



CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Centre Perelman de Philosophie du Droit

Université Libre de Bruxelles

<http://www.philodroit.be>

Le pouvoir de réglementation des Etats sur le DNS

Caroline BRICTEUX

**Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit
n°2011/5**

Comment citer cette étude?

C. BRICTEUX, *Le pouvoir de réglementation des Etats sur le DNS*. Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2011/05, <http://www.philodroit.be>

Caroline Bricteux

16 août 2011

2^{ème} master droit public

Le pouvoir de réglementation des États sur le *Domain Name System*

**Vers la transformation de l'ICANN en organisation
intergouvernementale et la nationalisation des extensions nationales ?**

Mémoire de fin d'études

Tuteur académique : François Dubuisson

Université Libre de Bruxelles

Faculté de droit

Année académique 2010-2011

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	6
PARTIE I – LES ÉTATS ET LES NOMS DE DOMAINE DE PREMIER NIVEAU GÉNÉRIQUES.....	10
Chapitre I – L’ <i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i> (ICANN).....	10
I. Les origines : Jon Postel et l’ <i>Internet Assigned Numbers Authority</i> (IANA).....	11
A. Les origines de l’Internet.....	11
B. L’introduction du <i>Domain Name System</i>	12
C. L’ <i>Internet Assigned Numbers Authority</i> (IANA)	15
D. Tentatives de réforme	18
II. La création de l’ICANN.....	19
A. Une initiative américaine.....	19
1. Le Livre vert (<i>Green Paper</i>)	20
2. Le Livre blanc (<i>White Paper</i>)	22
3. La constitution de l’ICANN.....	23
B. Un réseau de contrats.....	24
1. Avec le gouvernement américain.....	25
2. Avec NSI/Verisign.....	26
3. Avec les différents registres et bureaux d’enregistrement	26
III. Les compétences et l’organisation de l’ICANN	27
A. Mission et valeurs fondamentales	28
B. Structure de l’ICANN.....	28
1. Les composantes de l’ICANN	29
2. Le processus de décision.....	30
3. Un modèle de «gouvernance multi-parties prenantes » ?	31
C. L’UDRP : une politique publique mondiale	32
Chapitre II – La mainmise des États-Unis : une source de tensions	34
I. Avant 2006 : un « globalisme unilatéral ».....	34
A. Les pouvoirs du gouvernement américain sur le DNS	35
1. Le <i>Memorandum of Understanding</i>	35
2. Le contrat IANA	36
3. Accord de coopération avec NSI-Verisign	37
4. Récapitulatif.....	39
B. Critiques.....	39
II. Le Sommet mondial sur la société de l’information	41
A. Des positions divergentes	42
1. Critiques de l’hégémonie américaine.....	42
2. Les États-Unis : défense d’un <i>statu quo</i>	43
3. L’Union européenne : le compromis.....	44
B. Les résultats du SMSI.....	45
1. La phase de Genève	45
2. Le Groupe de Travail sur la Gouvernance de l’Internet.....	47
3. La phase de Tunis	48
C. Conclusion : maintien du statu quo.....	50
III. À partir de 2006 : recul du gouvernement américain	51
A. Le <i>Joint Project Agreement</i> (2006)	51
B. L’ <i>Affirmation of Commitments</i>	52
C. Pouvoirs du gouvernement américain après l’AoC	54

Chapitre III – Le <i>Governmental Advisory Committee</i> (GAC)	56
I. La création du GAC : un comité uniquement consultatif	56
II. Evolution vers une plus grande implication.....	58
A. La réforme de 2002	59
B. L’incident autour du TLD « .xxx » (2005)	61
C. L’ <i>Affirmation of Commitments</i> (2009)	64
III. Un comité controversé.....	65
A. De nombreuses inconnues	66
B. Les recommandations de l’ATRT.....	67
PARTIE II – LES ÉTATS ET LES NOMS DE DOMAINE DE PREMIER NIVEAU NATIONAUX	70
Chapitre I – La délégation des noms de domaine nationaux.....	70
I. Les principes	70
A. De Jon Postel à l’ICANN	71
B. Les principes du GAC	73
II. Les difficultés.....	74
A. La norme ISO 3166-1	74
B. Les relations entre l’ICANN et les registres de ccTLD	77
C. Les re-délégations	79
Chapitre II – L’intervention de l’État dans la gestion de son ccTLD	82
I. Les justifications de cette intervention	82
II. Les formes de cette intervention	83
A. « En amont ».....	84
B. « En aval »	86
PARTIE III – PISTES POUR CONFÉRER UN POUVOIR DE RÉGLEMENTATION AUX ÉTATS SUR LES NOMS DE DOMAINE DE PREMIER NIVEAU	88
Chapitre I – La mutation de l’ICANN en organisation intergouvernementale	89
I. Le problème de légitimité de l’ICANN	89
II. Formes de la prise de contrôle gouvernementale	91
III. Obstacles.....	93
Chapitre II – La nationalisation des ccTLD	95
I. Sur le plan national.....	95
II. Sur le plan international	96
CONCLUSION.....	99
BIBLIOGRAPHIE	102

INTRODUCTION

A ses débuts, l'Internet était conçu comme un espace d'échanges et de liberté, mis au point au sein de la communauté scientifique pour faciliter le partage des connaissances. Ce réseau n'a pas immédiatement suscité l'intérêt du monde des affaires, ni celui des gouvernements nationaux. Ce n'est qu'à partir du moment où ses potentialités commerciales ont été mesurées que la question de la gouvernance du réseau s'est posée avec une grande acuité. A qui confier la gestion du réseau ? Qui a vocation à réguler les activités sur le Net ? Au moyen de quels mécanismes régler les conflits entre utilisateurs du réseau ?

Plusieurs modèles de régulation ont été envisagés et discutés, de la réglementation par les pouvoirs publics, au niveau national ou international, à l'autorégulation par les acteurs privés du réseau. Le modèle de la réglementation étatique repose sur l'idée que les activités sur le Net sont des activités humaines comme les autres, comprenant des comportements que l'État peut être amené à encadrer. Ce modèle se heurte toutefois à un obstacle de taille : la dimension globale de l'Internet. En effet, le réseau ne connaît pas de frontières géographiques, alors que le droit étatique a en principe un champ d'application limité au territoire de l'État. Une autre faille de ce modèle réside dans le fait que le processus législatif démocratique n'est pas adapté à un réseau en continuelle évolution, qui nécessite des prises de décision rapides et efficaces. Ces faiblesses avérées n'empêchent pas les États de tenter de réglementer en amont certaines activités sur l'Internet, un réseau qui fait désormais partie de la vie quotidienne de nombreux citoyens. Des institutions étatiques, comme les cours et tribunaux, peuvent également être sollicitées en aval en cas de litige. Ce modèle de la réglementation étatique est souvent opposé à celui de l'autorégulation, selon lequel le développement et l'application des normes applicables aux activités sur l'Internet doivent être dévolus aux acteurs du réseau. On pense notamment aux instances scientifiques et techniques privées, au sein desquelles l'Internet a été développé. Celles-ci présentent l'avantage, non seulement de compter des personnes spécialistes de la matière, à même d'évaluer les besoins normatifs du réseau, mais aussi de disposer des infrastructures permettant une application efficace de ces normes. D'autres voix avancent encore qu'il n'y a pas de choix à opérer entre ces deux modèles, et plaident plutôt pour un modèle hybride, un modèle de « co-régulation », où la réglementation étatique et l'autorégulation s'entremêlent.

Toutes ces questions liées à la gouvernance de l'Internet ont trouvé un écho particulier dans la matière des noms de domaine.

Un nom de domaine est la traduction en caractères intelligibles d'une adresse IP (pour *Internet Protocol*), qui permet d'identifier un ordinateur connecté à l'Internet et d'assurer la communication entre utilisateurs du réseau. L'adresse IP est composée d'une suite de quatre nombres entre 0 et 255, séparés par des points. Afin d'éviter à l'internaute de devoir manipuler de longues listes de nombres, pour des raisons mnémotechniques, un nom de domaine est attaché à cette adresse IP. Celui-ci n'est donc en soi pas indispensable au bon fonctionnement des communications sur l'Internet mais facilite grandement la navigation sur le réseau. Le *Domain Name System* (DNS) a ainsi pour objet principal la résolution de noms de domaine, c'est-à-dire la reconnaissance de l'adresse IP qui correspond à un nom de domaine, afin de permettre la communication. Le DNS repose sur un ensemble hiérarchisé et distribué de « serveurs de noms de domaine », contenant la liste de paires noms-adresses relative à une portion de l'espace de nommage (une « zone »). Au sommet de la hiérarchie, on trouve une zone unique, la « racine », puis les zones de haut niveau, puis celles de second niveau et ainsi de suite. Quand on parle de « domaine », cela renvoie à une zone et à toutes les zones qui lui sont inférieures. Le domaine de la racine renvoie donc ainsi à l'ensemble du DNS. Un domaine possède un nom, le « nom de domaine », composé de caractères alphanumériques. Ce nom de domaine doit être unique car, pour des raisons techniques tenant à la stabilité du réseau, deux noms de domaine identiques ne peuvent coexister sur l'Internet. Un nom de domaine reflète la hiérarchie du DNS : il est en général composé de deux parties principales organisées hiérarchiquement de droite à gauche et séparées par des points : d'une part, un « nom de domaine de premier niveau » (*Top-Level Domain* ou TLD) qui détermine le domaine auquel appartient le site concerné (comme « .com », « .eu », « .be », ...) et, d'autre part, un « nom de domaine de second niveau » (*Second-Level Domain* ou SLD) qui est déterminé par celui qui en demande l'enregistrement. Rien n'empêche d'avoir plus de niveaux, mais de longs noms de domaine vont à l'encontre de l'objectif de faciliter la mémorisation. Au sein des noms de domaine de premier niveau, il convient encore de distinguer, d'une part, les noms de domaine génériques (*generic Top-Level Domain* ou gTLD) comme « .com », « .org », « .net », ... et, d'autre part, les noms de domaine nationaux (*country-code Top-Level Domain* ou ccTLD) comme « .be », « .fr », « .de », ...

L'objectif du DNS se limitait à l'origine à offrir un système clair et facile à retenir pour catégoriser l'information et localiser des activités sur l'Internet. Le DNS tend aussi à assurer une certaine stabilité : les adresses IP peuvent changer sans que le nom de domaine ne soit modifié en conséquence, ce qui fait des noms de domaine des points de référence établis. Le DNS a permis une utilisation plus confortable de l'Internet mais le principe d'unicité des noms de domaine n'a pas été sans poser de problèmes au fur et à mesure du développement commercial du réseau. En effet, les noms de domaine sont devenus bien plus que de simples localisateurs car ils ont été de plus en plus associés à des produits et services présents sur la toile. Un nom de domaine est aujourd'hui considéré comme un signe distinctif sur le vaste marché international que constitue désormais l'Internet. Il est devenu un enjeu commercial de première importance, que l'on peut assimiler à une marque déposée. Cette mutation de la fonction des noms de domaine a évidemment entraîné des conflits, conflits de plus en plus nombreux avec l'expansion du réseau et la croissance de l'enregistrement des noms de domaine.

Un autre aspect important du DNS tient à la nécessité de la centralisation et de la hiérarchisation de sa gestion. En effet, alors que la décentralisation du réseau est un des éléments de son succès, une forme de coordination technique centralisée est requise pour en assurer l'interopérabilité et pour garantir le caractère unique de chaque nom de domaine. Cette exigence confère à la matière des noms de domaine un caractère tout à fait particulier et controversé. L'hégémonie historique du gouvernement américain, placé de facto au sommet de la hiérarchie, est aujourd'hui largement remise en question. Beaucoup d'États revendiquent une meilleure répartition du pouvoir sur le DNS. En effet, il a souvent été affirmé que contrôler le DNS revenait à contrôler l'Internet lui-même. De nombreux débats sur la gouvernance de l'Internet se sont dès lors focalisés sur le contrôle de l'infrastructure technique du réseau en général et sur la zone racine en particulier. Nous verrons que le modèle de gouvernance retenu pour le DNS est un modèle d'autorégulation, dans lequel le gouvernement des États-Unis dispose de prérogatives particulières. Les autres États, l'Union européenne en tête, voient cette situation d'un assez mauvais œil et tentent aujourd'hui d'intervenir dans ce système, qui s'est développé à un niveau global, en dehors de leur giron. De nombreux débats ont aussi entouré les noms de domaine nationaux (ccTLD), quant à la question de savoir si leur gestion devait incomber à l'État.

Dans cette contribution, j'examinerai le pouvoir de réglementation des États sur le *Domain Name System*. Dans un premier temps, je me pencherai sur les noms de domaine de premier niveau génériques. A l'origine, ils ont été développés au sein de communautés scientifiques et techniques, principalement américaines. Le gouvernement américain est par la suite intervenu pour favoriser la création d'une entité transnationale de droit privé, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), composée de représentants des différents groupes d'intérêts sur la toile et chargée de gérer, entre autres, la zone racine et les noms de domaine génériques. Différents contrats ont été conclus par cette entité avec le gouvernement américain, qui s'est vu ainsi accorder une place de choix dans le système, place qu'il occupe encore aujourd'hui. Cette configuration d'une organisation transnationale sous l'égide des États-Unis est très éloignée de la conception classique de l'organisation internationale fondée sur un traité entre États souverains. Le fait que les autres gouvernements souhaitant être représentés au sein de l'ICANN aient été cantonnés à une fonction consultative a également été critiqué. Ces critiques ont entraîné une évolution sensible de l'ICANN vers plus d'intergouvernementalisme. Dans un deuxième temps, j'examinerai les relations entre États et noms de domaine de premier niveau nationaux. Historiquement, ceux-ci étaient délégués de manière assez informelle, le plus souvent à des personnes privées agissant dans le cadre d'activités scientifiques ou académiques. Le développement commercial de l'Internet a, encore une fois, changé la donne en la matière. De nombreux États se sont appuyés sur la nature juridique particulière du nom de domaine national pour intervenir dans sa gestion, eux-mêmes ou via des partenariats public-privé. Enfin, dans un troisième temps, j'examinerai deux pistes qui pourraient conférer aux États un pouvoir de réglementation sur le DNS. Je tenterai d'abord de répondre à la question de savoir si l'évolution observée au sein de l'ICANN est le signe que celle-ci pourrait être transformée en organisation internationale classique. Si cette solution peut sembler souhaitable pour apporter une véritable légitimité démocratique à l'ICANN, nous verrons toutefois qu'elle présente aussi des inconvénients. La deuxième voie qui pourrait être empruntée est moins radicale. Il s'agirait de nationaliser les noms de domaine nationaux, afin de permettre aux États d'assurer eux-mêmes la gestion de leur ccTLD d'une part et de participer à l'élaboration des politiques de l'ICANN en matière de ccTLD d'autre part. Je terminerai en concluant que si le pouvoir de réglementation des États sur les gTLD reste encore marginal, à l'exception bien sûr du rôle historique joué par le gouvernement américain, force est de constater qu'il commence à se mettre en place en matière de ccTLD.

Avant d'examiner en détail de quelles manières les États peuvent exercer leur pouvoir de réglementation sur les noms de domaine génériques, il convient de tracer, dans les grandes lignes, les caractéristiques principales de *l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), l'entité de droit privé chargée de la gestion de cette catégorie de noms de domaine (**chapitre I**). Nous verrons que celle-ci est soumise contractuellement au gouvernement des États-Unis, ce qui ne va pas sans créer des tensions avec les autres États. Le Sommet mondial sur la société de l'information fut notamment le théâtre de ces discussions et déboucha sur la reconnaissance d'un rôle pour les gouvernements nationaux en matière d'élaboration de politiques publiques (**chapitre II**). Les exigences des États sont partiellement satisfaites par le rôle de plus en plus important joué par le *Governmental Advisory Committee* (GAC) au sein de l'ICANN, que nous étudierons dans un deuxième temps. Auparavant cantonné à un rôle consultatif, il s'est vu reconnaître une participation plus importante à la prise de décision et au contrôle de l'ICANN (**chapitre III**).

Chapitre I – *L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)

Le *Domain Name System* a été introduit en 1983. Jusqu'en 1998, il fut pris en charge presque exclusivement par un seul homme, Jon Postel, d'abord en tant que chercheur, puis en sa qualité de responsable de *l'Internet Assigned Numbers Authority* (IANA). Jon Postel et son équipe étaient financés par le gouvernement américain via un contrat entre une agence de celui-ci et leur université (I). Le réseau s'est ensuite développé de manière telle qu'une profonde réforme de sa gestion est apparue indispensable au début des années 1990. Après de longues discussions, l'administration Clinton a opté en 1998 pour un système de gouvernance tout à fait particulier. Il s'est matérialisé par une entité de droit privé, l'ICANN, soumise au contrôle du Département américain du Commerce par un réseau de contrats (II). L'ICANN a été chargée de différentes missions liées à la gestion et à la coordination du DNS. Pour permettre la représentation des intérêts des différents acteurs et utilisateurs du réseau, elle a été dotée d'une organisation complexe et d'un processus de décision original. Certaines de ces réalisations ont été assimilées à un nouveau type de politique publique mondiale (III).

I. Les origines : Jon Postel et l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA)

Le DNS est une ressource fondamentale de l'Internet. Pour apprécier son importance, il n'est pas inutile de se pencher brièvement sur les origines de ce fameux « réseau des réseaux » (A). L'introduction du DNS en 1983 est l'un des jalons de cette histoire (B). Développé et géré par un seul individu dans les années 1980, le DNS fut ensuite pris en charge par l'IANA. Cette organisation informelle et potentiellement instable ne faisait toutefois pas l'unanimité au fur et à mesure de l'expansion et de la commercialisation du réseau (C). Plusieurs réformes furent envisagées, sans succès, à défaut de recueillir le soutien du gouvernement américain (D).

A. *Les origines de l'Internet*

L'Internet est le fruit d'un projet de recherche universitaire en matière de réseaux informatiques, lancé dans les années 1960 et financé par l'*Advanced Research Project Agency* (ARPA), une agence du Département américain de la Défense¹. Un premier résultat de ce programme fut, en 1969, le réseau expérimental ARPANET, du nom de son commanditaire, connectant entre eux les ordinateurs de diverses universités américaines. Parallèlement à ARPANET, d'autres réseaux d'ordinateurs se développèrent à travers le monde. Ces divers réseaux n'étaient pas reliés entre eux car ils n'obéissaient pas aux mêmes normes techniques. Il fallait définir un langage commun pour leur permettre de communiquer entre eux. Ce fut chose faite avec la conception du protocole de transmission et de routage TCP/IP (pour *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*). Quand ARPANET adopta ce protocole en janvier 1983, les personnes utilisant des ordinateurs connectés à ARPANET étaient en mesure de communiquer avec des usagers d'ordinateurs de n'importe quel autre réseau utilisant aussi le protocole TCP/IP. Cette standardisation aboutit à la naissance du « réseau des réseaux » : l'Internet².

