat ? », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2012, n° 46, spéc. pp. 11-16 ; M. MUELLER, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2010 ; J. WEINBERG, « Governments, Privatization and “Privatization”: ICANN and the GAC », *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 18, n° 1, 2011, pp. 189-218.

⁷ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, pp. 17-48.

⁸ B. FRYDMAN, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'Ecole de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, n° 1, pp. 92-98.

⁹ J. ZITTRAIN, « Internet Points of Control », *Boston College Law Review*, 2003, vol. 44, issue 2, pp. 653-688. Dans un environnement global où tant le principe de la norme que son contenu, son application et l'agent chargé de l'édicter, d'en contrôler ou d'en sanctionner l'application sont inexistantes, incertains ou contestés, les acteurs, publics comme privés, intéressés à un titre ou à un autre par la régulation d'un comportement, s'engagent dans une lutte pour le droit par laquelle ils cherchent le plus souvent à mettre sous pression les « points de contrôle » de la société globale, c'est-à-dire les acteurs repérés comme disposant en fait des moyens d'influer sur les transactions ou les comportements des agents concernés. Lorsque cette lutte s'avère efficace, ces points de contrôle deviennent en tout ou partie les régulateurs improvisés d'un secteur ou d'un aspect de la société globale. Voy. B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global », *op.cit.*, spéc. pp. 38-40.

traditionnels du droit international public¹⁰ et du droit international privé¹¹ pour appréhender et réguler l'architecture technique de l'Internet, est sollicité pour mettre sur pied des régimes et des mécanismes de mise en œuvre de règles globales¹².

La présente contribution a pour objectif de démontrer que l'ICANN joue un rôle de premier ordre dans la définition, la mise en œuvre et la sanction d'un standard global de la liberté d'expression applicable à l'Internet. Notre démonstration est articulée en deux temps. Dans un premier temps, nous examinons pourquoi et comment l'ICANN a été amenée à établir un standard global de la liberté d'expression sur Internet dans la cadre de l'évaluation des candidatures à des nouvelles extensions génériques (I). Dans un deuxième temps, nous examinons le système original mis en place par l'ICANN pour mettre en œuvre ces standards, au moyen de fournisseurs indépendants de services de résolution de litiges et d'une ébauche de ministère public global (II). Nous concluons enfin cette étude en identifiant quelques orientations de recherches futures.

I. L'ICANN, MAÎTRE D'ŒUVRE DE STANDARDS CONSTITUTIONNELS GLOBAUX

La question des termes admissibles comme nouvelles extensions génériques a fait l'objet d'intenses débats au sein de l'ICANN au cours de l'élaboration du programme « New gTLDs ». Ce programme, qui a pour objectif principal d'améliorer la situation concurrentielle au niveau des registres de noms de domaine génériques et d'élargir l'offre de noms de domaine pour les consommateurs (A), n'a pu faire l'impasse sur la question des fondements pouvant justifier des restrictions à l'imagination et à la liberté d'expression des candidats. Ces débats ont mené à l'adoption d'une série de standards destinés à protéger l'intégrité du réseau, les droits des tiers et l'ordre public en ligne. Nous nous intéresserons particulièrement à ce dernier standard relatif à l'ordre public, tant quant aux techniques utilisées pour le façonner et aux débats houleux suscités à

¹⁰ Principalement en raison de la difficulté pour les Etats d'accorder des positions diamétralement opposées quant au contrôle de l'infrastructure technique. Ces débats se sont notamment déroulés lors du Sommet mondial pour la société de l'information (2003-2005) et lors de la Conférence mondiale des télécommunications internationales (CMTI-12) organisée par l'Union internationale des télécommunications en décembre 2012.

¹¹ L'affaire Yahoo! a montré à suffisance l'inefficacité des règles du droit international privé pour régler des litiges quant à des contenus postés sur l'Internet et a ouvert la voie à la mise sous pression des fournisseurs d'accès. Sur cette affaire, voy. B. FRYDMAN et I. RORIVE, « Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A. », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2002, vol. 23, n° 1, pp. 41-59

¹² La gouvernance de l'architecture de l'Internet fournit ainsi un nouvel exemple d'une tendance étudiée par le Centre Perelman de philosophie du droit depuis une quinzaine d'années dans le cadre de son programme de recherche sur le droit global. A l'occasion ce programme, ont notamment été étudiés la régulation des contenus sur l'Internet (B. FRYDMAN et I. RORIVE, *op.cit.*), la responsabilité sociale des entreprises (T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007), le contentieux transnational des droits de l'homme (B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une perspective stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 79-136), les agences de notation (B. FRYDMAN, « Le pouvoir normatif des agences de notation » et G. LEWKOWICZ, « Les agences de notation financière contre les États : une lutte globale pour le droit à l'issue incertaine », in B. COLMANT et al., *Les agences de notation financière. Entre marchés et Etats*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 173-184 et 185-219) et la gouvernance par les standards et les indicateurs (B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs – De Hume au ranking*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013).

cette occasion qu'en ce qu'il contribue à la formation d'un standard global de la liberté d'expression (B).

A. Antécédents et objectifs du programme « New gTLDs »

L'ajout de nouvelles extensions génériques figure au cahier des charges de l'ICANN depuis sa création en 1998¹³. A cette époque, il n'y avait que huit gTLD¹⁴, parmi lesquels certains étaient ouverts à tous (.com, .org, .net) tandis que d'autres étaient réservés à des entités strictement définies (.gov, .mil, .edu, .int). Un problème structurel de concurrence est rapidement apparu compte tenu de la nécessité de centraliser la gestion d'un registre entre les mains d'une seule entité garante de l'unicité de chaque nom de domaine enregistré par les registraires sous-contractants¹⁵. Cette unicité est primordiale pour assurer la correspondance d'un nom de domaine avec une adresse IP unique et préserver la stabilité des communications sur le réseau. Chaque registre possède ainsi *de facto* un monopole sur son extension, ce qui conduit nécessairement à des difficultés, voire à des litiges, quand il s'agit d'extensions très populaires comme le fameux .com¹⁶. Une seule voie est ouverte pour améliorer la situation concurrentielle à ce niveau. Elle consiste, paradoxalement, à créer de nouveaux monopoles en ajoutant de nouvelles extensions, afin de permettre à de nouveaux registres de concurrencer les registres existants sur de nouveaux marchés. En parallèle aux délégations d'extensions nationales¹⁷, deux appels à candidatures furent ainsi lancés en 2000¹⁸ et 2003¹⁹ pour introduire de nouveaux gTLD. Ces procédures étaient marquées par leur caractère imprévisible et discrétionnaire. L'ICANN n'avait adopté ni critères clairs pour évaluer les candidatures, ni calendrier pour examiner celles-ci à intervalles réguliers²⁰. Le CA était seul maître des décisions d'attribution, qui aboutirent à l'introduction de quinze nouvelles extensions génériques entre 2001 et 2011²¹.

¹³ United States Department of Commerce, NTIA, « Management of Internet Names and Addresses », Statement of policy, *Federal Register*, vol. 63, n° 111, 10 juin 1998, p. 31746.

¹⁴ Ces gTLD ont été choisis et introduits de manière informelle par les concepteurs du DNS.

¹⁵ La structure hiérarchique du DNS se reflète dans l'organisation de sa gestion qui peut être représentée sous la forme d'une pyramide, avec l'ICANN à son sommet. Le second niveau est occupé par les registres (*registries*), qui gèrent la liste des paires noms-adresses IP pour chaque extension et qui délèguent par contrat les fonctions d'enregistrement de noms de domaine au troisième niveau de la hiérarchie, les registraires ou bureaux d'enregistrement (*registrars*). La base de la pyramide est composée des clients des registraires, les titulaires de noms de domaine. Ces différents niveaux sont liés entre eux, chaque niveau étant tenu de respecter les règles et conditions édictées par les niveaux supérieurs.

¹⁶ W. KLEINWÄCHTER, « ICANN between technical mandate and political challenges », *Telecommunications Policy*, 2000, vol. 24, pp. 556-557.

¹⁷ Les premières années du DNS avaient plutôt été marquées par l'introduction progressive des extensions nationales, qui sont déléguées et gérées selon des règles spécifiques. Voy. P.K. YU, « The origins of ccTLD policymaking », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2004, vol. 12, pp. 387-408.

¹⁸ Les archives relatives à cet appel sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://archive.icann.org/en/tlds/app-index.htm>.

¹⁹ Les archives relatives à cet appel sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://archive.icann.org/en/tlds/stld-apps-19mar04/>.

²⁰ M. MUELLER et L. MCKNIGHT, « The post-COM internet: toward regular and objective procedures for internet governance », *Telecommunications Policy*, 2004, vol. 28, p. 489.