¹ Cette agence a été lancée peu après le succès de la mise en orbite du satellite soviétique Spoutnik en 1957. Elle a changé plusieurs fois de dénomination, oscillant entre ARPA et DARPA (pour *Defense Advance Research Projects Agency*).

² Le nom propre « Internet » fait référence au réseau qui a résulté de la recherche financée par l'ARPA, tandis que le nom commun « internet » est un terme utilisé pour désigner tout réseau informatique constitué par l'interconnexion de plusieurs autres réseaux.

L'Internet s'est ainsi développé dans la communauté scientifique, sans intervention des gouvernements, à l'exception de celui des États-Unis qui finançait le projet. Des modes de production de normes et de régulation adaptés à la nature du réseau se sont mis en place. La caractéristique principale de ceux-ci est la place laissée aux usagers de l'Internet, qui étaient pour la plupart des universitaires. On songe notamment à la « netiquette », un ensemble de valeurs et de règles de conduite développé, appliqué et sanctionné par la communauté des internautes. Ces principes relèveraient du « droit naturel » du réseau³. Pour les questions de standardisation technique, le système des « *Request for Comment* » (RFC), littéralement « demandes de commentaires », a été instauré. Il consiste, en bref, à soumettre aux commentaires de la communauté de l'Internet, au moyen de listes de diffusion, des projets rédigés au préalable par des experts techniques. Ceux-ci tiennent ensuite compte des commentaires reçus lors de la prise de décision finale. Le protocole TCP/IP fut notamment élaboré selon ce procédé, mettant en avant l'expertise des scientifiques et non des intérêts politiques ou économiques. La procédure RFC est simple, efficace, peu onéreuse et très différente des lourdes procédures de standardisation utilisée par l'UIT (Union internationale des Télécommunication) ou l'ISO (Organisation internationale de normalisation). Ces RFC sont élaborées par des entités de régulation technique, spécifiques à l'Internet, qui utilisent le réseau lui-même comme plateforme de discussion entre les différentes parties prenantes. On peut citer l'*Internet Engineering Task Force* (IETF), un groupe d'ingénieurs formé en 1986 dans le but d'apporter des solutions aux problèmes techniques ponctuels du réseau.

B. L'introduction du Domain Name System

Tout réseau d'ordinateurs requiert un système permettant la localisation d'un ordinateur par un autre pour assurer un échange de communication fructueux. A l'origine, le mécanisme d'adressage utilisé était simple à comprendre mais fastidieux à utiliser. Chaque ordinateur relié au réseau ARPANET était doté d'un fichier appelé <hosts.txt>, reprenant la liste complète des noms et des adresses IP des ordinateurs du réseau, tel un répertoire téléphonique. Il suffisait donc de consulter cette liste pour connaître l'adresse liée à un nom. Le problème était que chaque ajout d'un nouvel ordinateur au réseau devait s'accompagner de la mise à jour de la liste et de l'envoi de celle-ci à tous les ordinateurs concernés. Cette

³ VERBIEST, Th., et WÉRY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, p.553.

configuration pouvait fonctionner tant que le nombre d'ordinateurs connectés restait relativement peu élevé. Avec la transformation d'ARPANET en Internet, elle n'était plus tenable : le fichier <hosts.txt> prit en effet des proportions peu maniables et la distribution de ce fichier renouvelé menaçait de devenir un fardeau ingérable pour le réseau⁴. Le caractère unique de cette base de données référençant les correspondances entre noms et adresses IP était aussi considéré comme un maillon faible⁵. Le système n'était plus à la hauteur, une structure d'adressage plus sophistiquée s'avérait donc indispensable.

La version actuelle du système d'adressage fut élaborée en 1983 par des chercheurs de l'*Information Sciences Institute* (ISI) de l'Université de Californie du Sud, Jon Postel et Paul Mockapetris. Grâce aux financements issus d'un contrat entre l'ISI et l'ARPA, ils ont imaginé de recourir à un système hiérarchisé et distribué de bases de données partielles pour assurer la correspondance entre noms de domaine et adresses IP : le *Domain Name System* (DNS)⁶. L'objectif principal du DNS était de décentraliser l'administration des fonctions de nommage et d'adressage⁷. Pour ce faire, le DNS a été défini comme un espace hiérarchique, divisé en noms de domaine de haut niveau (TLD), qui eux-mêmes sont divisés en noms de domaine de second niveau (SLD et 2LD), qui peuvent se diviser en noms de domaine de troisième niveau (3LD) et ainsi de suite. Cette hiérarchie est structurée en arborescence, au sommet de laquelle se trouve la racine (*root*). Cette hiérarchie permet aussi, au lieu d'avoir une base de données unique, de distribuer les serveurs de noms de domaine (*root name servers*). Il s'agit d'ordinateurs qui stockent des informations à propos d'une « zone », qui est une section de l'espace de nommage⁸, et qui ont pour fonction de répondre aux demandes d'autres

⁴ LINDSAY, D., *International Domain Name Law – ICANN and the UDRP*, Portland, Hart Publishing, 2007, p.4.

⁵ LEDRICH, E., « La gestion du *Domain Name System* en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle... - Réflexions autour de la « gouvernance » de l'Internet et du statut de l'ICANN suite au SMSI de Tunis », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°12, janvier 2006, p.36.

⁶ Une première ébauche, contenant les principes de base du DNS, fut publiée dans la RFC 819 en 1982 (ZAW-SING, S. et POSTEL, J., « The Domain Name Naming Convention for Internet User Application », *RFC 819*, août 1982, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc819.txt>>). Le cadre conceptuel et les détails techniques de la mise en œuvre du DNS furent décrits l'année suivante dans les RFC 882 (MOCKAPETRIS, P., « Domain Names – Concepts and Facilities », *RFC 882*, novembre 1983, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc882.txt>>) et 883 (MOCKAPETRIS, P., « Domain Names – Implementation and Specification », *RFC 883*, novembre 1983, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc883.txt>>). Ces RFC ont par la suite été remplacées par les RFC 1034 (MOCKAPETRIS, P., « Domain Names – Concepts and Facilities », *RFC 1034*, novembre 1987, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1034.txt>>) et 1035 (MOCKAPETRIS, P., « Domain Names – Implementation and Specification », *RFC 1035*, novembre 1987, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1035.txt>>), qui constituent le standard actuel.

⁷ POSTEL J. ET REYNOLDS, J., « Domain Requirements », *RFC 920*, octobre 1984, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc920.txt>>, p.1

⁸ Une zone n'équivaut pas à un « domaine », car tous les TLD et certains niveaux inférieurs sont divisés en unités plus petites, qui correspondent aux zones.

ordinateurs concernant la zone dont ils stockent les données et d'établir la correspondance entre les noms de domaine et les adresses IP. Ces serveurs sont organisés de manière hiérarchique, toujours dans l'objectif de décentraliser l'administration du DNS. Tout serveur ne possède en effet pas l'information complète à propos des noms et des adresses de tous les ordinateurs du réseau. De fait, il n'existe aucune base de données regroupant l'intégralité des noms de domaine du réseau et les adresses IP qui leur correspondent. Les serveurs au sommet de la hiérarchie sont appelés « serveurs de noms racine » (*root name servers*) et contiennent les informations relatives au fichier-zone racine (*root zone file*). Ce fichier contient la liste des adresses des serveurs de noms de domaine des domaines de premier niveau (TLD), répartis entre gTLD et ccTLD. Il existe treize serveurs de noms racine, désignés de « A » à « M ». Le serveur « A » contient l'information officielle tandis que les douze autres contiennent une copie de celle-ci. Au niveau suivant de la hiérarchie, les serveurs de noms de domaine renseignés dans le fichier-zone racine contiennent la liste des adresses des serveurs des noms de domaine des SLD qu'ils contrôlent et ainsi de suite. Quand un internaute tape un nom de domaine dans son navigateur Internet, son ordinateur commence par interroger les serveurs à la base de la hiérarchie pour trouver l'adresse IP correspondante. Si le serveur interrogé ne contient pas l'information, il transmet la demande au niveau supérieur, jusqu'à obtention de la réponse.

La localisation physique des serveurs de noms racine a été longtemps controversée car, à l'origine, seulement trois d'entre eux étaient situés hors des États-Unis. Aujourd'hui, ce problème est réglé grâce au système de routage « Anycast » qui permet la distribution de la majorité de ces serveurs sur plusieurs continents. Le débat n'est toutefois pas encore clos car le contrôle sur le serveur racine A et sur l'édition du fichier-zone racine qu'il contient, qui confère un pouvoir de fait considérable sur le DNS, demeure entre les mains du gouvernement américain (cf. *infra*, chapitre II).

C. L'Internet Assigned Numbers Authority (IANA)

En 1988, le DARPA conclut un nouveau contrat avec l'ISI, qui fut chargée de la gestion de fonctions liées au DNS, notamment la coordination de l'allocation des adresses IP et la gestion du système racine. Au même moment, l'ISI fit l'objet d'une réorganisation interne et commença à se référer à ces fonctions sous le nom d'IANA, pour *Internet Assigned Numbers Authority*. L'IANA fut mentionnée pour la première fois dans la RFC 1083 (décembre 1988)⁹. Jusque 1998, Jon Postel en fut l'unique administrateur.

L'IANA fit rapidement l'objet de critiques car cette structure apparaissait incapable de composer avec les pressions générées par la commercialisation et la croissance de l'Internet. Au milieu des années 1990, le trafic commercial fut autorisé sur l'Internet, ce qui entraîna un changement dans la fonction des noms de domaine. L'invention du *World Wide Web* (WWW), une application construite sur le protocole TCP/IP et permettant la localisation de documents sur des réseaux d'ordinateurs au moyen d'hypertextes, a joué un rôle important dans cette évolution. En effet, le système d'adressage du WWW pour localiser des fichiers sur l'Internet, les URL (*Uniform Resource Locators*), incorporent des noms de domaine dans des adresses Internet¹⁰. Cette incorporation a provoqué un changement dans la perception des noms de domaine, qui, de simple dénomination d'ordinateurs reliés à un réseau, sont devenus des outils de localisation de contenu et de produits commerciaux sur l'Internet. Par conséquent, les demandes d'enregistrement de noms de domaine augmentèrent considérablement.

Ces développements ont montré que les décisions en matière de coordination technique des ressources du réseau avaient aussi des aspects politiques et économiques. Le système embryonnaire de gestion du DNS, reposant en grande partie sur le seul Jon Postel œuvrant via l'IANA, fit alors l'objet de critiques de plus en plus nombreuses.

⁹ INTERNET ACTIVITIES BOARD, « IAB Official Protocol Standards », *RFC 1083*, décembre 1988 <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1083.txt>>.

¹⁰ Exemple : <<http://www.ulb.ac.be/facs/droit>> : La première partie de l'URL (http) indique l'utilisation du protocole de communication du WWW, le *Hypertext Transfer Protocol*, pour accéder à la ressource. La seconde partie (www) indique qu'il s'agit d'une ressource du WWW. La troisième partie (ulb.ac.be) est le nom de domaine qui permet d'identifier l'ordinateur sur lequel la ressource est stockée. La quatrième partie (/facs/droit) indique les subdivisions de la ressource.

Un manque de clarté quant à la source de l'autorité de l'IANA a tout d'abord été relevé¹¹. D'une part, le contrat conclu avec le DARPA en 1988 ne contenait aucune référence à l'IANA. D'autre part, des RFC contradictoires ont été publiées à ce sujet. Certaines ont affirmé que l'autorité de l'IANA dérivait de l'IAB¹², d'autres plus récentes ont tenté de lier l'IANA à l'ISOC¹³. Or l'ISOC a été formée après l'IANA et il n'y avait trace d'aucune décision de sa part de déléguer des pouvoirs à l'IANA¹⁴.

Ensuite, la personnalisation de l'IANA a été dénoncée. En effet, l'IANA reposait en fait sur la réputation et le travail d'un seul homme, Jon Postel. C'est lui qui gérait le fichier-zone racine, autorisait l'ajout de nouveaux domaines de haut niveau et sélectionnait les registres. Cette structure informelle, basée sur la confiance, était concevable tant que l'Internet n'était la chasse gardée que d'une poignée d'universitaires. Elle l'était par contre beaucoup moins quand le réseau, au fur et à mesure de son développement, acquit une envergure mondiale. Les décisions que Postel était en mesure de prendre dépassaient le cadre d'un projet de recherche, pour avoir des implications commerciales et politiques. Accorder un tel pouvoir à un seul individu, décrit par certains comme le « dieu de l'Internet »¹⁵, était devenu intenable. De plus, il fallait parer à l'éventualité de la disparition de Postel, car celle-ci aurait eu pour effet de déstabiliser grandement le DNS¹⁶.

La place de choix occupée par le gouvernement américain dans la gestion du DNS a aussi été critiquée. L'Internet était en train de devenir un phénomène mondial et n'était géré que par quelques scientifiques grâce au financement du gouvernement américain, seul gouvernement un tant soit peu impliqué dans le développement du DNS¹⁷. Les autres gouvernements se sont progressivement intéressés à cette nouvelle technologie et ont réclamé des structures de gestion plus internationales et moins menaçantes pour leur souveraineté. Des

¹¹ FROMKIN, « Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution », *Duke Law Journal*, vol.50, n°1, octobre 2000, pp.54-57 ; LINDSAY, D., *op.cit.*, pp.33-34.

¹² MALKIN, G. ET MARINE, A., « FYI on Questions and Answers », *RFC 1206*, février 1991, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1206.txt>>, p.9.

¹³ POSTEL, J. ET REYNOLDS, J., « Assigned Numbers », RFC 1700, octobre 1994, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1700.txt>>, p.1.

¹⁴ FROMKIN, *op.cit.*, 2000, p.57.

¹⁵ GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p.29.

¹⁶ Cette préoccupation a malheureusement été confortée par le décès inopiné de Jon Postel en 1998, peu après la constitution de l'ICANN.

¹⁷ KLEINWÄCHTER, W., « From Self-Governance to Public-Private Partnership: the Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Ressources », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.36, n°3, printemps 2003, p.1106.

organisations internationales, comme l'UIT et l'ONU, pointaient aussi du doigt l'hégémonie américaine.

Par ailleurs, un manque de concurrence dans l'enregistrement des noms de domaine a été épingle. Un acteur dominait le marché de l'enregistrement : Network Solutions, Inc. (NSI), qui par un contrat avec la NSF, était chargée de faire fonctionner le serveur racine A et de gérer le registre et l'enregistrement de certains gTLD (« .com », « .org », « .net » et « .edu »). Quand la NSF cessa de financer le projet Internet en 1995, NSI reçut l'autorisation d'introduire un tarif pour l'enregistrement de noms de domaine. Ce monopole de fait pour l'enregistrement de ces noms de domaine génériques, générateur de bénéfices importants, était décrié. Des entreprises commençaient à proposer d'autres espaces de nommage, d'autres TLD et des registres indépendants. Tout cela faisait peser des menaces de fragmentation sur le DNS. Il fallait mettre un terme à cette situation qui menaçait la stabilité du réseau et mettre en place des structures permettant d'assurer la transparence et l'ouverture à la concurrence.

Enfin, des conflits autour de la propriété des noms de domaine devaient être résolus. Avec la commercialisation du réseau, les noms de domaine sont en effet apparus comme des biens d'une valeur commerciale évidente. Cela a généré de nombreux conflits autour des noms de domaine correspondant à des marques déposées. Le phénomène du « cybersquatting », consistant à enregistrer un nom de domaine correspondant à une marque pour ensuite le revendre à prix d'or au titulaire de cette marque, était en plein essor. Etant donné que l'utilisation des noms de domaine n'est pas limitée géographiquement, un conflit avec le titulaire d'une marque déposée pouvait potentiellement se présenter dans n'importe quel pays et la plupart des tribunaux étatiques ne disposaient pas de règles spécifiques pour y répondre. Les procédures étaient longues et coûteuses et la jurisprudence qui en résultait se révélait parfois contradictoire¹⁸. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ainsi que des *lobbies* du secteur privé faisaient dès lors pression pour la mise en place de solutions efficaces à ce nouveau type de conflit.

¹⁸ MIFSUD BONNICI, J., *Self-Regulation in Cyberspace*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2008, pp.97-98.

D. Tentatives de réforme

Pour répondre à ces préoccupations entourant l'IANA, plusieurs réformes furent envisagées.

Tout d'abord, Postel envisagea en 1995 de placer l'IANA sous l'égide de l'*Internet Society* (ISOC), une organisation établie en 1992 réunissant des techniciens de l'Internet. En retour, l'ISOC apporta son soutien à l'*Internet Draft* de Postel qui proposait l'introduction de nouveaux TLD et de nouveaux registres pour concurrencer NSI¹⁹. Ce projet mena à une impasse, faute de soutien. NSI s'y opposa évidemment, de même que le gouvernement américain qui affirmait ne pas avoir délégué à l'IANA son contrôle sur le DNS. L'INTA²⁰ s'opposa également, craignant que cette possibilité accrue d'enregistrer des noms de domaine ne vienne déprécier la valeur de marques déposées.

Cet échec mit en évidence la nécessité de développer une structure de gouvernance plus claire pour le DNS. Postel, qui voulait éviter tant le contrôle gouvernemental que le contrôle commercial du DNS, se mit en quête d'une « troisième voie »²¹. En octobre 1996, l'ISOC mit sur pied un panel international, l'IAHC (*International Ad Hoc Committee*), pour répondre à ces problèmes. L'IAHC regroupait des représentants des instances techniques (ISOC, IAB et IANA), du FNC²², de l'INTA et de deux organisations intergouvernementales des Nations Unies, l'UIT et l'OMPI. NSI n'était pas représentée. Un plan fut publié au terme des discussions de ce comité en 1997²³. Mettant l'accent sur la nature publique du DNS, il plaidait entre autres pour un comité multi-parties prenantes responsable de la politique de gestion des gTLD (*Policy Oversight Committee – POC*), mêlant techniciens de l'Internet, gouvernements et monde des affaires. Il a été souligné que même si la proposition incluait des parties non étatiques, la présence d'organisations intergouvernementales marquait la volonté

¹⁹ LINDSAY, *op.cit.*, p.37.

²⁰ Pour *International Trademark Association*, une organisation représentant les propriétaires de marques déposées.

²¹ KLEINWÄCHTER, « Beyond ICANN vs ITU? : How WSIS Tries to Enter the New Territory of Internet Governance », *International Communication Gazette*, vol.66, nos 3-4, juin 2004, p.236.

²² Pour *Federal Networking Council*, un comité de coordination fondé par la NSF en 1990 en vue de gérer les tensions entre intérêts civils et militaires et regroupant des représentants d'agences fédérales américaines.

²³ IAHC, « Establishment of a Memorandum of Understanding on the Generic Top Level Domain Space of the Internet Domain Name System (gTLD-MoU) », 28 février 1997, <<http://www.itu.int/net-itu/gtld-mou/gTLD-MoU.htm>>.

d'un cadre étatique²⁴. Cette solution de compromis échoua également, balayée par le gouvernement américain. La réaction de celui-ci ne se fit en effet pas attendre. Quelques mois après la publication du rapport de l'IAHC, un appel à la privatisation du DNS était lancé par l'administration Clinton. En 1998, quand le contrat entre l'ARPA et l'ISI vint à expiration, le gouvernement américain ne renouvela pas le contrat mais transféra les fonctions de l'IANA à une nouvelle entité de droit privé, l'ICANN.

II. La création de l'ICANN²⁵

L'ICANN est le fruit d'une action menée au cours des années 1990 par l'administration Clinton en vue de privatiser le *Domain Name System* (A). Le modèle choisi est pour le moins original : l'ICANN est une entreprise privée de droit californien qui fonctionne via un complexe réseau de contrats et qui reste sous la supervision du gouvernement américain (B).

A. Une initiative américaine

La mise sur pied d'une entité privée pour coordonner les fonctions du DNS, l'ICANN (3), a été la réponse du gouvernement Clinton aux critiques émises à l'encontre de l'IANA. Ce projet fut développé au moyen de deux documents de la NTIA (*National Telecommunications and Information Administration*), une agence du Département du Commerce (DoC). Le Livre vert (1) est une proposition de réglementation, publiée en janvier 1998 après la sollicitation, par le biais d'une RFC, de l'avis du public sur différentes thématiques : la structure générale de l'administration du DNS, la création de nouveaux TLD, les règles en matière d'enregistrement et les conflits entre noms de domaine et marques déposées. Le Livre vert fut lui-même soumis à l'avis du public et les différentes observations émises contribuèrent à la rédaction du rapport final de la NTIA, publié en juin 1998, le Livre blanc (2).

²⁴ RIJGERSBERG, R., *The State of Interdependence – Globalization, Internet and Constitutional Governance*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p.75.

²⁵ Pour un exposé détaillé de la création de l'ICANN, voyez : FROMKIN, *op.cit.*, 2000, pp.62-92 ; MUELLER, M., *Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2002, pp.154-184

1. Le Livre vert (Green Paper)

A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses, document communément désigné comme le Livre vert (*Green Paper*)²⁶, a été publié par la NTIA en janvier 1998. Il s'agissait d'un projet de réglementation (*rulemaking*) proposant la privatisation de la gestion du DNS, sous la supervision du gouvernement américain. Il ne faisait aucune mention des travaux et des conclusions de l'IAHC.

Le Livre vert proposait la création d'une nouvelle société privée sans but lucratif pour assurer la gestion et l'assignation des noms de domaine et des adresses IP. Quatre principes devaient guider cette nouvelle entité : la stabilité du réseau, la concurrence, la coordination privée et ascendante (*bottom-up*) et la représentation équitable de la communauté de l'Internet. L'action du secteur privé, flexible et à même de répondre rapidement aux besoins changeants de l'Internet, était considérée comme « préférable au contrôle gouvernemental »²⁷. Le gouvernement américain prévoyait cependant qu'il participerait à la supervision des politiques développées par la nouvelle entité, afin d'assurer la stabilité et pour une période qui prendrait fin au plus tard le 30 septembre 2000²⁸. La nouvelle société serait incorporée selon le droit américain et aurait son siège aux États-Unis, mais son conseil d'administration serait composé d'administrateurs « du monde entier »²⁹. Le Livre vert insistait aussi sur le fait que la légitimité de la nouvelle entité et de son conseil d'administration devrait découler de la « participation des parties prenantes clés »³⁰. Le conseil d'administration devrait être composé de manière à représenter équitablement les intérêts des instances techniques et ceux des usagers du réseau (intérêts commerciaux, non lucratifs et individuels). La participation de représentants de gouvernements ou d'organisations intergouvernementales au conseil d'administration était quant à elle exclue³¹. Dans la suite du document, le gouvernement exposait les mesures réglementaires qu'il estimait devoir être prises en matière de concurrence, d'addition de nouveaux gTLD et de propriété intellectuelle³².

²⁶ UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, « Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses », Proposed rule – Request for public comment, *Federal Register*, vol.63, n°34, 20 février 1998, p.8825-8833.

²⁷ *Ibid.*, p.8827.

²⁸ *Ibid.*, p.8828.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Ibid.*, p.8828-8830.

J. Weinberg a souligné que le gouvernement américain ne semblait pas douter du fait qu'il serait en mesure d'appliquer directement les recommandations du Livre vert³³. De nombreuses critiques, émanant de groupes variés, furent néanmoins émises durant la période de commentaires et obligèrent la NTIA à revoir sa copie. Ces critiques étaient polarisées autour du rôle du gouvernement américain dans le processus et émanaient tant de la communauté technique attachée au modèle d'autorégulation qui avait prévalu jusqu'alors que d'autres gouvernements qui réclamaient une structure plus internationale. L'Union européenne notamment considérait la proposition américaine comme une tentative à peine voilée d'acquiescer un contrôle stratégique sur le marché électronique³⁴. La principale objection de l'UE, dans son commentaire envoyée à la NTIA³⁵, tenait à l'absence de reconnaissance de la nécessité et de la mise en œuvre pratique d'une approche coordonnée au niveau international. L'UE craignait également que la proposition, au nom de la globalisation et de la privatisation, ne consolide une juridiction américaine permanente sur l'Internet. L'UE conclut en recommandant que l'administration américaine limite son intervention réglementaire directe sur l'Internet aux relations qui relèvent clairement de contrats existants entre les agences du gouvernement américain et leurs cocontractants, et que toutes les autres décisions, notamment sur l'addition de nouveaux gTLD, soient soumises à un organe approprié, internationalement constitué et représentatif.

Le rôle central que le gouvernement américain avait endossé pour former une réglementation applicable à un système global de communications était ainsi remis en question. En pratique, l'autorité revendiquée par le gouvernement américain découlait en grande partie de sa capacité à donner des instructions à NSI, qui contrôlait le serveur racine A et le fichier-zone racine³⁶. Le gouvernement américain devait d'ailleurs poser comme postulat qu'il avait eu jusque-là l'autorité technique sur la racine, sans quoi il n'aurait pas eu la légitimité nécessaire pour la transmettre à une nouvelle entité³⁷.

³³ WEINBERG, J., « ICANN and the Problem of Legitimacy », *Duke Law Journal*, vol.50, n°1, octobre 2000, p.206.

³⁴ HALPIN, E., et SIMPSON, S., « Between self-regulation and intervention in the networked economy: the European Union an Internet policy », *Journal of Information Science*, vol. 28, n°4, 2002, p. 289.

³⁵ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, « Reply of the European Community and its Member States to the US Green Paper », 16 mars 1998, <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/130dftmail/03_20_98.htm>.

³⁶ LINDSAY, D., *op.cit.*, pp.41-42.

³⁷ DUMORTIER, F., « A propos du Sommet mondial sur la société de l'information – Les ambiguïtés de la gouvernance de l'Internet », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2006, n°25, p.149.

2. Le Livre blanc (White Paper)

Le rapport final de la NTIA, connu sous le nom de Livre blanc (*White Paper*), a été publié en juin 1998³⁸. Il a pour vocation d'apaiser les esprits échauffés par le Livre vert et constitue par conséquent un net recul par rapport aux propositions contenues dans ce dernier. Deux éléments notables permettent de l'affirmer. D'une part, ce document n'est plus présenté sous la forme d'un projet de réglementation mais comme une déclaration de politique (*statement of policy*) qui ne contient pas de règles obligatoires et qui n'a pas force de loi³⁹. Ce changement de forme permettait d'éviter la délicate question de savoir si le gouvernement américain avait la capacité d'édicter des règles contraignantes concernant la gestion du DNS⁴⁰. Cela a donc pour conséquence, d'autre part, que les dispositions contenues dans le Livre blanc ne sont que des recommandations alors que celles du Livre vert avaient un caractère prescriptif. Le gouvernement américain laisse ainsi le soin à la nouvelle entité de prendre les décisions, ceci afin d'amadouer les défenseurs du processus IAHC⁴¹. Les travaux de ce dernier étaient d'ailleurs évoqués dans le Livre blanc et le gouvernement américain affirme que le Livre vert en avait adopté certains éléments⁴².

La privatisation de la gouvernance du DNS est, dans la lignée du Livre vert, la recommandation principale du Livre blanc. Le gouvernement américain indique toutefois qu'il ne prendra pas une part active à l'établissement de la nouvelle entité. Il invite plutôt les parties prenantes de l'Internet à travailler ensemble pour former une nouvelle société privée, à but non lucratif, pour gérer les fonctions du DNS. Il s'engage également à reconnaître cette nouvelle société, en concluant un contrat avec elle, afin de lui transmettre les responsabilités en matière de gestion du DNS⁴³.

Le Livre blanc expose ensuite une série de recommandations non contraignantes du gouvernement américain sur les caractéristiques appropriées que devrait revêtir la nouvelle entité. Parmi celles-ci, on peut relever la réitération des quatre principes directeurs du Livre

³⁸ 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.31741.

³⁹ « *As such, this policy statement is not a substantive rule, does not contain mandatory provisions and does not itself have the force and effect of law* » (*Ibid.*, p.31748).

⁴⁰ LINDSAY, D., *op.cit.*, p.42.

⁴¹ *Ibid.*, p.42.

⁴² UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, *op.cit.*, 10 juin 1998, p.31743.

⁴³ *Ibid.*, p.31749.

vert et de la volonté d'implanter la société aux États-Unis et de la soumettre au droit américain. Le gouvernement américain prend également en compte les critiques de l'Union européenne sur le manque d'internationalisation. Il exclut toujours la participation de représentants gouvernementaux au sein du conseil d'administration mais admet que les gouvernements et organisations intergouvernementales participent en tant qu'usagers de l'Internet ou dans un rôle consultatif⁴⁴. Nous verrons *infra* que cette recommandation a mené à la mise sur pied du GAC, le comité consultatif gouvernemental.

Enfin, le gouvernement américain conclut en expliquant qu'une période de transition sera nécessaire avant de transférer l'ensemble de la gestion du DNS à la nouvelle entité. Le gouvernement américain dresse une liste de tâches qu'il devra accomplir durant cette période. Parmi celles-ci, on peut relever l'invitation lancée à l'OMPI, une organisation intergouvernementale, de développer, dans un processus international incluant secteur privé et gouvernements, des mécanismes de résolution de conflits entre marques et noms de domaine⁴⁵.

3. La constitution de l'ICANN

Après la publication du Livre blanc, l'IANA, et Jon Postel en particulier, s'attelèrent à la rédaction des articles d'incorporation et des statuts de la nouvelle entité. Les projets étaient publiés en ligne, accessibles à tous et ouverts aux suggestions. W. Kleinwächter a décrit ces discussions comme un processus innovant d'élaboration du droit international, historiquement unique et totalement différent des négociations intergouvernementales menées par des diplomates. Aucun mandat gouvernemental n'était en effet requis et, sur les trois mois de discussion, des individus et des organisations de plus de 50 pays ont pris part aux débats⁴⁶. M. Mueller est beaucoup moins enthousiaste au sujet de ce processus⁴⁷, car celui-ci n'a pas été mené à son terme. Il fut remplacé par des négociations non publiques entre l'IANA et NSI, sous la pression du gouvernement américain qui souhaitait que celles-ci accordent leurs

⁴⁴ *Ibid.*, p.31750.

⁴⁵ *Ibid.*, p.31751.

⁴⁶ KLEINWÄCHTER, W., « Icann as the United Nations of the Global Information Society?: The Long Road Towards Self-Regulation of the Internet, *International Communication Gazette*, vol.62, n°6, décembre 2000, p.461.

⁴⁷ MUELLER, M., « ICANN and Internet Governance : Sorting through the debris of self-regulation », *Info*, vol.1, n°6, décembre 1999, p.507.

points de vue. C'est au cours de ces négociations que l'acronyme ICANN, pour *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, fut utilisé pour la première fois.

L'ICANN a été fondée le 30 septembre 1998 sous la forme d'une société privée sans but lucratif de droit californien et a ensuite demandé au DoC de la choisir comme partenaire privé pour la gestion du DNS. D'autres candidatures avaient été envoyées, et le DoC sollicita des commentaires sur celles-ci, même s'il ne faisait aucun doute que l'ICANN serait sélectionnée, étant donné que le projet émanait des principaux acteurs du DNS, l'IANA et NSI. Les critiques émises à l'encontre de l'ICANN menèrent toutefois à une révision de ses statuts, en négociation avec les autres candidats, afin d'assurer une plus grande transparence et un conseil d'administration plus représentatif⁴⁸. Finalement, le 25 novembre 1998, le DoC a accepté l'ICANN comme son partenaire et lui a transmis son contrôle de fait du DNS, via un contrat, le *Memorandum of Understanding* (MoU).

Le processus de privatisation du DNS était arrivé à son terme. J. Weinberg a toutefois souligné, à juste titre, que la prise de décision en matière de noms de domaine avait toujours été essentiellement de nature privée. En effet, Jon Postel avait pris des décisions-clés sans supervision significative du Département américain de la Défense, et, de la même façon, les décisions de NSI n'étaient soumises au contrôle de la NSF que dans une mesure limitée. J. Weinberg poursuit son analyse en avançant que la création de l'ICANN a avant tout permis de clarifier l'autorité du gouvernement américain sur l'espace de nommage⁴⁹. En effet, le Département américain du Commerce conserve, via un réseau de contrats avec l'ICANN, une position de contrôle sur le DNS. Nous verrons *infra* que cette privatisation particulière, déjà contestée à l'époque de sa mise sur pied, est toujours controversée aujourd'hui, à la fois par des acteurs techniques et scientifiques et par des acteurs étatiques.

B. Un réseau de contrats

L'ICANN est au centre d'un vaste et complexe réseau de contrats, qui constituent la structure juridique formelle de la gouvernance du DNS. On peut les diviser en trois

⁴⁸ LINDSAY, D., *op.cit.*, p.48.

⁴⁹ WEINBERG, J., « Governments, Privatization and "Privatization": ICANN and the GAC » ; *Wayne State University Law School Research Paper*, n°10-24, février 2011, disponible sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1766082##>, p.3.

catégories : des contrats entre l'ICANN et le gouvernement américain (1), entre ces derniers et NSI, qui a été acquise par Verisign en 2000 (2), et entre l'ICANN et les différents registres et bureaux d'enregistrement (3).

1. Avec le gouvernement américain

En dépit de l'objectif de privatisation de la gestion du DNS, les États-Unis n'ont jamais entièrement lâché prise sur le DNS⁵⁰. La relation de l'ICANN avec le DoC a toujours été formalisée au moyen de plusieurs contrats.

Le gouvernement américain a transféré la gestion de l'administration du DNS à l'ICANN par un *Memorandum of Understanding* (MoU), conclu entre le DoC et l'ICANN. Le MoU reconnaissait l'ICANN comme la nouvelle entité envisagée par le Livre blanc et explicitait le déroulement de la phase de transition que celui-ci préconise. Il est entré en vigueur le 25 novembre 1998, avec une date d'expiration initiale fixée au 30 septembre 2000. Il a ensuite été amendé et renouvelé à diverses reprises. La dernière version du MoU a expiré en 2006 et a été remplacée par le *Joint Project Agreement* (JPA), qui assouplissait le contrôle du DoC sur l'ICANN. A l'expiration du JPA, un nouvel accord a été mis en place par l'administration Obama le 30 septembre 2009 : l'*Affirmation of Commitments* (AoC). Il s'agit d'un accord plus vague, sans réel statut légal, destiné à assurer le respect par l'ICANN de certains principes de base. Nous verrons *infra*, dans le chapitre II, que le gouvernement américain ne s'est pas entièrement désengagé de la gestion du DNS. Il détient toujours des moyens de pression, tant contractuels que politiques sur l'ICANN.

En parallèle, un autre contrat a été conclu par le gouvernement américain et l'ICANN pour que cette dernière prenne en charge la « fonction IANA », auparavant dévolue à l'ISI via un contrat avec l'ARPA (cf. *supra*). Après un accord de transition entre l'ICANN et l'ISI en 1998, la NTIA conclut un contrat avec l'ICANN en 2000. Ce contrat a été renouvelé jusqu'à présent et sa version actuelle expire le 30 septembre 2011.

⁵⁰ KLEIN, H., « ICANN et la gouvernance d'internet – La coordination technique comme levier d'une politique publique mondiale » in F. MASSIT-FOLLEA et R. DELMAS, *La gouvernance d'Internet*, Paris, Hermès Science Publications, 2002, p. 113.

2. Avec NSI/Verisign

Le *Cooperative Agreement* entre le DoC et Verisign est également très important dans le réseau contractuel de la gouvernance du DNS. Ce contrat désigne Verisign comme le registre pour les gTLD « .com » et « .net » et définit la relation de celle-ci avec le DoC et l'ICANN. Il a été formé sur la base de l'accord originellement conclu en 1993 entre NSI (acquis par Verisign en 2000) et la NSF. Ce contrat a été amendé à plusieurs reprises, notamment pour permettre l'introduction d'un tarif pour la fourniture de services d'enregistrement, générateur d'un revenu considérable pour NSI (cf. *supra*). Nous verrons *infra* que c'est via ce contrat que le gouvernement américain possède le plus de pouvoir sur le DNS.

3. Avec les différents registres et bureaux d'enregistrement

L'organisation hiérarchique de la gestion du DNS est un reflet de sa structure technique. Cette organisation peut être représentée sous la forme d'une pyramide, au sommet de laquelle on retrouve l'ICANN⁵¹. Le second niveau est occupé par les registres et le troisième par les bureaux d'enregistrement. La base de la pyramide regroupe les utilisateurs et les titulaires de noms de domaine. Ces différents niveaux sont liés entre eux et les niveaux sont tenus de respecter les règles et conditions édictées par les niveaux qui leur sont supérieurs.