²¹ Sept dossiers (.areo, .biz, .coop, .info, .museum, .name et .pro) aboutirent après l'appel de 2000, sur la quarantaine de candidatures déposées. L'appel de 2003 fut plus limité : dix dossiers furent présentés et huit furent finalement sélectionnés par le CA (.asia, .cat, .jobs, .mobi, .post, .tel, .travel et .xxx).

Une de ces extensions fit couler beaucoup d'encre et suscita de nombreuses controverses au sein même de l'ICANN : l'extension .xxx, destinée à l'industrie pornographique. Bien que l'extension ait été approuvée à titre préliminaire par le CA en 2005²², le contrat de registre ne fut finalisé par le même CA qu'en mars 2011. Dans l'intervalle, de nombreux gouvernements s'étaient mobilisés au sein du GAC pour manifester leur opposition à cette extension assimilée à une légitimation de la pornographie sur l'Internet²³. Cette mobilisation fit plier le CA, qui retira son approbation en 2006²⁴. Ce retournement de situation était inattendu au vu de l'approbation préliminaire et surtout au vu du rôle uniquement consultatif du GAC. Conformément aux statuts de l'ICANN²⁵, le candidat eut alors recours à l'arbitrage de l'*International Centre for Dispute Resolution* (ci-après ICDR) afin d'examiner la conformité de cette décision aux statuts de l'ICANN. Les conclusions du panel²⁶ furent très claires : la décision du CA violait l'obligation de l'ICANN de prendre ses décisions en appliquant des politiques « neutres, objectives et équitables »²⁷. Même si ce rapport n'était pas contraignant, le CA reconsidéra sa décision et approuva finalement cette candidature controversée, malgré l'avis négatif du GAC²⁸. Si cette campagne contre le .xxx n'a finalement pas abouti, elle fut l'occasion d'un premier succès des gouvernements sur le CA. Celui-ci allait ouvrir la voie à une plus grande implication des représentants des gouvernements au sein de l'ICANN, particulièrement en ce qui concerne les nouvelles extensions considérées comme « sensibles ».

Au cours de l'évaluation des candidatures du deuxième appel lancé en 2003, une expansion d'ampleur beaucoup plus importante, ne prévoyant pas de limitation du nombre de nouvelles extensions, commence à être discutée. Ces longues discussions aboutissent à une véritable révolution du DNS : la libéralisation du marché des noms de domaine de premier niveau génériques²⁹. Afin de ne plus prêter le flanc aux critiques émises dans le cadre des précédents appels³⁰, l'approche imprévisible et discrétionnaire privilégiée par l'ICANN jusqu'alors fait place à un corpus systématique de règles et de principes destinés à encadrer l'introduction régulière de nouvelles extensions génériques dans le cadre du programme « New gTLDs ».

²² ICANN, Special Meeting of the Board – Minutes, 1^{er} juin 2005, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-01jun05.htm>>.

²³ Certains acteurs de l'industrie pornographique y voyaient plutôt un risque de « ghettoisation » de leur secteur d'activité et craignaient que le filtrage et blocage de sites pornographiques ne soient facilités grâce à cette extension spécifique.

²⁴ ICANN, Special Meeting of the Board – Minutes, 10 mai 2006, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-10may06.htm>>.

²⁵ ICANN, Bylaws, 11 avril 2013, article IV, section 3.

²⁶ International Centre for Dispute Resolution, « ICM Registry v. ICANN – Declaration of the Independent Review Panel », réf. 50 117 T 00224 08, 19 février 2010, <<http://www.icann.org/en/news/irp/icm-v-icann/news/irp-panel-declaration-19feb10-en.pdf>>, p. 70.

²⁷ ICANN, Bylaws, 11 avril 2013, article I, section II, point 8.

²⁸ ICANN, Adopted Board Resolutions, 18 mars 2011, <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-18mar11-en.htm>>, § 5.

²⁹ Ph. BARBET, « Le marché des noms de domaine à l'aube du « Big Bang » de la libéralisation », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIV, 2010/3, pp. 373-393.

³⁰ M. MUELLER et L. MCKNIGHT, *op. cit.*, p. 489.

Les discussions sur ce programme ont été initiées fin 2005 au sein de la GNSO, qui a publié en août 2007 des recommandations à destination du CA sur les principes qui doivent encadrer un appel de cette ampleur³¹. Ces recommandations furent adoptées par le CA de l'ICANN en juin 2008³². Entre 2008 et 2011, l'ICANN s'est attelée à la mise en œuvre de ces principes, sous la forme d'un projet de guide à destination des candidats gestionnaires d'un nouveau gTLD. Ce document détaille non seulement les exigences de l'ICANN quant aux capacités techniques, opérationnelles et financières des candidats, mais aussi les procédures d'évaluation, de règlement des conflits et de délégation du nouveau gTLD. Plusieurs versions de ce projet ont été publiées sur le site de l'ICANN et soumises à l'avis de l'opinion publique mondiale, avant que le *Guide du candidat pour les nouveaux gTLD*³³ ne fasse l'objet d'une approbation définitive par le CA en juin 2011³⁴. Toutes les extensions qui satisferont aux conditions et passeront avec succès les étapes du processus de candidature seront progressivement introduites dans le DNS. Les candidatures peuvent a priori porter sur n'importe quel terme, qu'il s'agisse de marques (.google, .microsoft, .nike,...), de noms génériques (.book, .law, .hotel, ...), ou encore de noms géographiques (.paris, .bzh pour la Bretagne, ...). Cette ouverture sans précédent poursuit un double objectif : tout d'abord, remédier au problème structurel de concurrence évoqué *supra* en élargissant l'offre de gTLD pour les consommateurs et, en parallèle, procéder à une « internationalisation » du DNS. Il ne s'agit pas de confier la gestion de nouvelles extensions à une organisation internationale³⁵, mais plutôt d'ouvrir le DNS à de nouvelles cultures et à de nouveaux alphabets, sans plus se limiter à l'alphabet latin³⁶.

Le rapport négatif de l'ICDR dans l'affaire .xxx, véritable camouflet essuyé par le CA de l'ICANN, constitue un précédent important pour les instigateurs du programme « New gTLDs ». Afin d'éviter la répétition de cette situation inconfortable où le CA est appelé à se prononcer, sous la pression d'acteurs variés, sur la signification sociale des extensions et à régler des conflits de droits, d'intérêts ou de valeurs, le Guide de candidature prévoit que des experts indépendants examineront ces questions et prononceront des décisions définitives, qui lieront le CA de l'ICANN. Le travail de ces experts sera guidé par les standards développés par l'ICANN dans le Guide de candidature, que nous détaillons ci-dessous.

³¹ ICANN Generic Names Supporting Organisation, Introduction of New Generic Top-Level Domains – Part A: Final Report, 8 août 2007, <<http://gns0.icann.org/en/issues/new-gtlds/pdp-dec05-fr-parta-08aug07.htm>>.

³² ICANN, Adopted Board Resolutions, 26 juin 2008, <<http://www.icann.org/en/groups/board/documents/resolutions-26jun08-en.htm>>.

³³ La version actuelle du Guide peut être consultée en ligne : ICANN, *New gTLD Applicant Guidebook*, <<http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agg>>. Notons que des modifications mineures y ont encore été apportées après l'approbation du CA. Les versions précédentes du Guide sont également disponibles en ligne à l'adresse suivante : <<http://newgtlds.icann.org/en/about/historical-documentation>>.

³⁴ ICANN, Adopted Board Resolutions, 20 juin 2011, <<http://www.icann.org/en/groups/board/documents/resolutions-20jun11-en.htm>>.

³⁵ Le transfert des compétences techniques de l'ICANN vers une organisation internationale, comme l'Union internationale des télécommunications, est appelé de leurs vœux par de nombreux Etats mécontents de l'emprise américaine sur le réseau (voy. notamment les débats qui se sont déroulés lors de la Conférence mondiale des télécommunications internationales (CMTI-12) en décembre 2012).

³⁶ Tel que décrit dans l'ASCII (*American Standard Code for Information Interchange*).