Chaque domaine de haut niveau (TLD) nécessite un **registre** (*registry*), une autorité centrale qui tient la liste officielle des SLD enregistrés sous le TLD. Cette autorité permet d'assurer que chaque SLD est unique. Les registres de gTLD se sont vu confier cette tâche par un contrat conclu avec l'ICANN (ou l'IANA)⁵². Les registres sont majoritairement des sociétés privées. C'est par exemple le cas de Verisign, qui est le registre pour les gTLD « .com » et « .net ». En ce qui concerne les ccTLD, leur administration est aussi généralement prise en charge par des registres privés, désignés de manière informelle par l'IANA ou par un contrat avec l'ICANN (cf. *infra*, partie II).

⁵¹ MIFSUD BONNICI, J., *op.cit.*, pp.82-87.

⁵² Ces contrats peuvent être consultés en ligne à l'adresse suivante : <http://www.icann.org/en/registries/agreements.htm>.

Les registres peuvent déléguer par contrat les fonctions d'enregistrement des noms de domaine à des organisations privées, les **bureaux d'enregistrement** (*registrars*), placés au niveau suivant de la hiérarchie. Le rapport de l'IAHC fut le premier document officiel proposant la séparation des fonctions de registre et de bureau d'enregistrement. Cette proposition fut conservée dans le Livre vert et dans le Livre blanc⁵³. Ce sont alors ces bureaux qui offrent aux usagers de l'Internet la possibilité d'enregistrer un nom de domaine de second niveau sous le TLD du registre. Le public peut enregistrer des noms de domaine selon les termes et conditions du bureau d'enregistrement. En pratique, les bureaux d'enregistrement mettent en œuvre les règles d'enregistrement créées par l'ICANN et le registre du TLD en question. Tous les bureaux d'enregistrement pour les gTLD doivent être accrédités par l'ICANN. L'accréditation se fait conformément au *Registrar Accreditation Agreement*⁵⁴. Ce document impose le respect de certaines conditions, notamment l'application des règles et de la procédure UDRP en cas de conflit entre le titulaire d'une marque déposée et le titulaire d'un nom de domaine (cf. *infra*). Au contraire, en ce qui concerne les ccTLD, il n'est pas requis que les bureaux d'enregistrement soient accrédités par l'ICANN. Il suffit de passer un contrat avec le registre du ccTLD pour pouvoir agir comme bureau d'enregistrement de noms de domaine sous ce ccTLD.

III. Les compétences et l'organisation de l'ICANN

Pour accomplir sa mission dans le respect de ses valeurs fondamentales (A), l'ICANN a été dotée d'une structure et d'un fonctionnement pour le moins complexes (B). Une des réalisations les plus marquantes de l'organisation est l'UDRP, une procédure de règlement de conflits entre marques déposées et noms de domaine (C).

⁵³ LINDSAY, D., *op.cit.*, p.82.

⁵⁴ ICANN, « Registrar Accreditation Agreement » 21 mai 2009, <<http://www.icann.org/en/registrars/ra-agreement-21may09-en.htm>> qui a remplacé ICANN, « Registrar Accreditation Agreement » 17 mai 2001, <<http://www.icann.org/en/registrars/ra-agreement-17may01.htm>>.

A. Mission et valeurs fondamentales

La mission générale de l'ICANN est exposée dans l'article premier de ses statuts : elle est chargée de « coordonner, au niveau global, le système d'identifiants uniques de l'Internet et, en particulier, d'en assurer le fonctionnement stable et sécurisé »⁵⁵. L'ICANN doit notamment coordonner l'allocation des noms de domaine et des adresses IP, le fonctionnement et l'évolution des serveurs racine et le développement des politiques liées à ces fonctions techniques.

Les décisions et actions de l'ICANN doivent être guidées par des valeurs fondamentales, énumérées dans les statuts⁵⁶, comme assurer l'interopérabilité, encourager l'innovation, promouvoir la concurrence dans l'enregistrement des noms de domaine. La dernière d'entre elles doit être relevée : il s'agit de la reconnaissance du fait que, malgré sa nature privée, l'ICANN doit prendre en compte les recommandations des gouvernements et des autorités publiques en matière de politiques publiques⁵⁷.

B. Structure de l'ICANN

Les statuts de l'ICANN décrivent la structure très complexe dont a été dotée l'organisation, dans le but de permettre la représentation de toutes les parties prenantes du réseau (1). Les processus décisionnels sont également destinés à assurer la participation de ces parties au développement des politiques de l'ICANN (2). L'ICANN, qui regroupe gouvernements, secteur privé et société civile, a dès lors souvent été décrite comme un modèle de « gouvernance multi-parties prenantes » (3).

⁵⁵ ICANN, Bylaws, 24 juin 2011, <<http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm>>, article I, section 1.

⁵⁶ *Ibid.*, section 2.

⁵⁷ « *While remaining rooted in the private sector, recognizing that governments and public authorities are responsible for public policy and duly taking into account governments' or public authorities' recommendations* » (*Ibid.*, point 11).

1. Les composantes de l'ICANN

L'ICANN est dirigée par un Conseil d'administration (*Board of Directors*), assisté par des « organisations de soutien » (*Supporting Organizations*) et des « comités consultatifs » (*Advisory Committees*).

Les organisations de soutien sont au nombre de trois. L'*Address Supporting Organization* (ASO) représente les registres régionaux, à qui l'IANA a délégué l'attribution de blocs d'adresses IP dans leurs secteurs géographiques respectifs, et conseille le CA en matière d'opération, assignation et gestion des adresses IP⁵⁸. C'est au sein des deux autres organisations de soutien que sont élaborées l'essentiel des politiques de l'ICANN (cf. *infra*, point 2). La GNSO (*Generic Names Supporting Organization*) est compétente en matière de noms de domaine génériques. Elle est composée de représentants des différentes composantes : les registres, les bureaux d'enregistrement, les utilisateurs commerciaux et les utilisateurs non commerciaux⁵⁹. La ccNSO (*Country-Code Names Supporting Organization*), composée de gestionnaires de ccTLD, est quant à elle responsable du développement des politiques en matière de noms de domaine nationaux.

Les comités consultatifs⁶⁰ ont été institués pour permettre aux gouvernements (GAC – *Governmental Advisory Committee*) et aux utilisateurs de l'Internet (ALAC – *At-Large Advisory Committee*), ainsi qu'aux personnes en charge de la sécurité et la stabilité (SSAC – *Security and Stability Advisory Committee*) et du système racine (RSSAC – *Root Server System Advisory Committee*) d'émettre leur avis au sein de l'ICANN.

Le Conseil d'administration est composé de seize membres votants, les administrateurs (*directors*), et de cinq agents de liaison sans droit de vote. Huit administrateurs sont nommés par un comité de nomination indépendant (NC - *Nominating Committee*) tandis que sept autres sont nommés par les organisations de soutien (ASO, GNSO et ccNSO), qui choisissent chacune deux administrateurs, et par l'ALAC, à qui la désignation

⁵⁸ *Ibid.*, article VIII.

⁵⁹ *Ibid.*, article X, sections 3 et 5.

⁶⁰ *Ibid.*, article XI, section 2.

d'un administrateur a été accordée en 2009⁶¹. Les administrateurs sont choisis sur la base de critères de diversité géographique et de compétences techniques⁶². Le dernier membre votant du Conseil d'administration est le Président, qui est désigné par les administrateurs. Il dirige le travail des membres et du personnel de l'ICANN⁶³. Les cinq agents de liaison, quant à eux, sont nommés par les trois autres comités consultatifs, le groupe de liaison technique et l'IETF⁶⁴.

2. Le processus de décision

Les processus décisionnels de l'ICANN sont pour le moins complexes. Formellement, c'est le Conseil d'administration qui détient le pouvoir de décision, mais ce n'est pas en son sein que se déroulent les discussions. L'essentiel des politiques de l'ICANN sont en effet initiées et développées au sein de la GNSO et de la ccNSO ; respectivement en matière de gTLD et de ccTLD, selon des procédures exposées en annexe des statuts (*Policy Development Processes - PDP*)⁶⁵. Cette configuration entend répondre à l'objectif de coordination ascendante (*bottom-up*) défendu par les Livres vert et blanc : ce ne sont pas des gouvernements qui imposent des décisions mais ce sont, au contraire, des représentants des registres, bureaux d'enregistrement et utilisateurs du réseau, qui élaborent les politiques ayant vocation à s'appliquer à leur activité.

La procédure en vigueur actuellement peut être résumée comme suit. L'initiation d'un PDP peut être demandée par le Conseil d'administration, des membres de l'organisation de soutien concernée ou un comité consultatif. Ces demandes font l'objet d'un rapport et d'un vote par le conseil de l'organisation de soutien quant à savoir si un PDP doit être initié, sauf si la demande émane du CA. Si le PDP est initié, le rapport est publié sur le site de l'ICANN et soumis aux commentaires du public. Ces commentaires feront aussi l'objet d'un rapport. Une unité (*task force*) peut être désignée pour réunir des informations des différentes parties prenantes. Un membre de l'organisation de soutien compile ensuite des recommandations dans un rapport final à destination du conseil de l'organisation de soutien. Celui-ci vote alors

⁶¹ ICANN, « Minutes of Special Board Meeting », 27 août 2009, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-27aug09-en.htm>>, § 5b.

⁶² ICANN, Bylaws, 24 juin 2011, *op.cit.*, article VI, sections 2 à 5.

⁶³ *Ibid.*, article XIII, section 4.

⁶⁴ *Ibid.*, article VI, section 9.

⁶⁵ *Ibid.*, annexes A et B.

sur ce rapport, qui sera ensuite envoyé au Conseil d'administration de l'ICANN. La manière dont le vote s'est déroulé au sein de l'organisation de soutien détermine le degré d'action du CA. Si un large consensus⁶⁶ a été atteint dans l'organisation de soutien, le CA peut adopter les recommandations ou les rejeter, si 66 % de ses membres estiment qu'elles ne sont pas dans l'intérêt de l'ICANN. Dans ce cas, le Board doit justifier sa décision et expliciter les raisons qui l'empêchent d'approuver le rapport. Ces explications sont transmises à l'organisation de soutien, dont le conseil se réunit afin de réaffirmer ou de modifier ses recommandations. La procédure est suivie une nouvelle fois jusqu'à ce qu'un compromis soit atteint ou que le CA approuve le nouveau rapport qui lui est présenté. Dans tous les cas où un large consensus n'est pas atteint au sein du conseil de l'organisation de soutien, le CA peut prendre sa décision à la majorité de ses membres.

Le comité consultatif gouvernemental joue également un rôle dans l'élaboration des politiques de l'ICANN. Les membres du GAC ne peuvent faire part de leur avis qu'à l'égard du Conseil d'administration, après que celui-ci ait reçu les recommandations des organisations de soutien. Nous verrons *infra*, au chapitre III, que les gouvernements revendiquent entre autres leur intervention dès le début du processus, au sein des organisations de soutien.

3. Un modèle de «gouvernance multi-parties prenantes » ?

La gouvernance multi-parties prenantes (*multistakeholder governance*) consiste à élargir la participation à des organisations internationales interétatiques à des parties prenantes (*stakeholders*) qui ne sont pas mandatées par un gouvernement et qui au contraire représentent la société civile ou le secteur privé. Par conséquent, les politiques développées par ces organisations sont le fruit de la collaboration de ces différentes parties et ne sont plus du ressort des seuls gouvernements. Cette approche collaborative peut être décrite comme la « pluralisation » des organisations internationales⁶⁷.

⁶⁶ Pour la ccNSO, il s'agit de 66 % de ses membres et pour la GNSO, il s'agit de la « GNSO Supermajority », voir ICANN, Bylaws, *op.cit.*, Article X, section 3, point 9c.

⁶⁷ MUELLER, M., *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2010, p.8.

L'administration Clinton avait opté pour un modèle de gouvernance multi-parties prenantes pour la nouvelle entité privée en charge du DNS afin de justifier la privatisation de la gestion d'une ressource globale⁶⁸. Cependant ce modèle n'est pas parfait et a dès lors fait l'objet de critiques car toutes les parties ne disposent pas des mêmes pouvoirs au sein de l'organisation. Parmi les mal lotis, on peut relever les parties cantonnées à un rôle consultatif, c'est-à-dire les gouvernements (cf. *infra*, chapitre III) ou la communauté des internautes, qui n'a obtenu que très récemment un représentant au sein du Conseil d'administration.

C. L'UDRP : une politique publique mondiale

Comme souligné *supra*, la commercialisation du réseau a entraîné une augmentation considérable des demandes d'enregistrement de noms de domaine. Des conflits ont rapidement vu le jour quand les noms demandés correspondaient à des marques déposées. La technique du cybersquatting, consistant à enregistrer un nom de domaine correspondant à une marque pour ensuite le revendre à prix d'or à son titulaire, devenait problématique. Pour répondre à ces revendications relatives à la protection de marques déposées, le gouvernement américain a préconisé dans le Livre blanc la mise en place d'un système de résolution des conflits entre titulaires de marques et titulaires de noms de domaine. Il a suggéré que ce soit l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) qui développe une approche uniforme en la matière. L'OMPI a procédé à de nombreuses consultations avec les acteurs de la communauté Internet et a publié un rapport qui formera la base de l'UDRP.

L'UDRP (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999⁶⁹. Sans entrer dans les détails⁷⁰, retenons qu'il s'agit d'une procédure extrajudiciaire, rapide et à peu de frais, qui s'applique à tous les conflits concernant les gTLD⁷¹ ainsi qu'à ceux impliquant des ccTLD dont les registres en ont adopté le principe. Pour obtenir l'annulation, le transfert ou la modification d'un nom de domaine qui usurpe une marque, trois conditions cumulatives doivent être remplies : le caractère identique ou similaire

⁶⁸ ANTONOVA, S., « Deconstructing an experiment in global Internet governance : the ICANN case », *International Journal of Communications Law & Policy*, n°12, hiver 2008, p.7.

⁶⁹ ICANN, « Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », 26 août 1999 <<http://www.icann.org/en/dndr/udrp/policy.htm>>.

⁷⁰ Pour plus de précisions : CRUQUENAIRE, A., *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.

⁷¹ ICANN, « Registrar Accreditation Agreement », *op.cit.*, 21 mai 2009, point 3.8.

à une marque antérieure du nom de domaine, l'absence d'intérêt légitime pour le nom du titulaire du nom de domaine et l'enregistrement ainsi que l'utilisation de mauvaise foi du nom de domaine⁷². Cette procédure ne permet cependant pas d'obtenir de dommages et intérêts.

Certains estiment qu'avec l'UDRP, l'ICANN a institué une politique publique mondiale⁷³. En effet, elle régleme une matière d'intérêt général, le droit de propriété, qui est traditionnellement régie par les gouvernements. Cette capacité de prendre des décisions politiques est controversée car l'ICANN n'est qu'une entité privée, à qui la légitimité démocratique et des mécanismes de responsabilité et de contrôle font défaut. L'ICANN n'est pas insensible à ces critiques et a entrepris plusieurs réformes depuis sa création. Les gouvernements n'en réclament pas moins une plus grande participation dans la prise de décision de l'ICANN, voire la transformation de celle-ci en organisation internationale classique.

⁷² ICANN, « Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », *op.cit.*, point 4a).

⁷³ KLEIN, H., *op. cit.*, p. 119.

Chapitre II – La mainmise des États-Unis : une source de tensions

La mainmise du gouvernement américain constitue l'un des aspects de l'ICANN les plus controversés. Cette position privilégiée est due au fait que le gouvernement américain a été impliqué depuis le début dans le développement du réseau par le financement des projets de recherche. Le réseau expérimental entre universités américaines est au fil du temps devenu un réseau commercial d'envergure mondiale. Cette évolution a mené à la privatisation de la gestion de son architecture et à la mise sur pied de l'ICANN. Mais le cordon n'est pas vraiment coupé et le DNS est encore, à de nombreux égards, soumis contractuellement au Département américain du Commerce (I). La critique de cette situation a été au cœur d'un sommet des Nations Unies sur la société de l'information, au cours duquel des positions très divergentes ont été défendues quant au modèle de gouvernance à appliquer au DNS. Les États-Unis défendaient bec et ongle leur position privilégiée dans la gestion des noms de domaine génériques et parvinrent à conserver cette position à l'issue du sommet (II). En 2009, cependant, le contrat qui liait depuis toujours l'ICANN et le Département du Commerce vint à expiration sans être renouvelé comme cela avait été le cas jusqu'alors. L'administration Obama opta pour un accord moins contraignant et plus vague vis-à-vis de l'ICANN. Certains y ont vu le début du processus de libération de l'ICANN de sa tutelle américaine. Il faut toutefois souligner que le gouvernement américain n'a pas renoncé à tous ses pouvoirs sur le DNS (III).

I. Avant 2006 : un « globalisme unilatéral »⁷⁴

En 1997, l'administration Clinton a souhaité transférer la matière des noms de domaine vers le secteur privé, à une société de droit californien sans but lucratif, l'ICANN. Toutefois, le gouvernement américain ne s'est pas désengagé totalement de la gestion du DNS. Par une série d'accords conclus dès 1998, l'ICANN était en fait placée sous la tutelle du Département américain du Commerce. De cette manière, le gouvernement américain disposait toujours de pouvoirs conséquents sur le DNS (A). Cette « privatisation » a fait l'objet de nombreuses critiques (B).

⁷⁴ L'expression est de M. Mueller. Voir MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.244.

A. Les pouvoirs du gouvernement américain sur le DNS

La tutelle américaine sur le DNS s'opère au moyen de trois instruments : un *Memorandum of Understanding* conclu entre le DoC et l'ICANN (1), le contrat permettant à l'ICANN d'assurer la fonction IANA (2) et l'accord de coopération entre le DoC et Verisign (3). Ces différents contrats confèrent au DoC de nombreuses prérogatives sur le DNS (4).

1. Le *Memorandum of Understanding*

Le *Memorandum of Understanding* (MoU)⁷⁵ fut conclu en novembre 1998 entre le DoC et l'ICANN pour reconnaître l'ICANN comme l'entité privée décrite dans le Livre blanc et pour ainsi formaliser le transfert de compétences dévolues à la nouvelle entité. Ce contrat marqua le début d'une nouvelle ère dans la gestion du DNS, initialisant un processus au terme duquel les États-Unis transmettraient la gestion du DNS à l'ICANN. Toutefois, avant de procéder au transfert intégral des compétences annoncé dans le Livre blanc, le DoC voulait s'assurer que l'ICANN avait la capacité et les ressources nécessaires pour assumer de manière autonome les responsabilités importantes liées à la gestion technique du DNS. A cette fin, le MoU prévoyait une période de transition au cours de laquelle l'ICANN collaborerait avec le DoC pour développer et tester les mécanismes, les méthodes et les procédures devant être mis en place pour assurer la gestion des fonctions du DNS. La date d'expiration du MoU était initialement fixée au 30 septembre 2000.