B. Standards constitutionnels à destination des experts

L'élaboration du programme « New gTLDs » fut loin d'être une sinécure. Les discussions ont duré près de sept ans avant que le CA de l'ICANN n'avalise la dernière mouture du Guide du candidat. Toutes les controverses n'ont cependant pas été tranchées. A l'initiative du GAC, certaines continuent d'ailleurs d'alimenter le processus de candidature, De vifs débats entourent ainsi la question cruciale des termes admissibles comme nouveaux gTLD ainsi que celle des standards qui peuvent légitimement conduire l'ICANN à restreindre l'imagination sans borne des candidats. Ces standards ont été fixés dans le cadre de procédures dites d'objection formelle³⁷, qui permettent à l'ICANN de prendre en considération des intérêts extérieurs dans le cadre de l'évaluation des candidatures. Quatre fondements ont été retenus pour ces objections, qui sont ensuite examinées par ce que le jargon de l'ICANN désigne comme des « fournisseurs indépendants de services de résolution de litige » (*dispute resolution service provider*, ci-après DRSP)³⁸. Le contrôle des experts désignés par les DRSP s'opère à deux niveaux : ils analysent non seulement l'extension proposée, mais aussi la gestion envisagée par le candidat registre et les engagements contractuels souscrits envers l'ICANN pour prendre en considération, le cas échéant, la nature sensible de l'extension.

L'ensemble du programme « New gTLDs » vise ainsi à constituer un corpus de règles fondamentales pour présider à la destinée du DNS, assurant à la fois sa pérennité et le respect des droits de ses opérateurs et utilisateurs. En ce sens, il s'agit de règles à valeur constitutionnelle d'un genre nouveau, bénéficiant de fait d'un champ d'application global et élaborées par un acteur essentiellement privé, en dehors des instances étatiques ou internationales traditionnelles. Mises bout-à-bout, ces normes privées façonnent un standard global de la liberté d'expression, défini de manière négative, pour déterminer les droits et les devoirs des candidats à de nouvelles extensions génériques. Ce standard global de la liberté d'expression se définit en miroir de trois autres standards développés par l'ICANN pour encadrer le processus de candidature : la préservation de l'intégrité du réseau (1), la protection des droits des tiers (2) et le maintien de l'ordre public en ligne (3).

1. Intégrité du réseau

La préservation et l'amélioration « de la stabilité opérationnelle, de la fiabilité, de la sécurité et de l'interopérabilité mondiale de l'Internet » figurent à la première place de la liste des valeurs fondamentales que l'ICANN est tenue de respecter dans l'accomplissement de sa mission³⁹. Cette ligne de conduite est essentielle pour assurer le caractère unique et non fragmenté du « réseau des réseaux ». Toutes les décisions de l'ICANN sont ainsi évaluées par rapport à leur faisabilité et à leur impact sur l'infrastructure technique. Le programme « New gTLDs » n'a pas

³⁷ Point 1.1.2.3 du Guide du candidat.

³⁸ Module 3 du Guide du candidat.

³⁹ ICANN, Bylaws, 11 avril 2013, article I, section 2.

dérogé à cette règle. Des études approfondies, inspirées notamment par les appels à candidature précédents, ont été menées en amont pour vérifier que l'introduction d'un grand nombre de nouvelles extensions ne porterait pas atteinte au fonctionnement du DNS. Des garde-fous sont également inclus dans le Guide de candidature pour éliminer les candidatures qui menaceraient la stabilité du réseau.

Il s'agit premièrement de l'évaluation initiale menée par l'ICANN qui consiste non seulement à vérifier que l'extension proposée ne posera pas de problème de stabilité ou de sécurité pour le DNS, notamment en cas de similarité avec des TLD ou noms réservés existants, mais aussi à s'assurer que le candidat possède les capacités nécessaires à l'exploitation d'un registre⁴⁰. A cet égard, il est important de bien comprendre la différence entre l'enregistrement d'un nouveau gTLD et celle d'un nom de domaine de deuxième niveau. Alors que celui qui enregistre un nom de domaine via un bureau d'enregistrement ne devient que simple détenteur d'un nom de domaine au sein d'un registre, l'enregistrement d'un gTLD entraîne des obligations importantes de gestion de la portion du DNS nouvellement créée et du registre du nouveau gTLD⁴¹. Outre la preuve de leur capacité de gestion, les candidats sont également tenus de s'acquitter de frais d'évaluation qui s'élèvent à 185.000 USD⁴². Notons qu'en parallèle au travail des évaluateurs de l'ICANN, les internautes sont également invités à commenter les candidatures au moyen d'une plateforme publique sur le site web de l'ICANN. Les évaluateurs sont tenus de prendre ces avis en considération s'ils sont transmis dans les soixante jours qui suivent la publication des candidatures en ligne⁴³. Dans un deuxième temps, une objection pour « similitude propice à confusion » est prévue pour traiter des cas où un gTLD faisant l'objet d'une candidature présente une trop grande similitude avec un TLD existant⁴⁴ ou un gTLD faisant l'objet d'un dépôt de candidature dans la même session de candidatures. Elle est ouverte aux registres de TLD existant et aux candidats à un gTLD dans la session en cours. L'*International Center for Dispute Resolution* (ICDR) a été désigné par l'ICANN pour examiner ces objections. Troisièmement, au cas où des candidatures parallèles pour un même gTLD⁴⁵ ont chacune passé le filtre de l'évaluation initiale et des objections formelles, une procédure de résolution de conflits de chaîne (*string contention*) est prévue⁴⁶. En cas d'échec de la conciliation des parties, le conflit se règle en dernier recours au

⁴⁰ Module 2 du Guide du candidat.

⁴¹ Ph. LAURENT, « L'expansion des noms de domaine génériques de premier niveau : les « new gTLDs » du point de vue des titulaires de marques », in *Les noms de domaine .be / .be domeinnamen. 10 ans d'existence du règlement pour la résolution des litiges en la matière*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 87.

⁴² Ces frais peuvent faire l'objet d'un remboursement partiel en cas de retrait de la candidature. Les candidats qui échouent à cette évaluation peuvent demander une évaluation approfondie, moyennant le paiement de 50.000 USD. En cas de nouvel échec, la candidature est définitivement rejetée.

⁴³ Cette publication a eu lieu le 13 juin 2012. La période de candidature était ouverte le 12 janvier 2012 au 12 avril 2012. Les commentaires sont publiés à l'adresse suivante : <<https://gtldcomment.icann.org/comments-feedback/applicationcomment/viewcomments>>. Les commentaires reçus après la période de soixante jours sont également publiés et conservés à d'autres fins, notamment dans l'éventualité d'une procédure d'objection formelle. Au 1^{er} octobre 2013, l'ICANN a reçu plus de 12.000 commentaires via ce canal.

⁴⁴ Notons que l'examen de la similarité avec des TLD existants est mené au préalable au cours de l'évaluation initiale, dans le cadre de l'étude d'impact de la candidature sur la stabilité du DNS.

⁴⁵ Ou des gTLD tellement similaires qu'il y a un risque de confusion pour l'utilisateur en cas de délégation de plusieurs de ces extensions.

⁴⁶ Module 4 du Guide du candidat.

moyen d'un mécanisme d'enchères. Enfin, les candidats toujours en course à l'issue des phases précédentes doivent encore passer par plusieurs étapes de conclusion pour être éligible à la délégation de la nouvelle extension dans le DNS. Ils doivent notamment conclure un accord de registre avec l'ICANN et réaliser des tests techniques préalables à la délégation afin de valider les informations fournies dans leur candidature⁴⁷.

2. Droits des tiers

Sous l'appellation « droits des tiers », nous regroupons les mécanismes qui, à l'occasion de l'introduction des nouvelles extensions génériques, visent à garantir le respect des droits de propriété intellectuelle (a), à ménager les sensibilités culturelles et communautaires (b) et à protéger les consommateurs (c).

(a) Les titulaires de droits de propriété intellectuelle, singulièrement de droits de marque, étaient particulièrement réticents à l'idée d'une introduction massive de nouvelles extensions génériques. Cette expansion sans précédent multipliait en effet les possibilités de *cybersquatting*, pratique courante des débuts de l'Internet qui consistait à enregistrer des marques comme noms de domaine de second niveau pour ensuite les revendre à prix d'or au titulaire de la marque⁴⁸. L'ICANN a développé, en collaboration étroite avec l'Organisation mondiale pour la Propriété intellectuelle (OMPI) une procédure extrajudiciaire de règlement de ce type de litige : l'UDRP (*Uniform Dispute Resolution Policy*)⁴⁹. Au cours des discussions relatives au programme « New gTLDs », le regroupement des titulaires de droits de propriété intellectuelle (une fraction de la GNSO) a exercé un lobbying intense pour obtenir des garanties de protection importantes au niveau des termes pouvait faire l'objet d'une nouvelle extension mais aussi en ce qui concerne les noms de domaine qui pourront être enregistrés sous ces nouvelles extensions⁵⁰. Durant la procédure d'évaluation des candidatures pour des nouveaux gTLD, les titulaires de marque peuvent recourir à l'objection pour violation des droits d'autrui pour contrecarrer une extension qui porterait atteinte à leur marque. Cette objection à l'intitulé apparemment large vise les cas où le gTLD faisant l'objet d'un dépôt de

⁴⁷ Au vu du grand nombre de candidatures reçues, l'ICANN a procédé en décembre 2012 à un tirage au sort pour déterminer l'ordre dans lequel les résultats des évaluations initiales seraient publiés et dans lequel les candidatures poursuivraient les étapes subséquentes de la procédure. Les premiers nouveaux gTLD ont ainsi fait leur apparition au cours du deuxième semestre 2013.