Cette période de transition qui, par écrit, ne semblait être que temporaire, s'avéra rapidement être une mainmise de longue durée du DoC sur le DNS. En effet, le MoU fut amendé à six reprises et quatre de ces amendements visaient entre autres à prolonger le terme du contrat. De plus, le gouvernement américain n'avait pas établi dans le texte du MoU des critères d'évaluation objectifs et précis pour mesurer la capacité de l'ICANN de gérer ses responsabilités de manière autonome. Ce qui revenait à dire, concrètement, que l'ICANN ne

⁷⁵ « Memorandum of Understanding between the U.S. Department of Commerce and Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, » 25 novembre 1998, <<http://www.icann.org/en/general/icann-mou-25nov98.htm>>.

serait reconnue autonome par le gouvernement américain que lorsque celui-ci le voudrait bien⁷⁶.

Le MoU et ses amendements mettaient aussi à charge de l'ICANN toute une série de tâches fondamentales à accomplir durant la période de transition, notamment en matière de concurrence, de gestion du fichier-zone racine, d'ajout de nouveaux gTLD, de sécurité et de relations avec les gestionnaires de ccTLD. L'ICANN était également tenue de faire régulièrement rapport au DoC sur ses avancées dans l'exécution de ces tâches de transition. Cette configuration permettait au DoC de définir les objectifs et priorités de la gestion du DNS, qui reflétaient clairement les intérêts du gouvernement américain⁷⁷, tandis que seule la réalisation de ceux-ci était déléguée au secteur privé. L'ICANN était donc sous la tutelle du DoC.

Par ailleurs, il faut encore souligner que chaque partie pouvait mettre fin au contrat à tout moment. Pour le DoC, cela signifiait qu'il était en mesure d'annuler sa reconnaissance de l'ICANN comme l'entité évoquée par le Livre blanc et remplacer celle-ci par une autre société. Dans ce cas de figure, le premier amendement du MoU a prévu que l'ICANN accepterait de transférer au DoC tous les contrats conclus avec les registres et bureaux d'enregistrement⁷⁸. Cela signifie qu'au cas où le DoC résilierait le MoU, l'ICANN devrait se retirer de ces contrats et transmettre ses droits contractuels au DoC dans un premier temps. Dans un deuxième temps, le DoC les transférerait à la nouvelle entité choisie par le gouvernement américain⁷⁹.

2. Le contrat IANA

Les fonctions exercées par l'IANA recouvrent essentiellement l'allocation de blocs d'adresses IP aux Registres Internet Régionaux (RIR), les activités administratives associées à la gestion de la racine, comme la désignation d'administrateurs lors de délégations et de re-délégations de TLD, ainsi que la coordination des protocoles et des paramètres techniques.

⁷⁶ DUMORTIER, F., op.cit., p.151.

⁷⁷ MUELLER, M., op.cit., 2010, p.63.

⁷⁸ « Amendement 1 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding », 4 novembre 1999, <<http://www.icann.org/en/nsi/amend1-jpamou-04nov99.htm>>, § 5.

⁷⁹ FROMKIN, M., « Almost free: an Analysis of ICANN's "Affirmation of Commitments" », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol.9, n°1, hiver 2011, p.206.

Jusqu'en 1998, elles étaient exécutées par l'ISI, sous contrat avec l'ARPA. Le Livre blanc prévoyait leur transfert à la nouvelle entité en charge de la gestion du DNS. Ce transfert se déroula en deux phases. Un premier accord de transition fut d'abord conclu en décembre 1998 avec l'Université de Californie du Sud (dont dépendait l'ISI) pour transmettre à l'ICANN les fonctions, responsabilités, avoirs et personnel de l'IANA⁸⁰. Le gouvernement américain approuva ensuite ce transfert, dans un deuxième temps, en concluant avec l'ICANN, en février 2000, un contrat autorisant celle-ci à exécuter les fonctions techniques de l'IANA⁸¹. Ce contrat a été modifié et renouvelé depuis lors ; sa version en vigueur a été signée le 14 août 2006 et expirera le 30 septembre 2011⁸².

Ce contrat contient deux interdictions à l'encontre de l'ICANN qu'il est important de relever. Premièrement, le contrat IANA en lui-même n'autorise pas l'ICANN à modifier, ajouter ou supprimer des informations contenues dans le fichier-zone racine⁸³. Ces compétences sont du ressort de Verisign (cf. *infra*, point 3). Deuxièmement, il est interdit à l'ICANN de modifier unilatéralement les méthodes établies pour l'exercice des fonctions IANA⁸⁴. L'ICANN doit donc respecter les procédures élaborées dans le cadre de la période de transition prévue par le MoU.

Comme M. Mueller l'a souligné, ce contrat est le plus important pour l'ICANN dans l'exercice de ses compétences. Sans lui, l'ICANN n'aurait que peu, voire pas du tout, d'autorité hiérarchique sur la coordination des systèmes d'identification sur l'Internet⁸⁵.

3. Accord de coopération avec NSI-Verisign

L'accord de coopération conclu avec Verisign⁸⁶ définit la relation des parties en ce qui concerne la racine du DNS et le rôle de Verisign en tant que registre des gTLD « .com » et

⁸⁰ « USC/ICANN Transition Agreement », 24 décembre 1998, <<http://www.icann.org/en/general/usc-icann-transition-agreement.htm>>.

⁸¹ « Contract Between ICANN and the United States Government for Performance of the IANA Function », 9 février 2000, <<http://www.icann.org/en/general/iana-contract-09feb00.htm>>.

⁸² « Contract Between ICANN and the United States Government for Performance of the IANA Function », 14 août 2006, <<http://www.icann.org/en/general/iana-contract-14aug06.pdf>>.

⁸³ *Ibid.*, point C.4.1.

⁸⁴ *Ibid.*, point C.4.2.

⁸⁵ MUELLER, M, op.cit., 2010, p.62.

⁸⁶ « Cooperative Agreement Between the Department of Commerce and VeriSign (Network Solutions) », <<http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/nsi.htm>>.

« .net ». En novembre 1999, ce contrat a été adapté pour que NSI reconnaisse l'ICANN et que sa relation avec l'ICANN soit définie⁸⁷. L'accord requiert de Verisign qu'elle mette en œuvre toutes les décisions de coordination technique prises via les procédures de l'ICANN et qu'elle suive les instructions du DoC concernant le fichier-zone racine. Nous avons vu plus haut que le contrat IANA stipule sans aucune ambiguïté que l'ICANN n'est pas autorisée à procéder elle-même à l'édition du fichier-zone racine. Cette compétence est réservée à Verisign, qui doit recueillir l'aval du DoC avant de mettre en œuvre les décisions de l'ICANN touchant à la racine. Ce droit de veto est revendiqué par le gouvernement américain en raison de l'autorité suprême qu'il prétend détenir sur le fichier-zone racine. Un amendement au contrat a été l'occasion pour le gouvernement américain d'affirmer de manière formelle qu'il possède cette autorité : toute modification, addition ou suppression du fichier-zone racine, ou le rejet d'une telle demande, doit être soumis au gouvernement américain pour que celui-ci donne des instructions écrites⁸⁸. Pendant la création de l'ICANN, le gouvernement américain a indiqué plusieurs fois qu'il renoncerait à cette autorité et la déléguerait à l'ICANN⁸⁹. En 2005, il annonça cependant sa volonté de ne pas abandonner ce pouvoir (cf. *infra*).

De plus, par le premier amendement apporté au MoU, le DoC s'octroyait le droit de voir les modifications du contrat de registre « .com » conclu entre l'ICANN et NSI soumises à son approbation⁹⁰.

Comme F. Dumortier l'a souligné, bien plus que le MoU ou le contrat IANA, cet accord de coopération doit être considéré comme étant la principale source de l'autorité du DoC sur la racine⁹¹. En effet, étant donné la structure hiérarchique du DNS, la capacité de modifier ou de refuser de modifier le fichier-zone racine contenu dans le serveur racine A confère une autorité *de facto* sur le DNS⁹². Si un internaute tape un nom de domaine sous un TLD qui n'est pas repris dans les serveurs racines, alors le DNS ne sera pas en mesure de donner l'adresse IP correspondante. Le pouvoir de contrôle sur les serveurs racine est ainsi le

⁸⁷ « Amendement 19 to the DOC/NSI Cooperative Agreement », 10 novembre 1999, <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/agreements/Amend19_052206.pdf>.

⁸⁸ « *While NSI continues to operate the primary root server, it shall request written directions from an authorized USG official before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file* » (« Amendement 11 to the DOC/NSI Cooperative Agreement », 7 octobre 1998, <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/agreements/Amend11_052206.pdf>).

⁸⁹ MUELLER, M, *op.cit.*, 2010, p.63, note 22.

⁹⁰ « Amendement 1 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding », 10 novembre 1999, <<http://www.icann.org/en/nsi/amend1-jpamou-04nov99.htm>>, §§ 1 et 2.

⁹¹ DUMORTIER, F., *op.cit.*, p.152.

⁹² WEINBERG, J., *op.cit.*, 2000, p.197.

pouvoir de décider, d'une part, quels TLD vont apparaître dans l'espace de nommage et, d'autre part, quels serveurs de noms de domaine contiennent l'information officielle pour ces domaines, c'est-à-dire quelles entités sont en mesure de dire qui contrôle les SLD sous un TLD donné. Ce pouvoir est particulièrement controversé en matière de ccTLD, puisqu'en théorie il permettrait d'effacer des TLD de la carte de l'Internet⁹³.

La date d'expiration de l'accord de coopération est fixée au 30 septembre 2012⁹⁴.

4. Récapitulatif

Grâce à la combinaison des trois instruments présentés ci-dessus, le gouvernement américain était en mesure d'intervenir dans l'élaboration des politiques de l'ICANN, et ainsi faire valoir ses intérêts, jusqu'à ce qu'il estime la société californienne suffisamment autonome, il pouvait opposer son veto à toute décision prise par celle-ci visant à apporter une modification au fichier-zone racine et il pouvait mettre fin au transfert de compétences de l'ICANN selon son bon vouloir.

Pour toutes ces raisons, il pouvait être affirmé que l'ICANN était placée sous la tutelle du DoC, pour tout ce qui ne touchait pas au fonctionnement courant du DNS. Nous verrons si le *Joint Project Agreement* qui a remplacé le MoU en 2006 et l'*Affirmation of Commitments*, conclue en 2009 à l'expiration du JPA, présentés comme un relâchement de la tutelle du DoC sur l'ICANN, ont réellement apporté des changements à cette situation d'hégémonie (cf. *infra*, point III).

B. Critiques

La situation décrite ci-dessus a évidemment suscité de nombreuses critiques. Le processus de « privatisation » du DNS souffrait d'une contradiction manifeste : l'ICANN, qui est formellement une entité privée, restait soumise contractuellement au DoC. Il s'agissait

⁹³ SONBUCHNER, S., « Master of Your Domain: Should the U.S. Government Maintain Control over the Internet's Root? », *Minnesota Journal of International Law*, vol.17, n°1, hiver 2008, p.199.

⁹⁴ « Amendement 30 to the DOC/NSI Cooperative Agreement », 29 novembre 2006, <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/agreements/amend30_11292006.pdf>.

véritablement d'un régime global dans lequel le pouvoir de décision était délégué à des acteurs privés transnationaux sous la supervision d'un seul gouvernement⁹⁵. L'ICANN était vue comme un instrument de l'hégémonie américaine sur le cyberspace, par son implantation aux USA, le pouvoir de contrôle conservé par Washington et l'absence de pouvoirs réels du GAC⁹⁶. Cette importance exceptionnelle accordée à un État dans le DNS contraste en effet singulièrement avec la gouvernance d'autres infrastructures internationales dédiées aux communications⁹⁷. On pense notamment à l'Union postale universelle (UPU) ou à l'Union internationale des télécommunications (UIT) qui font partie de l'Organisation des Nations Unies et qui sont des organisations intergouvernementales fondées sur des traités.

Il a pu ainsi être affirmé que l'établissement de l'ICANN et le transfert de la gestion du DNS à celle-ci ne constituaient pas l'abdication du gouvernement américain, mais ont au contraire permis l'affirmation des pouvoirs de celui-ci sur l'infrastructure du réseau, à une époque où ils étaient très contestés⁹⁸. Le gouvernement américain n'avait aucune idée de la manière dont il fallait gérer concrètement le DNS et voulait simplement déléguer les décisions quotidiennes en matière d'adressage et de nommage à l'ICANN. Il n'avait toutefois pas l'intention de renoncer à son pouvoir sur une ressource si importante⁹⁹.

Selon K. Cukier, il s'agit avant tout d'une divergence de perspectives¹⁰⁰. Le gouvernement américain considérait le transfert de la gestion du DNS à une entité privée comme la preuve de son renoncement volontaire à une source de pouvoir primordiale tandis que d'autres y voyaient plutôt une manœuvre intelligente pour conserver, de manière moins flagrante, l'hégémonie des États-Unis sur le réseau. Il n'est dès lors pas étonnant que l'ICANN ait été perçue par les autres États souverains comme une menace pour leur souveraineté, malgré le fait qu'elle soit présentée comme une instance purement technique sans importance. D'autres aspects de la dominance des USA sur l'Internet, comme la concentration d'expertise technique et son rôle central pour la connectivité globale, étaient trop intangibles et diffus pour être changés par une décision ou utilisés comme une cible¹⁰¹.

⁹⁵ MUELLER, M, *op.cit.*, 2010, p.63.

⁹⁶ CUKIER, K., « Who will control the Internet – Washington Battles the World », *Foreign Affairs*, novembre-décembre 2005, vol.84, n°6, p.7.

⁹⁷ COLLINS, R., *Three Myths on Internet Governance – Making Sense Of Networks, Governance and Regulation*, Bristol, Intellect, p. 160

⁹⁸ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, p.4.

⁹⁹ GOLDSMITH, J., et WU, T., *op.cit.*, p.169.

¹⁰⁰ CUKIER, K., *op.cit.*, 2005, p.13.

¹⁰¹ MUELLER, M, *op.cit.*, 2010, p.64.

De manière logique et prévisible, l'ICANN est ainsi devenue la cible de processus intergouvernementaux focalisés sur la gouvernance de l'Internet.

Une des justifications de ce régime de gouvernance original tient à la matière des noms de domaine, qui nécessite des décisions rapides, loin des lourdeurs des procédures internationales classiques. Il n'empêche que l'intransigeance américaine n'est pas sans risque pour la stabilité de l'Internet et pourrait à terme avoir pour conséquence la fragmentation du réseau¹⁰². Il n'est pas inconcevable qu'un système de nommage parallèle soit créé pour concurrencer le DNS et l'ICANN, et par conséquent défier le gouvernement américain. L'Internet, le réseau des réseaux, pourrait être mis en péril si plusieurs systèmes coexistaient car rien ne dit que l'interopérabilité entre le DNS « officiel » et ces espaces alternatifs serait assurée¹⁰³. La stabilité du réseau, qui est un des principes directeurs de l'ICANN, serait sérieusement mise à mal. Il s'agirait donc d'une véritable régression, d'un retour en quelque sorte à la préhistoire de l'Internet, au temps où les réseaux étaient isolés les uns des autres (voir *supra*, chapitre I, I).

II. Le Sommet mondial sur la société de l'information

Les Sommets mondiaux sont des conférences internationales organisées par l'ONU pour dégager des principes communs et tenter d'apporter des solutions à des problèmes globaux (comme l'environnement, l'alimentation, les droits des femmes, ...) ¹⁰⁴. La tenue d'un tel sommet pour traiter de la société de l'information fut proposée par l'UIT en 1998¹⁰⁵ et approuvée en 2001 par une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU¹⁰⁶. Le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) rassemblait des représentants des gouvernements, du secteur privé et de la société civile. Son objectif était d'élaborer « *une*

¹⁰² DE LA COSTE, P., « La gouvernance internationale de l'Internet », *Politique étrangère*, vol.71, n°3, automne 2006, p.517.

¹⁰³ LEDRICH, E., *op.cit.*, 38

¹⁰⁴ KLEIN, H., « Understanding WSIS: An Institutional Analysis of the UN World Summit on the Information Society, *Information Technologies and International Development*, vol.1, n°3-4, printemps-été 2004, p.3.

¹⁰⁵ UNION INTERNATIONALE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, « Sommet mondial sur la société de l'information », Résolution 73 de la Conférence plénipotentiaire de l'UIT, Minneapolis, 1998, <<http://www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/73-fr.html>>.

¹⁰⁶ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, A/RES/56/183, 21 décembre 2001, <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/183&Lang=F>.

optique et une interprétation communes de la société de l'information » et de dégager « un consensus mondial » pour favoriser l'accès de tous aux nouvelles technologies¹⁰⁷.

Le Sommet avait été entrepris dans le but de traiter de la société de l'information dans son ensemble, mais ce sont la gestion du DNS en général et l'ICANN en particulier qui ont été au centre des débats, durant lesquels des positions diamétralement opposées ont été défendues par les représentants des gouvernements (A). Ce sommet s'est déroulé en deux phases : la première s'est tenue à Genève en décembre 2003, la deuxième à Tunis en novembre 2005. A l'issue de ces deux phases, un modèle de co-régulation fut proposé, afin de tenter de concilier les différents points de vue (B). Cette solution de compromis fut jugée décevante par les pourfendeurs de l'hégémonie du gouvernement américain sur le DNS (C).

A. Des positions divergentes

Le Sommet fut le cadre de l'affrontement entre deux modèles de gouvernance globale : un premier basé sur un traité traditionnel entre des États souverains, le second sur des contrats de droit privé mais reposant en certains aspects sur l'hégémonie globale d'un État unique¹⁰⁸. Ce second modèle était bien entendu défendu bec et ongles par les États-Unis qui n'entendaient pas renoncer à leurs prérogatives sur le DNS et plaidaient pour un *statu quo* (2). D'autres États militaient au contraire pour le premier modèle et revendiquaient une organisation internationale classique pour prendre en charge le DNS (1). L'Union européenne ne défendit pas une position aussi tranchée, même si elle dénonçait également l'hégémonie américaine. Elle a plutôt préconisé une solution de compromis, favorisant la coopération de toutes les parties intéressées à la gestion de l'Internet (3).