⁴⁸ N. DREYFUS, *Marques et Internet – Protection, valorisation, défense*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, spéc. pp. 97-108.

⁴⁹ ICANN, *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, 26 août 1999, <<http://www.icann.org/en/dndr/udrp/policy.htm>>. Pour plus de précisions : A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine – Analyse de la procédure UDRP*, Cahiers du C.R.I.D. n°21, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; D. LINDSAY, *International Domain Name Law – ICANN and the UDRP*, Portland, Hart Publishing, 2007.

⁵⁰ Pour plus de précisions, voy., entre autres, Ph. LAURENT, *op. cit.*, pp. 81-111 ; J. LIPTON et M. WONG, « Trademarks and Freedom of Expression in ICANN's New gTLD Process », *Monash University Law Review*, 2012, vol. 38, n° 1, pp. 188-227 ; B. NEWBERG, « What You Need to Know About the New gTLD System », *The Computer & Internet Lawyer*, 2012, vol. 29, n° 9, pp. 1-5 ; M. NIGRINY, « Remembering the Consumer on the Advent of ICANN's New gTLD Expansion », *North Carolina Law Review*, 2013, vol. 91, pp. 72-94.

candidature entre en conflit avec une marque (déposée ou non) ou le nom ou acronyme d'une organisation intergouvernementale. Plusieurs types de conflits sont envisagés : le profit indû tiré par le gTLD du caractère distinctif de la marque ou du nom ou acronyme, l'atteinte injuste au caractère distinctif ou à la réputation et la probabilité d'une confusion inacceptable. L'objection est ouverte aux titulaires des droits concernés et est examinée par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Même après la délégation, l'ICANN a prévu une autre procédure extrajudiciaire (PDDRP) pour sanctionner les opérateurs de registres qui tireraient indûment profit de l'enregistrement de noms de domaine frauduleux dans leur registre, tant au premier qu'au second niveau du domaine⁵¹. D'autres mesures protectrices ont également été adoptées pour le deuxième niveau du domaine, notamment avec la mise sur pied d'une *Trademark Clearinghouse*⁵², une base de données au sein de laquelle l'information relative aux droits des titulaires de marques est authentifiée, répertoriée et diffusée auprès des registres. Cette base de données est notamment utilisée lors de la période de *sunrise* (d'au moins 30 jours) imposée au lancement de l'enregistrement sous une nouvelle extension⁵³. La période de *sunrise* vise à permettre aux titulaires de marque d'enregistrer l'intitulé exact de leur marque pour éviter le *cybersquatting*, par dérogation à la règle classique du « premier arrivé, premier servi ».

(b) La protection des sensibilités culturelles et communautaires est un domaine délicat pour l'ICANN, car elle se rapproche d'un contrôle des contenus et de considérations à mille lieues de la mission première de l'ICANN. La prise en compte de ces intérêts a été assurée par la création de l'objection relevant de l'intérêt public limité, notamment sur le fondement de l'interdiction de la discrimination (cf. *infra*), mais surtout de l'objection de la communauté. Cette objection vise le cas où la candidature à un gTLD crée un risque de préjudice matériel aux droits ou intérêts légitimes d'une partie significative d'une communauté clairement définie et ciblée, implicitement ou explicitement, par le gTLD. Pour être recevable, l'objection doit être introduite par une institution établie faisant état d'une relation continue avec la communauté concernée⁵⁴. Des objections ont ainsi été introduites contre les extensions *.islam* et *.halal* – proposées par une entreprise turque – par l'agence gouvernementale des télécommunications des Emirats arabes unis, arguant notamment du caractère « extrêmement sensible » des termes religieux et du risque de voir une branche de l'islam s'approprier l'extension au détriment de la majorité de la communauté

⁵¹ Ph. LAURENT, *op. cit.*, p. 97.

⁵² Voy. le point 5.4.1 du Guide du candidat et le document *Trademark Clearinghouse* annexé au Module 5 du Guide.

⁵³ Voy. le point 5.4.1 du Guide du candidat et le document *Trademark Clearinghouse* annexé au Module 5 du Guide, spéc. le point 6.2.

⁵⁴ Le Guide du candidat (point 3.2.2.4) énumère une série non limitative de critères pouvant être pris en considération pour évaluer le caractère établi de l'institution (niveau de reconnaissance mondiale, durée d'existence, ...) et sa relation avec la communauté concernée (mécanismes de participation, réalisation d'activités régulières au profit de la communauté, ...).

musulmane. L'expert n'a pas souscrit aux arguments de fond développés par l'objecteur⁵⁵. D'une part, l'expert estime que l'introduction d'extensions comme *.islam* et *.halal* constitue un moyen de promotion de la religion musulmane. Il se réfère à l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui prévoit que la liberté de religion implique la « liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». Selon l'expert, la nécessité de promouvoir les droits de l'homme, tels que la liberté de religion, l'emporte sur les dommages potentiels avancés par l'objecteur⁵⁶. D'autre part, l'expert examine la manière dont le candidat propose de gérer l'extension et salue l'adoption de politiques et de mécanismes anti-abus pour prévenir et sanctionner le contenu radical et les critiques de l'islam et de la foi musulmane⁵⁷. La mission des experts en matière d'objection de la communauté ne se limite donc pas à examiner l'extension proposée mais peut au contraire impliquer un contrôle, certes à la marge, des engagements pris par le candidat pour gérer une nouvelle portion de l'espace public global dédiée à une communauté.

(c) Plus largement, la protection des utilisateurs du réseau et des consommateurs constitue un enjeu de grande importance pour l'ICANN. Les procédures d'objection pour similitude portant à confusion et pour violation des droits d'autrui visent à éviter les situations de confusion où le consommateur pourrait être trompé par un gTLD identique ou similaire à un autre gTLD ou à une marque. En retenant une objection introduite par Verisign, le puissant registre de *.com*, contre l'extension *.cam*, un expert indiquait ainsi que « plus que l'objecteur, c'est le public de l'Internet au sens large qui doit être protégé »⁵⁸. Dans le même sens, l'objection de la communauté peut également être accueillie par la preuve d'un préjudice lié à la violation des attentes légitimes des consommateurs vis-à-vis d'une extension. La décision rendue quant à l'extension *.architect*⁵⁹ est particulièrement intéressante à cet égard. Dans ce cas, l'expert a estimé que constituait un préjudice pour la communauté des architectes définie strictement l'ouverture de cette extension à tous et pas uniquement aux personnes portant le titre d'architecte, en ce qu'elle emporterait un risque de violation des attentes légitimes des consommateurs⁶⁰.

Dans la même optique, le GAC plaide pour un encadrement et l'imposition de garanties (*safeguards*) aux futurs registres d'extensions qui se réfèrent à des professions réglementées

⁵⁵ International Centre for Expertise of the International Chamber of Commerce, Expert Determination, 24 octobre 2013, EXP/430/ICANN/47, *.islam*, <<http://newgtlds.icann.org/sites/default/files/drsp/04nov13/determination-1-1-2130-23450-en.pdf>>, et EXP/430/ICANN/47, *.halal*, <<http://newgtlds.icann.org/sites/default/files/drsp/04nov13/determination-1-1-2131-60793-en.pdf>>.

⁵⁶ *Id.*, §§ 136-140 (*.islam*) et §§ 144-147 (*.halal*).

⁵⁷ *Id.*, §§ 141-145 (*.islam*) et §§ 148-152 (*.halal*).

⁵⁸ International Centre for Dispute Resolution, New gTLD String Confusion Panel, 12 août 2013, réf. 50 504 T 229 13, *.cam*, <<http://newgtlds.icann.org/sites/default/files/drsp/25sep13/determination-2-1-1255-75865-en.pdf>>.

⁵⁹ International Centre for Expertise of the International Chamber of Commerce, Expert Determination, 3 septembre 2013, EXP/384/ICANN/1, *.architect*, <<http://newgtlds.icann.org/sites/default/files/drsp/25sep13/determination-1-1-1342-7920-en.pdf>>.

⁶⁰ *Id.*, §§ 137-147. « Consumers should be entitled to assume that anybody using the generic top-level domain name *.ARCHITECT* is a licensed architect. » (§ 141).

(comme *.medical*, *.pharmacy*, *.hospital*, *.insurance*, *.accountant*, *.engineer*, *.lawyer*, ...) ⁶¹. Les gouvernements envisagent par exemple l'obligation pour le registre d'imposer aux bureaux d'enregistrement sous-contractants de respecter toutes les lois applicables, en ce compris celles qui sont relatives à la protection des consommateurs quant aux pratiques trompeuses et mensongères. Le GAC ne précise pas ce qu'il entend exactement par « toutes les lois applicables », mais au vu de la portée globale de l'Internet, toutes les lois nationales du monde sont concernées. Cet avis a été accueilli favorablement par le CA de l'ICANN mais les discussions sont toujours en cours quant à sa mise en œuvre en pratique ⁶². Si toutes les prétentions du GAC étaient suivies, il ne fait pas de doute que ces nouvelles obligations, qui n'étaient pas prévues dans le Guide du candidat, constitueraient une charge importante pour les candidats à ces extensions ⁶³.

3. Ordre public

La protection d'une certaine forme d'ordre public en ligne constitue le troisième fondement permettant de justifier des restrictions apportées à la liberté d'expression des candidats à de nouvelles extensions génériques. L'objection relevant de l'intérêt public limité vise en effet le cas où une extension ayant fait l'objet d'un dépôt de candidature est contraire aux « règles de morale et d'ordre public généralement acceptées et reconnues selon les principes généraux du droit international » ⁶⁴. Cette objection est ouverte à tous, il n'est pas requis de démontrer un intérêt particulier pour l'introduire ⁶⁵. En contrepartie, une procédure de « vérification rapide » (*quick look*) a été mise en place pour éliminer les objections oiseuses et/ou abusives (cf. *infra*). L'examen de ces objections a été confié au Centre international d'expertise de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après, CCI). La section 3.5.3 du Guide de candidature décrit la mission des experts désignés par la CCI pour examiner les objections relevant de l'intérêt public limité comme celle de déterminer « si la chaîne gTLD faisant l'objet de la candidature est contraire ou non aux principes généraux du droit international en matière de morale et d'ordre public ». Aux termes du

⁶¹ ICANN Governmental Advisory Committee, Beijing Communiqué, 11 avril 2013, <<http://www.icann.org/en/news/correspondence/gac-to-board-18apr13-en.pdf>>.

⁶² ICANN Board, New gTLD Program Committee, Resolution No. 2014.02.05.NG01, 5 février 2014, <<http://www.icann.org/en/groups/board/documents/resolutions-new-gtld-05feb14-en.htm>>. ICANN Governmental Advisory Committee, Singapore Communiqué, 27 mars 2014, <<http://www.icann.org/en/news/correspondence/gac-to-board-27mar14-en.pdf>>, spéc. le point IV.2 et l'annexe.

⁶³ Ce qui nuirait à l'objectif de prévisibilité de la procédure de candidature.

⁶⁴ Point 3.2.1 du Guide du candidat.

⁶⁵ Notons toutefois que l'introduction d'une objection entraîne des frais irrécupérables relativement importants, cf. *infra*.

Guide, ces principes seraient notamment contenus dans nombre d'instruments internationaux, dont une liste pêle-mêle et non exhaustive est fournie⁶⁶. A contrario, « les lois nationales qui ne sont pas basées sur des principes du droit international » ne peuvent constituer un motif d'objection. Le Guide poursuit en affirmant que « selon ces principes, tout le monde bénéficie de la liberté d'expression, mais l'exercice de ce droit implique des devoirs et des responsabilités spécifiques » et que « par conséquent, certaines restrictions peuvent s'appliquer ». Après avoir reconnu expressément la liberté d'expression des candidats, le Guide énumère ensuite quatre motifs de restriction sur le fondement de l'ordre public et de la morale. Les trois premiers concernent les extensions qui constitueraient une « incitation ou encouragement » à « une action illégale violente », à la discrimination⁶⁷ et à la pédopornographie. Le dernier motif laisse une grande marge d'appréciation aux commissions d'experts, en les habilitant à vérifier « la conformité d'une chaîne gTLD faisant l'objet d'une candidature aux principes spécifiques du droit international, tels qu'ils sont formulés dans les instruments juridiques internationaux appropriés ».

Le Guide prévoit que les experts effectuent en principe leur analyse en fonction de l'extension même faisant l'objet d'une candidature. Si nécessaire, une forme d'analyse téléologique est autorisée, en ce que les experts peuvent avoir égard, comme contexte supplémentaire, aux objectifs du gTLD (*intended purpose*) tels qu'énoncés dans la candidature. Cette prévision a été interprétée largement par de nombreux experts, qui n'ont pas limité leur examen aux termes mêmes de l'extension proposée mais ont, au contraire, assimilé les engagements pris par les candidats pour prendre en compte le caractère sensible de l'extension envisagée à l'*intended purpose*. L'affaire *.hospital* est particulièrement éclairante à cet égard : la majorité de la commission d'experts a estimé qu'il était incompatible avec le droit à la santé, protégé par plusieurs traités internationaux⁶⁸, de prévoir une approche commerciale et non sociale pour gérer une telle extension. Les experts considèrent qu'ils sont face à un *hard case*⁶⁹ qui requiert plus que l'application de règles légales et nécessite la mise en balance de valeurs différentes. En l'espèce, la balance doit être réalisée entre, d'une part, la liberté d'expression et le développement d'activités sur Internet et, d'autre part, le droit à la santé, voire le droit à la vie.

⁶⁶ La Déclaration universelle des droits de l'homme ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention internationale pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles ; la Convention relative à l'esclavage ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention relative aux droits de l'enfant.

⁶⁷ « incitation ou encouragement à la discrimination fondée sur la race, la couleur de peau, le sexe, l'appartenance ethnique, la religion ou la nationalité, ou tout autre type de discrimination contraire aux normes légales généralement acceptées dans le cadre des principes de la législation internationale ».

⁶⁸ L'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 12(1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁶⁹ Les experts se réfèrent explicitement à l'ouvrage de R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977.

Selon les experts majoritaires, il ne fait aucun doute que la santé humaine et sa sécurité fait pencher la balance en faveur de l'objecteur⁷⁰. La prise en compte par les experts de l'*intended purpose*, qui apparaissait comme secondaire dans le Guide du candidat, peut donc mener à un véritable contrôle des politiques mises en œuvre par les futurs registres pour gérer leur extension. Il ne s'agit pas uniquement de déterminer la compatibilité de l'extension, de l'identifiant, avec les principes généraux du droit international mais aussi de valider, à la marge, les engagements pris par les candidats pour assurer un certain contrôle du contenu associé à cet identifiant.

Le texte de l'objection relevant de l'intérêt public limité est le fruit de longues discussions sur l'existence de principes généraux permettant de restreindre la liberté d'expression des candidats registres. Classiquement, les juristes disposent de deux procédés pour développer des standards à portée générale : d'une part, le recours au droit comparé afin de dégager un *ius commune* de manière ascendante et, d'autre part, la référence à un corpus juridique considéré comme universel. Ces deux techniques ont été utilisées par l'ICANN pour élaborer les standards à destination des experts chargés d'examiner les objections relevant de l'intérêt public limité. Le texte retenu par le CA en 2011 (repris in extenso *supra*) découle de la recommandation n°6 du rapport de la GNSO de 2007, qui préconisait que les extensions ne soient pas contraires à « des normes légales généralement acceptées quant à la moralité et à l'ordre public et qui sont reconnues par des principes internationaux de droit »⁷¹. Cette recommandation a mené à d'intenses débats au sein de l'ICANN et à la constitution d'un groupe de travail spécifique pour mettre en œuvre cette recommandation⁷².

Le groupe de travail a eu recours à une étude de droit comparé dans neuf juridictions (Brésil, Egypte, France, Hong Kong, Chine, Japon, Malaisie, Afrique du Sud, Suisse et Etats-Unis) et à des consultations avec des spécialistes de droits de l'homme, afin de développer des standards à destination des commissions d'experts⁷³. Cette recherche concluait qu'en raison de la grande variété des nouvelles extensions potentielles, une large marge d'appréciation devait être accordée

⁷⁰ International Centre for Expertise of the International Chamber of Commerce, Expert Determination, 11 décembre 2013, EXP/412/ICANN/29, *.hospital*, <<http://newgtlds.icann.org/sites/default/files/drsp/16dec13/determination-3-1-1505-15195-en.pdf>>, §§ 76-89.