1. Critiques de l'hégémonie américaine

De nombreux États, notamment la Chine, l'Inde, le Brésil et l'Afrique du Sud, étaient inquiets du fait que l'Internet, ressource cruciale dans le fonctionnement de la société moderne, se soit développé et existe en dehors de leur contrôle et même bien pire, que le

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ MUELLER, M, *op.cit.*, 2010, p.55.

réseau soit sous la coupe d'une grande puissance comme les États-Unis¹⁰⁹. Ils insistaient sur le fait que les représentants des intérêts des citoyens étaient leurs gouvernement et non pas des sociétés privées. Ils affirmaient que l'Internet était une ressource publique qui devrait être gérée localement par les gouvernements nationaux et, au niveau international, par un organe intergouvernemental sous la supervision de l'ONU.

Selon M. Mueller, ces États revendiquaient un modèle traditionnel de gouvernance, d'une part, au moyen d'élections et de législations au niveau national et, d'autre part, via la négociation multilatérale d'accords entre des pairs souverains au niveau international¹¹⁰.

2. Les États-Unis : défense d'un *statu quo*

En réaction aux critiques évoquées ci-dessus, le Département du Commerce publia en juin 2005 une déclaration¹¹¹ faisant part de l'intention du gouvernement américain de conserver indéfiniment son pouvoir historique d'autoriser ou non des changements à la zone racine, afin de préserver la sécurité et la stabilité du DNS¹¹². Le gouvernement américain annonça également dans son communiqué sa volonté de continuer à surveiller l'ICANN afin de vérifier qu'elle continue à remplir sa mission de gestionnaire technique du DNS¹¹³.

Ce communiqué laconique constitue un revirement du DoC, qui avait assuré qu'il transmettrait ses compétences à l'ICANN à l'issue de la période de transition. Cette période de transition, qui ne devait durer que deux ans selon le Livre blanc, n'en finissait donc pas et l'administration Bush se semblait aucunement disposée à y mettre fin. Cette intransigeance exacerbait encore les divergences avec les autres participants du Sommet.

¹⁰⁹ COLLINS, R., *op.cit.*, pp. 160-162.

¹¹⁰ MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.64.

¹¹¹ US DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, « US principles on the Internet's Domain Name and Addressing System », 30 juin 2005,

<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/USDNSprinciples_06302005.htm>.

¹¹² « *The United States Government intends to preserve the security and stability of the Internet's Domain Name and Addressing System (DNS). Given the Internet's importance to the world's economy, it is essential that the underlying DNS of the Internet remain stable and secure. As such, the United States is committed to taking no action that would have the potential to adversely impact the effective and efficient operation of the DNS and will therefore maintain its historic role in authorizing changes or modifications to the authoritative root zone file.* » (*ibid.*).

¹¹³ « *ICANN is the appropriate technical manager of the Internet DNS. The United States continues to support the ongoing work of ICANN as the technical manager of the DNS and related technical operations and recognizes the progress it has made to date. The United States will continue to provide oversight so that ICANN maintains its focus and meets its core technical mission.* » (*ibid.*).

3. L'Union européenne : le compromis

L'Union européenne défendait un nouveau modèle de coopération publique-privée¹¹⁴, qui constituait une position médiane entre les deux extrêmes exposés ci-dessus.

L'Union européenne n'appelait ni au *statu quo*, ni au remplacement de l'ICANN par une organisation exclusivement composée de gouvernements. L'Union proposa un modèle dans lequel les gouvernements, le secteur privé, la société civile et les organisations internationales agiraient de manière complémentaire, chacun dans son domaine de compétence. Les gouvernements seraient chargés de résoudre les problèmes de politique publique, sans aucune implication dans les opérations courantes. L'Union préconisait ainsi la constitution d'une institution intergouvernementale, qui élaborerait les politiques que l'ICANN devrait respecter en exécutant ses fonctions¹¹⁵. La proposition indiquait également que les problèmes de politique publique liés à la gouvernance de l'Internet devraient être traités de manière appropriée pour assurer la stabilité durable du réseau. L'Union insistait également sur l'importance de respecter les principes de l'architecture du réseau : l'interopérabilité, l'ouverture et le « principe de bout-à-bout » (*end-to-end principle*)¹¹⁶.

B. Benhamou et L. Sorbier ont salué cette proposition, qui ne consistait pas pour l'Europe à « mettre en place une structure internationale qui se substituerait aux organismes de normalisation et de régulation technique de l'Internet », mais bien à « coordonner les actions technologiques, juridiques et éducatives de l'ensemble des acteurs de l'Internet afin de garantir le bon fonctionnement du réseau et d'en préserver les caractéristiques fondamentales »¹¹⁷.

¹¹⁴ EUROPEAN UNION (UK), « Proposal for Addition to Chair's Paper Sub-Com A Internet Governance on Paragraph 5 "Follow-up an Possible Arrangements" », 30 septembre 2005, <<http://www.itu.int/wsis/docs2/pc3/working/dt21.pdf>>.

¹¹⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, V., ET ZIEWITZ, M., « Jefferson Rebuffed – The United States and the Future of Internet Governance », *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol.VIII, 30 avril 2007, pp.199-200.

¹¹⁶ Le « principe de bout-à-bout » est un principe fondamental de l'architecture de l'Internet. Il signifie que le rôle du réseau consiste uniquement à transmettre les paquets d'informations, de manière aussi efficace et flexible que possible. Les applications spécifiques sont seulement exécutées en bordure du réseau (CARPENTER, B., « Architectural Principles of the Internet », *RFC 1958*, juin 1996, pp.2-3, <<http://www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt>>).

¹¹⁷ BENHAMOU, B., et SORBIER, L., « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère*, vol.71, n°3, automne 2006, p.527.

B. Les résultats du SMSI

Des Sommets mondiaux organisés dans le cadre des Nations Unies résultent le plus souvent deux types de documents : une « déclaration de principes », qui présente le cadre normatif de la politique envisagée, et un « plan d'action », qui traduit ces principes en actions spécifiques. Les deux phases du SMSI n'ont pas dérogé à cette règle. Le principal résultat de la première phase, qui se déroula à Genève, fut l'adoption d'une « Déclaration de principes », ainsi que d'un « Plan d'action » (1). Au terme de la phase de Tunis, deux documents furent adoptés : l'« Engagement de Tunis » et l'« Agenda de Tunis pour la Société de l'Information » (3). Entre les deux phases du Sommet, un Groupe de travail fut chargé de discuter certains points importants qui n'avaient pu être tranchés à Genève (2).

1. La phase de Genève

La « Déclaration de principes »¹¹⁸ adoptée à l'issue de la première phase du Sommet a été considérée comme une première tentative d'élaboration d'une constitution globale de la société de l'information¹¹⁹. Y. Pouillet estime qu'il s'agit d'un texte prônant la co-régulation comme mode de gouvernance de l'Internet, refusant clairement tant les modèles de l'autorégulation que le modèle du tout à l'État¹²⁰. Le paragraphe 48 de cette Déclaration annonce en effet que *« l'Internet est devenu une ressource publique mondiale et sa gouvernance devrait être un point essentiel de l'ordre du jour de la société de l'information »*, puis poursuit en énonçant des principes généraux quant à la gouvernance de l'Internet : *« la gestion internationale de l'Internet devrait s'exercer de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales. Elle devrait assurer une répartition équitable des ressources, faciliter l'accès de tous et garantir le fonctionnement stable et sécurisé de l'Internet, dans le respect du multilinguisme »*. Ces « principes de Genève » reconnaissent ainsi formellement le principe de la gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet. Mais, contrairement au régime de l'ICANN, ils prévoient la « pleine participation » des États et

¹¹⁸ SMSI, « Déclaration de principes », 12 mai 2004, réf. WSIS-03/GENEVA/DOC/004, <<http://www.itu.int/ws/03/geneva/official/dop-fr.html> >

¹¹⁹ POULLET, Y., « Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ? », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p.167.

¹²⁰ POULLET, Y., *op. cit.*, p.168.

posent la gouvernance multilatérale comme la norme, critiquant ainsi indirectement le régime unilatéral mis en place par les États-Unis¹²¹.

Il est également affirmé, au paragraphe suivant de la Déclaration, que « *la gestion de l'Internet recouvre aussi bien des questions techniques que des questions de politique publique et devrait associer toutes les parties prenantes et les organisations intergouvernementales ou internationales concernées* ». Les rôles respectifs des parties prenantes sont explicités dans la suite du paragraphe. Les gouvernements se voient reconnaître une place de choix : « *le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, est le droit souverain des États. Ceux-ci ont des droits et des responsabilités en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, qui ont une portée internationale* ». En ce qui concerne le secteur privé et la société civile, la Déclaration constate qu'ils ont joué et devraient continuer à jouer un « *rôle important* », le premier « *dans le développement de l'Internet, dans les domaines tant techniques qu'économiques* » et la seconde « *pour les questions liées à l'Internet, en particulier au niveau communautaire* ». Enfin, les organisations internationales devraient conserver leur « *rôle important dans l'élaboration des normes techniques et des politiques relatives à l'Internet* ».

Les principes de Genève proposent ainsi une nouvelle structure dans laquelle les États, le secteur privé et la société civile ont chacun des rôles bien définis. Les gouvernements sont chargés d'élaborer les politiques publiques liées au réseau. Cette approche a été critiquée car elle ne résout pas la question du rôle de la société civile et du secteur privé dans la prise de décision et car elle ne semble pas prendre en compte la difficulté de tracer une frontière claire entre les questions techniques et les questions politiques concernant la gestion de l'Internet¹²². Les participants n'étaient en fait pas parvenus à se mettre d'accord sur ces problématiques au Sommet et décidèrent dès lors de postposer les débats jusqu'à la deuxième phase du SMSI. Entretemps, le paragraphe 50 des principes de Genève prévoit qu'un groupe de travail spécifique, ouvert à toutes les parties prenantes de l'Internet, serait chargé de préparer le terrain. Le mandat du Groupe de Travail sur la Gouvernance de l'Internet (GTGI) était fixé au paragraphe 13 du Plan d'action¹²³ : il devait « élaborer une définition pratique de la gouvernance de l'Internet », « identifier les questions d'intérêt général qui se rapportent à la

¹²¹ MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, pp.64-65.

¹²² MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.65.

¹²³ SMSI, « Plan d'action », 12 mai 2004, réf. WSIS-03/GENEVA/DOC/0005, <<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa-fr.html> >

gouvernance de l'Internet » et « élaborer une conception commune des rôles et des sphères de responsabilité respectives des gouvernements, des organisations intergouvernementales, des organisations internationales et des autres forums existants, ainsi que du secteur privé et de la société civile, tant des pays en développement que des pays développés ». Le rapport du GTGI sur ses activités « serait soumis pour examen et suite à donner à la seconde phase du SMSI » à Tunis.

2. Le Groupe de Travail sur la Gouvernance de l'Internet

Les travaux du GTGI se déroulèrent entre les deux phases du Sommet et son rapport fut publié en juin 2005. Trois éléments de celui-ci doivent être relevés.

Premièrement, le GTGI a opté pour une définition très large de la gouvernance de l'Internet : « *l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'Internet.* »¹²⁴ et précise que « *la gouvernance de l'Internet recouvre davantage que la gestion des noms et adresses utilisés dans le réseau mondial et les questions dont s'occupe l'Internet Corporation for Assigned Names et qu'elle englobe aussi des questions de politique générale importantes, comme les ressources Internet critiques, la sécurité et la sûreté du réseau mondial et ce qui touche à son développement et à l'utilisation qui en est faite* »¹²⁵.

Deuxièmement, le GTGI a proposé la création d'un nouveau forum multipartite global, une idée des participants de la société civile, pour procurer un espace de dialogue non contraignant entre toutes les parties sur les problèmes politiques liés à l'Internet¹²⁶.

Troisièmement, les membres du GTGI ne sont pas parvenus à s'accorder sur un modèle unique de « politique publique et contrôle mondial ». Le rapport pose quand même le postulat qu'« *aucun gouvernement ne devrait jouer à lui seul un rôle prépondérant dans la*

¹²⁴ GTGI, « Rapport final du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet », juin 2005, <<http://www.wgig.org/docs/WGIGReport-French.doc>>, § 10.

¹²⁵ *Ibid.*, § 12.

¹²⁶ *Ibid.*, § 40-47.

gouvernance de l'Internet sur le plan international »¹²⁷. L'absence de représentant du gouvernement américain dans le groupe facilita sans doute le consensus sur ce point, qui ne constitue toutefois pas un rejet explicite du contrôle unilatéral des États-Unis¹²⁸. Dans la suite du rapport, le GTGI expose les modèles organisationnels qui ont été envisagés. Ceux-ci sont très disparates et reflètent les positions très divergentes des participants¹²⁹. L'expérience du GTGI ne permit donc pas d'apporter des réponses aux questions laissées en suspens à Genève et permettait déjà d'entrevoir les débats tendus qui se tiendraient à Tunis.

3. La phase de Tunis

Lors de la deuxième phase du SMSI, les différentes parties ont campé sur leurs positions et il fut difficile d'atteindre un compromis. Les négociations ont finalement abouti à un nouveau texte de principes, l'Agenda de Tunis pour la Société de l'Information¹³⁰, qui réaffirme la volonté de faire appliquer les principes de Genève¹³¹. Le document salue également le travail du GTGI et reprend la définition de la gouvernance de l'Internet qu'il a élaborée¹³². L'Agenda poursuit en développant de nombreux principes quelque peu contradictoires, reflétant la volonté de répondre aux revendications très divergentes des participants du Sommet.

Tout d'abord, l'Agenda fait l'éloge des structures de gouvernance déjà en place : « *les dispositions existantes pour la gouvernance de l'Internet fonctionnent efficacement et ont fait de l'Internet le moyen de communication extrêmement fiable, évolutif et géographiquement universel qu'il est aujourd'hui, stimulé par le secteur privé dans son fonctionnement au jour le jour et avec des limites sans cesse repoussées par l'innovation et la création de valeur* »¹³³. Ce paragraphe est clairement une concession aux revendications du gouvernement américain. L'ICANN n'est pas désignée spécifiquement mais elle est sans aucun doute visée.

¹²⁷ *Ibid.*, § 48.

¹²⁸ MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.68.

¹²⁹ Par exemple, le premier modèle (§ 52-56) est le résumé des revendications des États hostiles à l'ICANN et aux États-Unis : il propose la création d'un « Conseil mondial de l'Internet » intergouvernemental et ancré dans les Nations Unies. Ce Conseil reprendrait les fonctions exercées par le DoC dans la gouvernance de l'Internet au niveau international et remplacerait le GAC, le comité consultatif gouvernemental de l'ICANN. Le secteur privé et la société civile seraient cantonnés à un rôle consultatif.

¹³⁰ SMSI, « Agenda de Tunis pour la société de l'information », 18 novembre 2005, réf. WSIS-05/TUNIS/DOC/6, <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-fr.html>>.

¹³¹ *Ibid.*, § 81.

¹³² *Ibid.*, §§ 34-35.

¹³³ *Ibid.*, § 55.

Ensuite, l'Agenda apporte des précisions au pouvoir de décision des gouvernements en matière de politiques publiques pour l'Internet, prévu dans les principes de Genève. Le paragraphe 68 dispose que « *tous les gouvernements devraient avoir égalité de rôle et de même responsabilité dans la gouvernance internationale de l'Internet ainsi que dans le maintien de la stabilité, de la sécurité et de la continuité de ce réseau* ». Dans la suite du paragraphe, « *la nécessité pour les gouvernements d'élaborer des politiques publiques en consultation avec toutes les parties prenantes* » est réaffirmée. Le paragraphe 69 appelle à « *renforcer la coopération afin de permettre aux gouvernements de s'acquitter, sur un pied d'égalité, de leurs rôles et responsabilités en ce qui concerne les questions de politiques publiques internationales concernant l'Internet, mais pas les questions techniques et opérationnelles courantes qui n'ont pas d'incidence sur les questions de politiques publiques internationales* ». Cette coopération renforcée « *devrait comprendre l'élaboration de principes applicables à l'échelle mondiale aux questions de politiques publiques ainsi que la coordination et la gestion des ressources fondamentales de l'Internet* » et l'Agenda exhorte « *les organisations chargées des tâches essentielles liées à l'Internet à favoriser la création d'un environnement qui facilite l'élaboration de ces principes* »¹³⁴. Ce processus « *fera intervenir toutes les parties prenantes selon leur rôle respectif, progressera aussi vite que possible dans le respect des procédures légales et sera soucieux d'innovation* »¹³⁵. Ces derniers paragraphes sont clairement inspirés de la proposition émise par l'Union européenne.

Enfin, pour sortir de l'impasse, le SMSI appela à la création d'un Forum sur la gouvernance de l'Internet (FGI)¹³⁶, un espace de dialogue multi-parties prenantes pour débattre des problèmes non résolus de la gouvernance de l'Internet. Le paragraphe 77 de l'Agenda précisait bien qu'il constituerait « un mécanisme neutre, ne faisant pas double emploi et non contraignant » et qu'il n'interviendrait pas « dans les opérations courantes ou techniques de l'Internet ».

¹³⁴ *Ibid.*, § 70.

¹³⁵ *Ibid.*, § 71.

¹³⁶ *Ibid.*, §§ 72-78.

C. Conclusion : maintien du statu quo

Le résultat des deux phases du Sommet est généralement considéré comme décevant en ce qui concerne la gestion des ressources techniques de l'Internet, comme le DNS¹³⁷. Il n'est en effet pas parvenu à imposer une modification de la structure de l'ICANN, ni à mettre fin au rôle historique du gouvernement américain sur la racine. Comme M. Mueller l'a exposé, ce n'est que si l'on imagine que les États-Unis étaient animés par une volonté de défendre « l'âme de l'Internet » face aux interventions gouvernementales que l'Agenda de Tunis pourrait constituer un échec pour eux. Cette vision n'est toutefois pas très réaliste. Si l'on conçoit plutôt la position américaine comme une tentative de préserver un *statu quo* dans lequel il occupe une position privilégiée, alors l'Agenda de Tunis est une victoire¹³⁸.

Les principes développés par le SMSI, reflétant le consensus réalisé entre des opinions très divergentes, ne sont pas exempts d'incohérences. D'une part, la division de la gouvernance de l'Internet en deux parties est formalisée : d'un côté, la gestion technique quotidienne qui revient au secteur privé et à la société civile, de l'autre, le domaine des questions de politiques publiques qui relèvent du droit souverain des gouvernements. D'autre part, l'Agenda de Tunis recommande de se baser sur les structures de gouvernance existantes, qui ont prouvé leur efficacité. L'ICANN reste donc chargée de la gouvernance de l'espace de nommage et d'adressage, ses compétences ne sont pas transférées à une entité exclusivement intergouvernementale. Dans cette configuration, les politiques publiques sont décidées par le Conseil d'administration de l'ICANN, duquel les gouvernements sont exclus. Le CA est toutefois tenu de prendre en compte l'avis du GAC, le comité consultatif gouvernemental (cf. *infra*). Les pouvoirs du gouvernement américain sur le DNS ne sont pas spécifiquement remis en cause par l'Agenda, qui se contente de recommander que les gouvernements aient un « rôle égal » dans la gouvernance de l'Internet. Les participants au Sommet ont sans doute été sensibles aux contre-arguments des techniciens américains. Ceux-ci craignaient qu'une lutte de pouvoir politique ne menace la stabilité technique de l'Internet et cette inquiétude a été entendue, au vu du nombre de références faites par l'Agenda à l'importance de la sécurité et de la stabilité de l'Internet¹³⁹.

¹³⁷ DUMORTIER, F., *op.cit.*, pp.164-166.

¹³⁸ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.78.

¹³⁹ DUMORTIER, F., *op.cit.*, p.166.

V. Mayer-Schönberger et E. Ziewitz ont estimé toutefois que le triomphe des États-Unis pourrait s'avérer n'être qu'une victoire à la Pyrrhus¹⁴⁰. Les appels à l'internationalisation de la gouvernance de l'Internet ne vont sûrement pas se tasser et les États-Unis devront continuer à repousser des demandes de transfert de pouvoirs. Il n'est pas sûr qu'une opportunité telle que la proposition de l'Union européenne de fonder la gouvernance du réseau sur les principes de stabilité et de respect des caractéristiques fondamentales de l'architecture du réseau, se représentera de sitôt.

III. À partir de 2006 : recul du gouvernement américain

Le SMSI a été considéré comme un échec pour avoir permis le maintien de la tutelle américaine sur l'ICANN, motif de friction avec de nombreux autres États. Le gouvernement américain n'est toutefois pas resté sourd aux conclusions du Sommet et aux critiques qui ont été formulées à son encontre. En effet, les aspects les plus prescriptifs du MoU ont été abandonnés en 2006, lors d'un nouvel amendement, qui a renommé le contrat *Joint Project Agreement* (JPA) (A). Le processus de désengagement du gouvernement américain de l'ICANN connut ensuite un tournant en 2009. Le JPA, venant à expiration le 30 septembre 2009, ne fut en effet pas renouvelé. L'administration Obama fit au contraire le choix de conclure un tout nouvel accord avec l'entité en charge du DNS : l'*Affirmation of Commitments* (AoC). Ce document a été décrit comme un relâchement de la tutelle américaine et des nouveaux mécanismes de contrôle des activités de l'ICANN, impliquant le GAC, ont été introduits (B). Toutefois, il ne s'agit pas encore d'une révolution copernicienne : le gouvernement américain conserve encore un certain nombre de pouvoirs sur le DNS (C).

A. Le Joint Project Agreement (2006)

Le pouvoir de contrôle du DoC sur l'ICANN fut allégé une première fois le 29 septembre 2006. Ce jour-là, le DoC et l'ICANN amendèrent à nouveau le MoU, qui fut renommé *Joint Project Agreement* (JPA)¹⁴¹, pour prolonger son terme de trois ans et redéfinir

¹⁴⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, V., ET ZIEWITZ, M., *op.cit.*, p.228.

¹⁴¹ « Joint Project Agreement between the US Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », 29 septembre 2006, <<http://www.icann.org/en/general/JPA-29sep06.pdf>>.

la relation entre les deux parties. Les aspects les plus prescriptifs de la tutelle du DoC furent abandonnés par le JPA et remplacés par des mécanismes de responsabilité de l'ICANN.

Au lieu d'imposer à l'ICANN l'accomplissement de tâches spécifiques dans un certain délai, le JPA prévoyait une liste générale de ses responsabilités (*Affirmation of Responsibilities*, annexée au JPA). Une de ces responsabilités concerne le rôle des gouvernements : l'ICANN doit travailler avec le GAC pour revoir le rôle de celui-ci afin de faciliter la prise en considération effective de l'avis du GAC sur les aspects de politique publique de la coordination technique de l'Internet¹⁴². On reconnaît là une des conclusions du SMSI, même si le gouvernement américain n'allait pas jusqu'à reconnaître au GAC un droit souverain en la matière.

L'obligation de faire périodiquement rapport au DoC est quant à elle remplacée par la publication par l'ICANN d'un rapport annuel qui expose ses progrès notamment par rapport aux critères contenus dans ses statuts et dans l'*Affirmation of Responsibilities*. D. Lindsay estime que ce nouvel accord présente un caractère bien plus général, qui confère à l'ICANN plus de flexibilité pour déterminer comment se conformer à ses responsabilités¹⁴³.

B. L'Affirmation of Commitments

Pour la première fois de l'histoire de l'ICANN, le MoU-JPA ne fut pas renouvelé à l'expiration de son terme, le 30 septembre 2009. Un nouvel accord, l'*Affirmation of Commitments* (AoC)¹⁴⁴, fut au contraire conclu entre le DoC et l'ICANN. La nature juridique de cet accord, constitué par une série d'engagements pris par les deux parties, est assez vague¹⁴⁵. M. Fromkin estime qu'il ne s'agit pas d'un contrat, car le DoC ne prend aucun engagement contraignant. Selon lui, le fait que le DoC laisse le JPA expirer ne constitue pas une contrepartie aux engagements de l'ICANN dans l'AoC, car le JPA aurait de toute façon expiré si les deux parties ne s'accordaient pas pour le renouveler¹⁴⁶.

¹⁴² *Ibid.*, Annex A, « Affirmation of Responsibilities for ICANN's Private Sector Management », § 7.

¹⁴³ LINDSAY, D., *op.cit.*, pp.61.

¹⁴⁴ « Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », 30 septembre 2009, <<http://www.icann.org/en/documents/affirmation-of-commitments-30sep09-en.pdf>>.

¹⁴⁵ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.249.

¹⁴⁶ FROMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.199.

Le DoC affirme notamment son engagement « *envers un modèle d'élaboration de politiques pour la coordination technique du DNS ascendant, multi-parties prenantes, mené par le secteur privé, qui agit pour le bien des utilisateurs de l'Internet à l'échelle mondiale. Un processus de coordination privée, dont les résultats reflètent l'intérêt public, est le plus apte à répondre de façon souple aux besoins évolutifs de l'Internet et des internautes* »¹⁴⁷. En ce qui concerne la place des gouvernements dans ce modèle de coordination privée, le DoC reconnaît le « *rôle important* »¹⁴⁸ du GAC (cf. *infra*, chapitre III).

Les engagements de l'ICANN sont plus nombreux. Parmi ceux-ci, il faut relever ceux de « *demeurer une société à but non lucratif, ayant son siège aux États-Unis d'Amérique et des bureaux de par le monde afin de satisfaire les besoins d'une communauté mondiale* »¹⁴⁹ et de « *fonctionner en tant qu'organisation multi-parties prenantes, menée par le secteur privé, avec des contributions de la part du public, dans l'intérêt duquel l'ICANN agit de toute façon* »¹⁵⁰. Il est aussi affirmé que « *l'ICANN est une organisation privée et rien dans cette affirmation ne devrait être interprété comme un contrôle exercé par une entité quelconque* »¹⁵¹.

La grande nouveauté de l'AoC est le nouveau mécanisme mis en place pour assurer la révision des actions de l'ICANN. L'accord identifie en effet quatre domaines dans lesquels l'ICANN s'engage à s'auto-évaluer tous les trois ans¹⁵². Ces domaines sont : la responsabilité et la transparence, la sécurité et la stabilité, la concurrence et WHOIS¹⁵³. Pour chaque domaine, la révision sera conduite par une équipe composée conjointement par le président du GAC et le président du CA. L'équipe devra inclure le président du GAC, le président du CA, les représentants des organisations de soutien et comités consultatifs pertinents et des experts indépendants. Seule l'équipe en charge de la responsabilité et de la transparence devra comprendre un membre du DoC. Les recommandations qui résulteront des révisions seront

¹⁴⁷ « Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *op.cit.*, § 4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 6.

¹⁴⁹ *Ibid.*, § 8b.

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 8c.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Ibid.*, § 9.

¹⁵³ Le terme WHOIS renvoie à un service de bases de données contenant des informations à propos des noms de domaine enregistrés, notamment les coordonnées de leurs titulaires. Ce service est controversé, notamment pour des raisons de protection des données personnelles.

fournies au Conseil d'administration et publiées en ligne pour la sollicitation de commentaires du public. Il est prévu que « *le Conseil d'administration prendra des mesures dans les six mois à compter de la réception des recommandations* ». Nous verrons qu'un premier rapport de l'équipe en charge de la responsabilité et de la transparence, publié en décembre 2010, a examiné les relations entre le GAC et le Conseil d'administration (cf. *infra*, chapitre III).

Une autre innovation de l'AoC est son caractère « permanent ». Contrairement au MoU-JPA, ce nouvel accord n'est pas conclu pour une période de trois ans renouvelables. Il peut cependant être « amendé à tout moment par consentement mutuel des parties » et résilié par toute partie « en adressant un préavis de 120 jours à l'autre partie »¹⁵⁴. Il est également important de souligner que cet accord ne prévoit pas la possibilité pour le DoC, au cas où il résilierait l'AoC, de se voir attribuer les contrats de l'ICANN avec les registres et bureaux d'enregistrement. Le DoC n'est donc plus en mesure de menacer de manière crédible l'ICANN de la remplacer par une nouvelle entité¹⁵⁵.

C. Pouvoirs du gouvernement américain après l'AoC

Avec l'*Affirmation of Commitments*, l'administration Obama s'est éloignée du contrôle unilatéral de l'ICANN qui prévalait jusqu'alors pour mettre en place un accord destiné à soumettre l'ICANN au respect de certains objectifs fondamentaux et à engager celle-ci à s'auto-évaluer régulièrement.

L'AoC constitue certainement une avancée vers une plus grande autonomie de l'ICANN : comme indiqué ci-avant, l'accord annonce clairement que « *l'ICANN est une organisation privée et rien dans cette affirmation ne devrait être interprété comme un contrôle exercé par une entité quelconque* ». La période de transition prévue par le MoU est terminée et le gouvernement américain paraît s'engager à laisser l'ICANN voler de ses propres ailes. En laissant expirer le JPA, le gouvernement américain renonce à son moyen le plus visible de contrôler directement l'ICANN¹⁵⁶. Il faut toutefois souligner qu'il est parvenu à obtenir que l'ICANN conserve son siège américain et reste ainsi soumise au droit américain.

¹⁵⁴ « Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *op.cit.*, § 11.

¹⁵⁵ FROMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.206.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.223.

Il s'est également octroyé un siège dans l'équipe chargée de la révision des questions de responsabilité et de transparence de l'ICANN. Le caractère permanent de l'AoC permet également au DoC d'être assuré de conserver ces prérogatives.

Par ailleurs, seul le MoU-JPA est concerné par l'AoC. Les autres instruments de la tutelle américaine sont inchangés. La version actuelle du contrat IANA expire le 30 septembre 2011. Aussi longtemps que ce contrat est en vigueur, les USA conserve la possibilité de transférer la fonction IANA à une autre entité de l'ICANN. La prochaine grande décision du DoC interviendra donc au plus tard le 30 septembre 2011. De plus, via l'accord de coopération avec Verisign, le gouvernement américain possède toujours son droit de veto à l'encontre de tout changement au fichier-zone racine et est donc toujours en mesure de s'opposer à l'introduction de nouveaux TLD. Rappelons que le gouvernement américain a annoncé en 2005 son intention de conserver indéfiniment ce pouvoir sur la racine (cf. *supra*).

Enfin, il faut souligner que l'*Affirmation of Commitments* reconnaît des pouvoirs plus importants au GAC. Les critiques émises au cours du SMSI, à propos du rôle prépondérant des États-Unis, ont sans doute joué dans cette évolution. Dans le chapitre suivant, nous allons étudier cette évolution, du Livre blanc jusqu'à aujourd'hui, et examiner les controverses qui entourent ce comité consultatif.

Chapitre III – Le *Governmental Advisory Committee* (GAC)

En théorie, l'ICANN est une société de droit privé mais un rôle consultatif fut accordé aux gouvernements, après des revendications de l'Union européenne. Cette concession du gouvernement américain mena à la mise sur pied du comité consultatif gouvernemental, le GAC (pour *Governmental Advisory Committee*). Au fil du temps, l'ICANN s'est alliée avec des gouvernements nationaux, d'une part pour mettre fin au contrôle direct des USA et d'autre part pour couper court aux propositions d'organisations intergouvernementales, liées à l'UIT ou à l'ONU, comme alternatives à l'ICANN¹⁵⁷. Les pouvoirs du GAC se sont ainsi substantiellement étendus depuis sa création. D'un simple corps consultatif en 1998 (I), il a acquis, au fil des réformes de l'ICANN, un rôle dans la prise de décision et le contrôle de l'ICANN (II). Cette évolution constitue un revirement par rapport aux objectifs de privatisation et d'autorégulation qui avaient prévalu lors de la création de l'ICANN, et suscite la controverse (III).

I. La création du GAC : un comité uniquement consultatif

L'ICANN est née du processus de privatisation du DNS lancé par l'administration Clinton (cf. *supra*). Le projet initial du gouvernement américain, le Livre vert, ne prévoyait aucun rôle pour les autres gouvernements dans la nouvelle entité en charge du DNS. Le Livre blanc a affirmé, sans ambiguïté, que ni les gouvernements en tant que souverains, ni les organisations intergouvernementales en tant que représentantes des gouvernements ne devraient participer à la gestion des noms et adresses Internet¹⁵⁸. Une autorité leur était toutefois reconnue en matière de ccTLD (cf. *infra*, partie II). Leur participation au Conseil d'administration de la nouvelle entité était ainsi exclue. Néanmoins, pour répondre aux revendications de la Commission européenne et d'organisations intergouvernementales, le Livre blanc a admis que les gouvernements puissent agir comme usagers de l'Internet ou occuper une fonction consultative, sans droit de vote¹⁵⁹.

¹⁵⁷ FROOMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.209.

¹⁵⁸ UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, *op.cit.*, 10 juin 1998, p.31744.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.31750.

Les statuts originels¹⁶⁰ de l'ICANN étaient conformes à ces recommandations : ils excluaient la participation de représentants des gouvernements au Conseil d'administration¹⁶¹ et les cantonnaient à un rôle consultatif. Les membres de ce comité consultatif gouvernemental seraient des représentants des gouvernements nationaux¹⁶² et des organisations intergouvernementales, qui ne pourraient chacun nommer qu'un représentant dans ce nouveau comité¹⁶³. Le GAC était chargé d'examiner et de donner son avis sur les activités de l'ICANN quand elles concernaient des préoccupations des gouvernements, particulièrement quand il pourrait y avoir des interactions entre les politiques de l'ICANN et les diverses législations et réglementations nationales et internationales¹⁶⁴. Il était également prévu que le Conseil d'administration notifie au président du GAC les propositions pour lesquelles il attendait des commentaires et qu'il prenne en considération toute réponse à cette notification avant de prendre des mesures¹⁶⁵.

Le GAC a établi le 25 mai 1999 un ensemble de principes de fonctionnement¹⁶⁶ qu'il met à jour régulièrement. Certains des principes, encore en vigueur aujourd'hui¹⁶⁷, se doivent d'être examinés. Le premier considérant du document illustre l'importance que les gouvernements accordent au DNS : le système de nommage et d'adressage est présenté comme une ressource publique qui doit être gérée dans l'intérêt de la communauté globale de l'Internet. Le GAC définit tout d'abord son rôle – consistant à fournir des conseils et à communiquer des questions et opinions au Conseil d'administration de l'ICANN – et reconnaît qu'il n'est pas un organe de décision¹⁶⁸. Il s'agit au contraire d'un forum de discussion pour les gouvernements¹⁶⁹. Les membres du GAC élisent l'un d'entre eux au poste de président du GAC¹⁷⁰. Le GAC prévoit de se réunir au moins une fois par an et, nonobstant

¹⁶⁰ ICANN, « Bylaws », 6 novembre 1998, <<http://www.icann.org/en/general/archive-bylaws/bylaws-06nov98.htm>>.

¹⁶¹ *Ibid.*, Article V, section 5.

¹⁶² La Belgique est par exemple représentée par un membre de l'IBPT (Institut belge services postaux et des télécommunications). Pour la liste complète des membres du GAC, voir <<http://gac.icann.org/gac-representatives>>.

¹⁶³ ICANN, « Bylaws », 6 novembre 1998, *op.cit.*, Article VII, section 3, a).

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Operating Principles », 25 mai 1999, <<http://www.icann.org/en/committees/gac/operating-principles-25may99.htm>> .

¹⁶⁷ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Operating Principles », version amendée en 2010 à la réunion du GAC à Nairobi, <https://gacweb.icann.org/download/attachments/1540127/GAC_Operating_Principles_1.pdf>.

¹⁶⁸ *Ibid.*, principe 2.

¹⁶⁹ *Ibid.*, principe 4.

¹⁷⁰ *Ibid.*, principe 22.

cette réunion annuelle, chaque fois qu'il l'estime approprié¹⁷¹. Ces réunions sont normalement tenues en privé mais le président peut décider de mesures de publicité¹⁷². Le GAC doit travailler en vue d'atteindre le consensus de ses membres, mais s'il n'est pas possible, le président doit transmettre la totalité des points de vue exprimés par les membres au Conseil d'administration¹⁷³. Un quorum de présence, fixé à la majorité simple des membres en 1999 et aujourd'hui abaissé au tiers de ceux-ci, est nécessaire pour que des décisions puissent être prises à la réunion¹⁷⁴.

Dans les premières années de l'ICANN, le GAC ne joua pas un rôle d'envergure et souffrait d'un manque de légitimité. Bien qu'il fût ouvert à tous les gouvernements, pas plus de trente gouvernements, représentant tous des pays développés, ne participèrent aux débats de manière régulière¹⁷⁵. Son travail se concentra surtout sur la question des ccTLD (cf. *infra*, partie II).

II. Evolution vers une plus grande implication

Le GAC ne resta pas longtemps cantonné à un rôle strictement consultatif à l'égard du seul Conseil d'administration de l'ICANN. Dès 2002, il est apparu que la mise à l'écart des gouvernements était une faiblesse du modèle de l'ICANN. Cette constatation a mené à une réforme importante (A). Il a cependant fallu attendre 2005 pour voir le GAC intervenir directement dans une décision du Conseil d'administration (B). L'*Affirmation of Commitments* étendit aussi le rôle du GAC, en lui octroyant un rôle important dans les nouveaux mécanismes de contrôle de l'ICANN (C).