⁷¹ « *Strings must not be contrary to generally accepted legal norms relating to morality and public order that are recognized under international principles of law. Examples of such principles of law include, but are not limited to, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, intellectual property treaties administered by the World Intellectual Property Organisation (WIPO) and the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS)* ».

⁷² Le rapport final de ce groupe de travail est disponible en ligne : ICANN, Report on Implementation of GNSO New gTLD Recommendation #6, 21 septembre 2010, <<http://gnso.icann.org/en/issues/new-gtlds/report-rec6-cwg-21sep10-en.pdf>>.

⁷³ ICANN, New gTLD Program Explanatory Memorandum – Morality and Public Order Objection Considerations in New gTLDs, 29 octobre 2008, <<http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/morality-public-order-draft-29oct08-en.pdf>> ; ICANN, New gTLD Program Explanatory Memorandum – Standards for Morality and Public Order Research, 30 mai 2009, <<http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/morality-public-order-30may09-en.pdf>>.

aux experts pour appliquer des principes généraux à des cas individuels. Dans le même temps, l'ICANN souhaitait guider les experts dans l'exercice de leur marge d'appréciation et c'est pour cette raison que certaines catégories de règles relatives à la moralité et à l'ordre public ont été identifiées comme étant « très largement, si pas universellement, acceptées »⁷⁴. Il s'agit des trois fondements relatifs à la promotion ou incitation à la violence, à la discrimination et à la pédopornographie. Ces trois fondements sont relativement classiques, bien que l'on puisse discuter de ce que l'on entend par « promotion » ou « incitation », de même que des fondements de la discrimination. Le quatrième fondement de l'objection relevant de l'intérêt public limité laisse en revanche une très grande latitude aux experts, en ce qu'il les invite à vérifier « la conformité d'une chaîne gTLD faisant l'objet d'une candidature aux principes spécifiques du droit international, tels qu'ils sont formulés dans les instruments juridiques internationaux appropriés ». A nouveau pour guider le travail des experts, l'ICANN a fourni une liste non exhaustive d'instruments internationaux contenant selon elle de tels principes. Cette source d'inspiration est quelque peu étonnante en ce que l'ICANN, qui n'est pas un sujet de droit international⁷⁵ et qui ne peut donc être partie à un traité international, n'est pas liée par les obligations découlant de ces instruments⁷⁶. L'ICANN va même jusqu'à citer la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes comme une autre source de cette *ratio scripta* d'un nouveau genre, alors que ce texte n'a qu'une portée déclarative, ou encore la Convention internationale pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, qui n'a été ratifiée que par 47 Etats.

La recommandation n°6 a suscité de nombreuses critiques, émanant à la fois des représentants de la société civile et des gouvernements. D'emblée, la recommandation a fait l'objet

⁷⁴ ICANN, New gTLD Program Explanatory Memorandum – Standards for Morality and Public Order Research, 30 mai 2009, <<http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/morality-public-order-30may09-en.pdf>>, p.3.

⁷⁵ La constitution sous forme privée, l'absence de traité fondateur et l'organisation hybride de l'ICANN dénie à cette dernière les qualités d'organisation internationale et par conséquent de sujet de droit international (C. MANARA, *Le droit des noms de domaine*, Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, n° 39, Paris, LexisNexis, 2012, pp. 34-36).

⁷⁶ Dans le même sens, voy. les développements récents en matière de responsabilité sociale des entreprises et plus particulièrement en ce qui concerne les obligations des entreprises en matière de respect des droits de l'homme (voy. notamment les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies dans sa résolution 17/4 du 16 juin 2011, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf>). Sur la responsabilité sociale des entreprises, voy. T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007.

d'une opinion dissidente des représentants des utilisateurs non commerciaux de l'Internet⁷⁷, qui forment une des fractions de la GNSO. Ces représentants de la société civile critiquaient le caractère arbitraire, subjectif et politique de l'objection envisagée, qui amoindrirait la prévisibilité de la procédure et qui allait bien au-delà de la mission de coordination technique de l'ICANN. Ils craignaient également que cette recommandation ne provoque une autocensure des candidats qui, au vu des coûts engendrés par les procédures de candidature et d'objection, ne prendraient pas le risque de proposer une extension controversée. Les gouvernements, par la voix de la présidente du GAC⁷⁸, ont indiqué qu'ils étaient favorables à des procédures permettant d'identifier des extensions controversées, afin d'atténuer les risques de fragmentation du DNS⁷⁹. Ils critiquaient toutefois l'usage des termes de moralité et d'ordre public, estimant qu'il n'existait pas de consensus international quant à leur définition et plaidaient pour une procédure alternative⁸⁰. Malgré ces critiques, l'ICANN n'a pas souhaité faire machine arrière et a conservé une objection fondée sur des principes généraux du droit international en matière de morale et d'ordre public, en laissant une grande latitude aux experts désignés pour les examiner et en mettant en place un système original pour régler ce problème global.

II. UN SYSTÈME ORIGINAL DE GESTION D'UN PROBLÈME GLOBAL

Pour mettre en œuvre les standards développés dans le Guide de candidature, l'ICANN a lancé deux appels à candidatures : le premier pour sélectionner les fournisseurs de service de résolution de litige (A), le second pour engager un « objecteur indépendant » chargé de représenter les intérêts de la communauté des internautes (B).

⁷⁷ Non-Commercial Users Constituency (NCUC), Statement of Dissent on Recommendation #6 of GNSO's New gTLD Report, 20 juillet 2007, <http://gns0.icann.org/en/issues/new-gtlds/pdp-dec05-fr-part-a-08aug07.htm#_Toc48210873>.

⁷⁸ Lettre de H. Dryden à P. Dengate Thrush, 4 août 2010, <<http://www.icann.org/en/correspondence/gac-to-dengate-thrush-04aug10-en.pdf>>.

⁷⁹ Des Etats mécontents de l'introduction de nouvelles extensions pourraient être tentés de déconnecter leur réseau national du réseau Internet global pour mettre sur pied un réseau fermé, reposant sur un système de nommage alternatif. Ce risque de fragmentation est souvent invoqué pour contester l'hégémonie américaine sur le DNS (voy., par exemple, P. DE LA COSTE, « La gouvernance internationale de l'Internet », *Politique étrangère*, vol. 71, n° 3, automne 2006, p. 517).

⁸⁰ Les gouvernements se sont partiellement fait entendre, en obtenant deux prérogatives particulières. En parallèle aux commentaires des internautes dans la phase d'évaluation, le GAC peut tout d'abord émettre des « avertissements anticipés » (*early warning*) pour indiquer qu'une candidature est considérée comme potentiellement problématique ou sensible par un ou plusieurs gouvernements (point 1.1.2.4 du Guide du candidat). Il ne s'agit que d'un avis mais le Guide précise cependant qu'il doit être pris au sérieux, en ce qu'il augmente la probabilité que la candidature fasse l'objet d'une objection formelle ou d'une recommandation du GAC sur les nouveaux gTLD. Une recommandation du GAC (point 3.1 du Guide du candidat) vise les cas où celui-ci identifie des candidatures comme problématiques, par exemple si elles constituent une violation d'un droit national ou touchent à des sujets sensibles. Au cas où le GAC fait état d'un consensus contre la poursuite d'une candidature, le Guide indique qu'il s'agit d'une présomption forte de rejet de la candidature par le CA. Les gouvernements ont ainsi obtenu le rejet des candidatures aux extensions *.africa*, *.gcc* et *.thai*. Le sort à réserver à la candidature pour l'extension *.amazon*, qui a fait l'objet d'une même recommandation négative consensuelle du GAC, est, au moment d'écrire ces lignes, toujours en cours d'examen par le CA de l'ICANN.

A. Des services indépendants de résolution des litiges

Trois fournisseurs indépendants de services de résolution de litige (DSRP) ont été sélectionnés par l'ICANN pour administrer les procédures d'objection : les objections pour similitude portant à confusion incombent à l'*International Center for Dispute Resolution* (ICDR), les objections pour violation des droits d'autrui au Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale pour la Propriété intellectuelle (OMPI) et, enfin, le Centre international d'expertise de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) gère les objections relevant de l'intérêt public limité et les objections de la communauté. La procédure applicable à ces objections est décrite dans un règlement général en annexe au Module 3 du Guide et dans les règlements spécifiques de chaque DSRP, le premier prévalant en cas de différence⁸¹.

Le DSRP forme des commissions *ad hoc* pour chaque procédure introduite⁸². Ces commissions sont composées d'un expert unique, sauf pour les objections relevant de l'intérêt public limité⁸³. Celles-ci requièrent « trois experts reconnus comme étant d'éminents juristes de réputation mondiale »⁸⁴, parmi lesquels un président, qui doit être d'une nationalité différente de celle du candidat et de l'objecteur. L'indépendance et l'impartialité de tous les experts appelés à trancher des objections est primordiale pour l'ICANN, qui impose aux DSRP l'adoption de règles spécifiques précisant comment les experts attestent et conservent ces qualités et la mise en place de procédures de récusation et de remplacement. La procédure se déroule sans audience, sauf circonstances exceptionnelles. La production de documents est limitée : la commission se borne en principe à l'examen de l'objection et de la réponse du candidat, mais peut accepter des pièces écrites supplémentaires, moyennant l'établissement d'un calendrier spécifique. La charge de la preuve repose sur l'objecteur, qui est tenu de démontrer que sa requête mérite d'être retenue en vertu des normes applicables. Les commissions prennent en principe leurs décisions en appliquant les standards définis par l'ICANN. Le règlement général de procédure les autorise toutefois à se référer et à fonder leurs décisions sur « toute règle ou principe qu'elle[s] détermine[nt] être applicable », ce qui montre encore la grande latitude laissée aux experts. En principe, la décision officielle des experts doit être rendue dans les 45 jours suivant la formation de la commission : celle-ci désigne le vainqueur et expose les motifs de la décision. Les experts sont uniquement compétents pour valider ou rejeter une objection et pour prononcer le remboursement par le DSRP

⁸¹ Article 4(c) de la *New gTLD Dispute Resolution Procedure*, annexée au Module 3 du Guide du candidat.

⁸² Les objections pouvaient être déposées auprès du DSRP concerné, au moyen d'un formulaire en ligne durant une période limitée (du 13 juin 2012 au 13 mars 2013). Chaque DSRP procédait d'abord à un examen de la conformité des objections aux exigences administratives et dressait la liste des objections recevables, qu'il transmettait à l'ICANN pour publication en ligne. Après cette publication, le DSRP était tenu de notifier dans les meilleurs délais les objections aux candidats concernés, qui avaient 30 jours pour fournir une réponse argumentée via un formulaire en ligne. À défaut de réponse du candidat, la procédure prenait fin et le DSRP donnait raison à l'objecteur. Dans les 30 jours suivant la réception de la réponse du candidat, le DSRP devait sélectionner et nommer la commission d'expertise.

⁸³ Moyennant l'accord des parties, une commission trois experts peut être formée pour les objections pour violation des droits d'autrui.

⁸⁴ Comp. avec les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations » dont la doctrine constitue un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, aux termes de l'article 38 Statut de la Cour internationale de justice.

des frais acquittés par la partie gagnante. La décision est rendue publique sur le site du DRSP. Aucun recours n'est prévu, même devant le CA de l'ICANN qui a exclu cette possibilité au cours de l'élaboration du Guide du candidat⁸⁵.

L'absence d'exigence d'intérêt à agir pour l'objection relevant de l'intérêt public limité plaide à notre sens pour son caractère constitutionnel : tout utilisateur du réseau est fondé à s'inquiéter d'une extension qu'il estime dangereuse ou immorale. En contrepartie, une procédure de « vérification rapide » (*quick look*) a été mise en place pour éliminer les objections oiseuses et/ou abusives. Cette procédure constitue la première tâche de la commission après sa nomination par le DRSP. Aux termes de la section 3.2.2.3 du Guide de candidature, une objection relevant de l'intérêt public limité considérée comme manifestement infondée ou comme constituant un abus du droit d'opposition peut être rejetée à tout moment. Une objection est manifestement infondée si elle ne correspond pas à l'une des catégories définies comme causes de l'objection relevant de l'intérêt public limité. Le Guide de candidature fait explicitement référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'interprétation du terme « manifestement mal fondé » dans les litiges relatifs aux droits de l'homme. Une objection manifestement infondée peut également constituer un abus du droit d'opposition, par exemple si elle constitue un harcèlement du candidat et non une défense basée sur des normes de droit reconnues dans les principes généraux du droit international ou si l'objection est émise à l'encontre du candidat plutôt qu'à l'encontre de l'extension. Quant à l'absence d'intérêt à agir, il faut encore souligner les coûts importants qu'entraînent une procédure d'objection et qui peuvent décourager les objecteurs potentiels. En matière d'objection relevant de l'intérêt public limité, chaque partie doit ainsi s'acquitter d'une somme 5000 euros, non remboursables, pour l'administration de la procédure. Les frais administratifs peuvent s'élever jusqu'à 17.000 euros pour des panels de trois experts, pour lesquels un taux horaire de 450 euros est appliqué en sus⁸⁶. Ces frais sont à la charge de la partie qui succombe à la procédure.

Au cours de la période d'objection, 263 objections ont été introduites auprès des différents fournisseurs de service de résolution des litiges. Les objections de la communauté sont les plus nombreuses (104), devant celles pour violation des droits d'autrui (69) et pour similitude propice à confusion (67). Les objections relevant de l'intérêt public limité ont été peu nombreuses par comparaison : seuls 23 dossiers ont été introduits. De ces 23 objections, 11 émanent de l'objecteur

⁸⁵ ICANN, New gTLD Program Explanatory Memorandum – “Limited Public Interest Objection” (Morality and Public Order Objection), 12 novembre 2010, < <http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/explanatory-memorality-public-order-12nov10-en.pdf>>, p. 5. Le Guide du candidat prévoit toutefois que le CA détient la responsabilité ultime du programme *New gTLDs* et qu'il se réserve le droit, dans des « circonstances exceptionnelles », de considérer individuellement une candidature pour une nouvelle extension afin de déterminer si l'approbation serait dans le « meilleur intérêt de la communauté internet », par exemple à la suite d'une recommandation du GAC ou de l'utilisation d'un mécanisme d'*accountability* de l'ICANN (Point 5.1 du Guide du candidat).

⁸⁶ Appendix III to the ICC Rules for Expertise, Schedule for Expertise Costs under the New gTLD Dispute Resolution Procedure. Les documents relatifs aux procédures d'objection déléguées au Centre international d'expertise de la CCI sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Expertise/ICANN-New-gTLD-Dispute-Resolution/Documents>>.

indépendant contre des termes liés au secteur de la santé (voir ci-dessous) et les 12 autres de 4 autres objecteurs contre des termes liés au secteur financier⁸⁷.

B. L'ébauche d'un ministère public global : l'objecteur indépendant

Un nouvel acteur doit encore être présenté pour compléter l'esquisse du programme « New gTLDs » : l'objecteur indépendant chargé de représenter les intérêts de la communauté Internet et habilité à introduire des objections relevant de l'intérêt public limité et de la communauté. Après un appel à candidatures spécifique, l'ICANN a nommé le professeur Alain Pellet à ce poste. En tant qu'objecteur indépendant, il est chargé de suivre les commentaires du public émis quant aux candidatures pour des nouveaux gTLD et d'introduire le cas échéant des objections sur le fondement de l'intérêt public limité ou de la communauté. L'objecteur indépendant ne peut introduire d'objection que s'il y a au moins un commentaire qui s'oppose à un gTLD et si le gTLD ne fait pas déjà l'objet d'une procédure d'objection pour le même motif.

Dans l'accomplissement de cette tâche, l'objecteur indépendant a privilégié une approche résolument internationaliste⁸⁸, faisant fi de l'intitulé très large des standards développés par l'ICANN. Il s'est montré particulièrement peu réceptif à l'idée d'une « morale mondiale », comme l'en atteste son avis⁸⁹ sur l'extension *.wtf*⁹⁰. « Wtf » est l'abréviation de « *What the fuck* », une interjection argotique considérée comme insultante, vulgaire et inappropriée par des commentateurs et, selon le GAC, elle pourrait servir d'instrument à des pratiques de harcèlement en ligne⁹¹. L'objecteur indépendant n'est pas sourd à ces critiques mais rappelle que la liberté d'expression est reconnue comme un principe fondamental de droit international, qui ne pourrait être restreinte qu'en vertu d'un autre principe général reconnu internationalement. Et de conclure, après examen de nombreux instruments internationaux, qu'il n'existe pas d'acceptation uniforme de la moralité au sein de la société internationale. Selon lui, une telle définition nécessite des jugements de valeur qui évoluent avec le temps et qui ne peuvent être pris en compte que s'ils ont été transcrits dans des normes internationales⁹².

⁸⁷ Objections contre *.mutualfunds* (4), *.retirement*, *.ira* (pour *Individual Retirement Account*), et *.broker*.

⁸⁸ Voy. son intervention, avant sa prise de fonction, au 45^{ème} colloque de la Société française pour le droit international : A. PELLET, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in *L'Etat dans la mondialisation*, actes du 45^{ème} colloque de la Société française pour le droit international (Nancy, 31 mai-2 juin 2012), Paris, Pedone, 2012, pp. 563-571.

⁸⁹ L'objecteur indépendant a publié plusieurs avis au sujet de candidatures qui suscitaient la controverse dans les commentaires du public, généralement pour expliquer pourquoi il n'avait pas l'intention d'introduire une objection formelle contre ces candidatures. Ces avis sont consultables en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.independent-objector-newgtlds.org/home/the-independent-objector-s-comments-on-controversial-applications>>.

⁹⁰ ICANN Independent Objector, General Comment on *.WTF* Controversial Application, <<http://www.independent-objector-newgtlds.org/home/the-independent-objector-s-comments-on-controversial-applications/wtf-general-comment>>.

⁹¹ Au même titre que les extensions *.fail*, *.gripe*, et *.sucks*. Voy. ICANN Governmental Advisory Committee, Beijing Communiqué, 11 avril 2013, <<http://www.icann.org/en/news/correspondence/gac-to-board-18apr13-en.pdf>>, p.10.

⁹² L'objecteur appuie son analyse en citant un extrait de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire du Sud-Ouest africain : « *La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il constitue.* »

En appliquant cette approche internationaliste classique, l'objecteur indépendant n'a invoqué qu'un principe général de droit international pouvant fonder une objection relative à l'ordre public et à la morale : le droit à la santé, protégé par de multiples instruments de droit international⁹³. Il a ainsi introduit 11 objections relevant de l'intérêt public limité⁹⁴ auprès du Centre d'expertise de la CCI contre des termes liés au secteur de la santé (*.health*, *.healthcare*, *.hospital*, *.med*, *.medical*). L'objecteur indépendant reproche principalement aux candidats de ne pas prendre en considération le caractère particulier de la santé, qui n'est pas un bien comme les autres et qui représente un droit fondamental impliquant des obligations dans le chef des Etats mais aussi des citoyens et des entreprises privées.

CONCLUSION

L'objectif de notre contribution était de démontrer que l'ICANN, un acteur hybride essentiellement privé, agit à la fois comme producteur et comme sanctionnateur ultime de standards constitutionnels applicables à l'Internet. Ces standards sont loin de faire l'unanimité, particulièrement auprès des sujets classiques de droit international que sont les Etats et les organisations internationales, et pourtant ils existent, sont appliqués par des experts, eux aussi de nature privée, et produiront des effets indéniables sur les opérateurs et les utilisateurs du réseau. Il serait illusoire selon nous de dénier le caractère juridique et constitutionnel de ces normes d'un genre nouveau au motif qu'elles échappent aux catégories traditionnellement retenues comme sources du droit constitutionnel, alors même qu'elles trônent au sommet de la hiérarchie des normes applicables à l'organisation de l'espace public global. Au contraire, il nous paraît primordial tirer un trait sur une vision purement westphalienne du monde et d'élargir la perspective du droit constitutionnel aux phénomènes juridiques inédits découlant de la globalisation. Ces phénomènes, singulièrement la gouvernance de l'Internet, constituent également un défi pour le paradigme classique du droit international public, fondé sur le consensus entre Etats souverains. La tension est palpable dans le programme « New gTLDs » entre d'une part, une approche internationale, portée par les gouvernements et, dans une moindre mesure, par l'objecteur indépendant et, d'autre part, une approche globale de la gouvernance de l'Internet, développée par le secteur privé. L'enjeu est d'autant plus crucial pour les Etats que le modèle de l'ICANN pourrait servir d'exemple pour d'autres secteurs transnationaux et dès lors contribuer à un changement de paradigme de la gouvernance mondiale.

Autrement, ce pas une contribution juridique qui serait apportée. » (CII, 18 juillet 1966, affaire du Sud-Ouest africain, § 49, p.34).

⁹³ L'objecteur indépendant se réfère à de multiples instruments mais centre principalement son analyse sur l'article 12 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels.

⁹⁴ L'objecteur indépendant a introduit 13 objections sur le fondement de la communauté et 11 objections sur le fondement de l'intérêt public limité. Les objections introduites par l'objecteur indépendant sont consultables en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.independent-objector-newgtlds.org/home/the-independent-objector-s-objections>>.

Pour mettre en œuvre le standard global de liberté d'expression décrit ci-dessus, l'ICANN a tenu à mettre en place un système indépendant et impartial. L'organisation répond ainsi aux critiques qui avaient été émises quant au caractère discrétionnaire des précédents appels à candidatures et, plus largement, expérimente des pistes pour asseoir sa légitimité en tant que régulateur de l'espace public global. Comme pour la procédure UDRP, l'ICANN a recours à des mécanismes extrajudiciaires pour résoudre les litiges. Les décisions rendues par ces organes *ad hoc* sont définitives et lient le CA de l'ICANN, l'organe exécutif⁹⁵. Pour les objections relevant de l'intérêt public limité et de la communauté, un objecteur indépendant leur est adjoint pour défendre les intérêts de la communauté Internet. Il peut être assimilé à un procureur d'un genre nouveau, représentant la société au niveau global. Il n'est pas inimaginable que l'ICANN renforce cette fonction pour les prochains appels à candidature et qu'elle contribue ainsi à l'émergence d'un ministère public à l'échelle globale.

Au vu de ces mécanismes mis en place pour encadrer la mise en œuvre d'une politique publique globale, il ne nous paraît pas exagéré d'envisager, si ces procédures se pérennisent dans le cadre de prochains appels à candidature, que l'ICANN puisse contribuer de manière importante à la définition d'un standard global de la liberté d'expression. Il s'agit de règles constitutionnelles globales au vu de leur nature et des intérêts protégés, ainsi que de leur fonction. Certains points du Guide de candidature mériteraient toutefois d'être précisés ou modifiés pour arriver à cette fin, notamment en ce qui concerne les fondements des objections visant à préserver l'ordre public. Deux approches pourraient être utilisées par l'ICANN pour consolider les procédures d'objection. L'organisation californienne pourrait d'abord tirer les enseignements des discussions et des applications des standards pour mettre sur pied un code, qui permettrait d'éclaircir notamment les fondements de l'objection relevant de l'intérêt public limité. Le statut de ces normes serait relativement hybride, ne s'agissant ni de droit international au sens classique du terme et ni de droit interne à une association californienne, au vu de la portée globale des régimes élaborés par l'ICANN. Parallèlement, la publicité des décisions des experts pourrait contribuer au développement et à la structuration de ces normes par la jurisprudence⁹⁶. Les experts seront en mesure d'avoir accès aux décisions prises par d'autres panels et de se référer à celles-ci, permettant ainsi le développement d'une jurisprudence de plus en plus cohérente, voire harmonisée.

Avant d'avaliser la position de l'ICANN comme source d'un droit constitutionnel d'un genre nouveau, nous ne pouvons faire l'impasse sur une question lancinante qui pèse sur l'organisation : celle de sa soumission à la juridiction de l'Etat de Californie. L'entrée de l'ICANN sur le terrain de la liberté d'expression pourrait entraîner une augmentation du contentieux porté devant les tribunaux de l'ordre judiciaire contre l'organisation, contentieux qui demeure

⁹⁵ Sauf circonstances exceptionnelles (cf. *supra* note 85).

⁹⁶ Dans le même sens, sur le rôle de la jurisprudence arbitrale dans la reconnaissance de règles transnationales, voy. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, coll. Académie de droit international de La Haye, 2008, spéc. pp. 83-92. Voy. également la contribution de A. Hublet sur le droit international des investissements.

relativement limité jusqu'ici. Il n'est pas exclu d'imaginer, même si cela n'est pas prévu dans le Guide, que les juridictions californiennes aient à trancher dans un futur proche des questions relatives aux nouvelles extensions, émanant à la fois de candidats déçus⁹⁷ et de tiers. Cet ancrage de l'ICANN dans un ordre juridique traditionnel est inévitable et potentiellement déstabilisateur pour l'organisation, qui pourrait être amenée à revoir ses ambitions sur le plan constitutionnel.

⁹⁷ Le Module 6 du Guide du candidat (Conditions générales) contient toutefois, au point 6, une clause expresse de renonciation aux poursuites qui stipule que « Le candidat s'engage à ne contester, devant un tribunal ou toute autre instance judiciaire, aucune décision finale prononcée par l'ICANN à l'égard de la candidature, et renonce irrévocablement à toute poursuite ou tout recours devant un tribunal ou toute autre instance judiciaire sur tout autre fondement légal contre l'ICANN et les parties affiliées à l'ICANN quant à la candidature ». (Traduction personnelle).