¹⁷¹ *Ibid.*, principe 6.

¹⁷² *Ibid.*, principe 50.

¹⁷³ *Ibid.*, principe 47.

¹⁷⁴ *Ibid.*, principe 40.

¹⁷⁵ KLEINWÄCHTER, W., *op.cit.*, 2003, p.1116.

A. La réforme de 2002

En février 2002, Stuart Lynn, le président de l'ICANN, publia un rapport dans lequel il appelait à une réforme de l'ICANN¹⁷⁶. Il estimait que le choix d'un modèle totalement privé pour gérer le DNS n'était pas judicieux, entre autres parce qu'il isolait l'ICANN des institutions du « monde réel », les gouvernements. Le GAC n'avait permis jusqu'alors qu'une participation minimale des gouvernements dans l'ICANN, d'une part car peu de gouvernements s'y étaient intéressés et d'autre part à cause de la méfiance de la communauté Internet face à l'implication des gouvernements. S. Lynn reconnaissait lui-même que proposer l'accroissement du rôle des gouvernements était un revirement significatif par rapport à la conception originale de l'ICANN en tant qu'entité privée. Il justifiait sa position en avançant qu'elle permettrait de résoudre certains des problèmes auxquels elle était confrontée : le défaut de participation d'acteurs-clés du DNS (notamment les gestionnaires de ccTLD, cf. *infra*), la recherche d'un mécanisme de responsabilité pour l'ICANN et le manque de financements. Selon lui, si les gouvernements étaient impliqués dans l'ICANN de manière systématique, ils pourraient faire pression sur les gestionnaires de leur ccTLD national pour leur faire conclure des contrats avec l'ICANN reconnaissant l'autorité de celle-ci. Les gouvernements pourraient aussi participer au financement de l'ICANN. Et la présence des gouvernements, « les représentants les plus légitimes de leurs populations », permettrait de répondre aux problèmes de légitimité démocratique de l'ICANN. S. Lynn n'allait pas non plus jusqu'à préconiser une approche intergouvernementale traditionnelle, qui restait une « mauvaise idée » selon lui. Au contraire, il plaidait pour un partenariat public-privé équilibré, dans lequel notamment un tiers du Conseil d'administration serait nommé directement par le GAC ou les gouvernements nationaux. Le GAC conservait son rôle consultatif mais obtenait une représentation conséquente au CA, une évolution qui irait à l'encontre des recommandations du Livre blanc et nécessiterait un amendement de ses statuts.

Le Conseil d'administration de l'ICANN répondit à cette proposition de réforme en chargeant un comité composé d'administrateurs, l'*Evolution and Reform Committee* (ERC), d'élaborer des recommandations sur la réforme de l'ICANN. Après avoir reçu un grand

¹⁷⁶ LYNN, S., « President's Report: ICANN – The Case for Reform », 24 février 2002, <<http://www.icann.org/en/general/lynn-reform-proposal-24feb02.htm>>.

nombre de commentaires du public, l'ERC publia son rapport en juin 2002¹⁷⁷. Celui-ci reconnut qu'il fallait renforcer la participation gouvernementale mais ne proposa pas de mesures aussi radicales que S. Lynn. Il recommandait qu'en accomplissant sa mission, l'ICANN agisse avec délicatesse en ce qui concerne l'intérêt public et les préoccupations gouvernementales qui y sont liées, afin que le besoin d'action gouvernementale directe soit minimisé¹⁷⁸. Le GAC restait un comité consultatif et l'ERC recommandait qu'il reçoive une notification adéquate et l'opportunité de commenter les décisions du Conseil d'administration avant qu'elles ne soient prises¹⁷⁹. Pour renforcer à la fois l'intégration du GAC dans l'ICANN et la représentation de l'intérêt public, l'ERC préconisait que le GAC envoie un agent de liaison au sein du Conseil d'administration, un délégué au *Nominating Committee* et des agents de liaison dans les organisations de soutien et les autres comités consultatifs¹⁸⁰.

Ce processus de réflexion mena à l'amendement des statuts de l'ICANN par le Conseil d'administration en décembre 2002¹⁸¹. Les gouvernements et autorités publiques furent reconnus comme responsables de la politique publique et leur avis devait être pris en compte¹⁸². L'avis de l'ERC fut suivi en ce qui concerne la composition du CA : le GAC fut autorisé à y envoyer un agent de liaison, sans droit de vote¹⁸³. La proposition révolutionnaire de Lynn n'avait donc pas plus convaincu le CA. Conformément aux recommandations de l'ERC, le GAC fut également autorisé à envoyer des agents de liaison dans le *Nominating Committee*¹⁸⁴ et dans les organisations de soutien et les comités consultatifs où il l'estimait approprié et utile¹⁸⁵. Le GAC n'était donc plus isolé au sein de l'ICANN et était en mesure de participer au processus d'élaboration des politiques dès le début, au sein des organisations de soutien¹⁸⁶.

¹⁷⁷ COMMITTEE ON ICANN EVOLUTION AND REFORM, « ICANN: A Blueprint for Reform », 20 juin 2002, <<http://www.icann.org/en/committees/evol-reform/blueprint-20jun02.htm>>.

¹⁷⁸ *Ibid.*, § 2, « Core Values ».

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 3, « Advisory Committees ».

¹⁸⁰ *Ibid.*, § 6.

¹⁸¹ ICANN, Bylaws, 15 décembre 2002, <<http://www.icann.org/en/general/archive-bylaws/bylaws-15dec02.htm>>.

¹⁸² *Ibid.* article I, section 2, 11.

¹⁸³ *Ibid.*, article XI, section 2, point f.

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, article XI, section 2, point g.

¹⁸⁶ KLEINWÄCHTER, W., *op.cit.*, 2003, p.1122.

Un changement important fut apporté dans le rôle dévolu au GAC en matière de politiques publiques¹⁸⁷. Le Conseil d'administration est depuis lors obligé de notifier en temps utile au GAC toute proposition soulevant des questions de politiques publiques, que lui-même ou une autre entité de l'ICANN soumet aux commentaires du public. Le CA doit prendre en compte toute réponse du GAC à cette notification avant de prendre des mesures. Le GAC peut désormais également soumettre directement des questions au CA, par voie de commentaire, d'avis préalable ou de recommandation spécifique. L'avis du GAC sur des affaires de politique publique doit être pris en compte par le CA, tant au niveau de la formulation que de l'adoption des politiques. Au cas où le CA déciderait de ne pas suivre l'avis du GAC, il doit informer celui-ci et exposer les raisons de son choix. Les statuts prévoient dans ce cas que le GAC et le CA doivent tenter de trouver, de bonne foi et en temps opportun, une solution acceptable par les deux parties. Si pareille solution ne pouvait être trouvée, le Conseil d'administration devrait motiver, dans sa décision finale, son choix de ne pas suivre l'avis du GAC.

Cette première réforme ne modifia pas fondamentalement le rôle du GAC au sein de l'ICANN ; ses interventions dans les diverses controverses secouant l'organisation restaient marginales¹⁸⁸. Il a fallu attendre 2005 et la controverse autour de l'extension « .xxx » pour voir l'opposition du GAC peser réellement sur une décision du Conseil d'administration.

B. L'incident autour du TLD « .xxx » (2005)¹⁸⁹

Le GAC a joué un rôle important dans les discussions entourant les propositions de nouveaux gTLD, en particulier sur celle d'une extension « .xxx », réservée aux contenus à caractère pornographique. Cette proposition, émanant de la société privée ICM Registry, était controversée : certains y étaient favorables car une identification du contenu pour adultes permettrait d'en bloquer l'accès plus facilement mais d'autres s'opposaient à ce qu'ils assimilaient à une légitimation de la pornographie sur l'Internet¹⁹⁰.

¹⁸⁷ ICANN, Bylaws, 15 décembre 2002, *op.cit.*, article XI, section 2, point h à k.

¹⁸⁸ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, p.9.

¹⁸⁹ Pour un compte rendu détaillé du cas « .xxx », voyez: BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY, « Accountability and Transparency at ICANN: An Independent Review », 20 octobre 2010, <<http://www.icann.org/en/reviews/affirmation/atrt-review-berkman-final-report-20oct10-en.pdf>>, pp.90-124.

¹⁹⁰ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.71.

Le Conseil d'administration de l'ICANN examina longuement cette candidature. Il reconnut en juin 2005 qu'elle répondait aux critères d'admissibilité et autorisa l'engagement des termes du contrat avec ICM Registry¹⁹¹. Le GAC n'avait transmis aucun avis au Conseil d'administration au sujet de cette proposition avant qu'il ne prenne sa décision. L'attitude de certains gouvernements au sein du GAC changea après la médiatisation de la décision prise par l'ICANN et la polémique que celle-ci suscitait. Sous la pression d'organisations américaines de défense des valeurs familiales, le gouvernement Bush prit la tête d'une campagne d'opposition au domaine « .xxx ». Le président du GAC envoya une lettre au Conseil d'administration pour lui demander de prendre le temps de laisser s'exprimer les préoccupations gouvernementales avant de prendre sa décision finale¹⁹². Cette demande fut approuvée par le CA, à qui de nombreux gouvernements écrivirent ensuite pour lui faire part de leur inquiétude et pour lui demander de reconsidérer sa décision. Après de longs débats, sous la pression du GAC, l'ICANN finit par retirer son approbation à la proposition d'ICM Registry le 10 mai 2006¹⁹³. Les objections de dernière minute des gouvernements nationaux pesèrent ainsi lourd dans la balance¹⁹⁴.

La société ICM Registry ne fut évidemment pas ravie de la volte-face du Conseil d'administration. Dans un premier temps, elle demanda à celui-ci de reconsidérer sa décision, sans succès. Celui-ci rejeta à nouveau sa candidature en mars 2007¹⁹⁵. ICM Registra demanda ensuite la révision de cette dernière décision par un panel indépendant, chargé d'en examiner la conformité aux statuts de l'ICANN, conformément à la procédure prévue dans ces mêmes statuts¹⁹⁶. Le rapport du panel fut très clair : la décision du Conseil d'administration violait l'obligation de l'ICANN de prendre ses décisions en appliquant des politiques « neutres, objectives et équitables »¹⁹⁷¹⁹⁸. Ce rapport n'avait qu'un effet consultatif et non contraignant.

¹⁹¹ ICANN, « Special Meeting of the Board – Minutes », 1^{er} juin 2005, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-01jun05.htm>>.

¹⁹² « Correspondence from GAC Chairman to ICANN Board regarding .XXX TLD », 12 août 2005, <<http://www.icann.org/en/correspondence/tarmizi-to-board-12aug05.htm>>.

¹⁹³ ICANN, « Special Meeting of the Board – Minutes », 10 mai 2006, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-10may06.htm>>.

¹⁹⁴ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, p.10.

¹⁹⁵ ICANN, « Adopted Resolutions from ICANN Board Meeting », 30 mars 2007, <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-30mar07.htm>>.

¹⁹⁶ ICANN, Bylaws, 24 juin 2011, *op.cit.*, article IV, section 3.

¹⁹⁷ *Ibid.*, article I, section II, point 8.

¹⁹⁸ 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/irp/icm-v-icann/irp-panel-declaration-19feb10-en.pdf>>, p.70.

Le Conseil d'administration décida toutefois de reconsidérer la candidature d'ICM¹⁹⁹. Le gTLD « .xxx » fut finalement approuvé, malgré l'avis négatif du GAC, le 18 mars 2011²⁰⁰. Le Conseil d'administration précise dans sa décision que, conformément aux statuts, il a consulté le GAC afin de tenter de trouver une solution mutuellement acceptable. Il constate l'échec de cette tentative et expose dès lors dans sa décision finale les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas suivre l'avis du GAC.

Le GAC n'est au final pas arrivé à empêcher l'introduction du « .xxx ». Le succès sans précédent engrangé en 2006 encouragea toutefois les membres du GAC à exprimer leurs vues de manière plus systématique. Les méthodes de travail du GAC furent aussi revues, à partir de 2005, pour permettre au comité d'agir de manière plus proactive²⁰¹. Le GAC publia des principes en matière de nouveaux gTLD, notamment pour revendiquer le respect des droits de l'homme et la protection des noms avec une signification nationale, géographique, culturelle ou religieuse²⁰². Le Conseil d'administration de l'ICANN a très récemment décidé de lever les restrictions qui pesaient sur l'enregistrement de nouveaux gTLD²⁰³. Il s'agit d'une véritable révolution : la politique suivie par l'ICANN était jusqu'alors imprévisible, irrégulière et discrétionnaire, ce qui rendait la création de nouveaux gTLD assez rare²⁰⁴. Le Conseil d'administration a soumis à l'avis du public un « Guide de candidature gTLD »²⁰⁵, qui décrit la procédure permettant de postuler pour un nouveau gTLD. Sans rentrer dans les détails, relevons que ce Guide prévoit des moyens d'assurer le respect des « noms géographiques »²⁰⁶ et des « principes généraux du droit international en matière de morale et d'ordre public, tels qu'ils sont formulés dans les accords internationaux appropriés »²⁰⁷. L'ICANN expose que des restrictions peuvent s'appliquer pour assurer le respect de ces principes car l'exercice du droit à la liberté d'expression « implique des devoirs et des

¹⁹⁹ ICANN, « Adopted Board Resolutions », 25 juin 2010, <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-25jun10-en.htm>>, § 5.

²⁰⁰ ICANN, « Adopted Board Resolutions », 18 mars 2011, <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-18mar11-en.htm#5>>, § 5.

²⁰¹ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, p.11.

²⁰² GAC, « GAC Principles Regarding New gTLDs », 28 mars 2007, <https://gacweb.icann.org/download/attachments/1540128/gTLD_principles_0.pdf>.

²⁰³ ICANN, « Approved Board Resolutions », 20 juin 2011, <<http://www.icann.org/en/minutes/resolutions-20jun11-en.htm>>.

²⁰⁴ BARBET, Ph., « Le marché des noms de domaine à l'aube du « Big Bang » de la libéralisation », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3, t.XXIV, p.375.

²⁰⁵ ICANN, « Guide de candidature gTLD », 30 mai 2011, <<http://www.icann.org/fr/topics/new-gtlds/rfp-clean-30may11-fr.pdf>>.

²⁰⁶ *Ibid.*, p.2-17.

²⁰⁷ *Ibid.*, p.3-23. L'ICANN y dresse une liste exemplative et non exhaustive d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

responsabilités spécifiques »²⁰⁸. Le contrôle du contenu est ainsi devenu, à la demande du GAC, un des éléments-clés de cette nouvelle procédure.

Cette nouvelle politique permet d'affirmer que le rôle de l'ICANN n'est plus exclusivement technique mais présente des aspects éminemment politiques. Comme M. Mueller l'a remarqué, un rôle de pur coordinateur technique impliquerait la neutralité de l'ICANN à l'égard de la signification sociale des noms de domaine²⁰⁹. Les vives tensions autour du « .xxx » et les pressions constantes du GAC ont changé la donne, l'ICANN cherche désormais à éviter de créer de nouvelles polémiques. M. Mueller estime cette évolution dangereuse pour la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par le Premier Amendement à la Constitution américaine. Selon lui, toute tentative de satisfaire tous les États souverains entraîne inévitablement l'application des formes de régulation de contenu les plus restrictives²¹⁰.

C. L'Affirmation of Commitments (2009)

L'*Affirmation of Commitments*, signée en 2009, a mis fin à des obligations contractuelles qui valaient entre le DoC et l'ICANN depuis 1998 (cf. *supra*). Ce nouvel accord a été l'occasion pour le DoC d'affirmer « *l'engagement du gouvernement des États-Unis envers la participation continue au comité consultatif gouvernemental (GAC) de l'ICANN* »²¹¹. Il a également reconnu le « *rôle important du GAC par rapport à la prise de décisions et l'exécution des tâches de l'ICANN et la prise en compte réelle par l'ICANN de la contribution du GAC aux aspects de politique publique de la coordination technique du DNS de l'Internet* ». Cette concession de l'administration Obama fait écho à la réforme de 2002 et aux conclusions du Sommet mondial sur la société de l'information (cf. *supra*) : l'avis du GAC doit être « pris en compte » quand les politiques de l'ICANN soulèvent des questions de politique publique. Le gouvernement américain n'admet toutefois pas que les politiques publiques soient du ressort exclusif des gouvernements réunis dans le GAC.

²⁰⁸ *Ibid.*, p.3-25.

²⁰⁹ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.201.

²¹⁰ *Ibid.*, p.204.

²¹¹ « Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *op.cit.*, § 6.

Le GAC se voit toutefois reconnaître un rôle important dans un domaine sensible : les nouveaux mécanismes de révision de l'ICANN (cf. *supra*). Quatre domaines d'activités de l'ICANN sont désormais soumis à des révisions périodiques, menées par des équipes formées conjointement par le président du GAC et le président de l'ICANN. Ces équipes sont chargées d'élaborer des recommandations et l'ICANN s'engage à ce que le Conseil d'administration « prenne des mesures » dans les six mois de leur réception. Le GAC se voit ainsi accorder un droit de regard sur les questions controversées de l'ICANN. Toutefois, l'application des recommandations des équipes de révision n'est pas assurée. La promesse de l'ICANN au sujet de l'action du Conseil d'administration est très prudente et vague : « prendre des mesures » ne signifie certainement pas être d'accord avec les équipes de révision et n'engage pas le CA à exécuter leurs recommandations²¹².

Selon M. Fromkin, l'ICANN sort gagnante de l'AoC, détachée d'une partie du contrôle du gouvernement américain et toujours libre d'un contrôle réel des autres gouvernements²¹³. Même si le GAC a acquis une influence certaine au sein de l'ICANN, il n'est en effet pas (encore ?) en mesure de prendre les décisions à la place du Conseil d'administration.

III. Un comité controversé

La participation des gouvernements dans la société privée en charge du DNS suscite la controverse depuis la création de l'ICANN. Le GAC a fait l'objet de critiques pour son manque de clarté quant à son statut légal et quant à son fonctionnement (A). La relation de celui-ci avec le Conseil d'administration a fait l'objet d'une révision, conformément au nouveau mécanisme prévu dans l'*Affirmation of Commitments*. L'équipe de révision a publié une série de recommandations pour remédier aux dysfonctionnements qu'elle a identifiés (B).

²¹² FROMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.202.

²¹³ *Ibid.*, p.223.

A. De nombreuses inconnues

Le statut légal du GAC suscite tout d'abord de nombreuses questions. Est-il un organe conventionnel traditionnel ? Ou bien ne s'agit-il que d'une réunion informelle de représentants étatiques ? Un accord international classique entre gouvernements est en principe soumis à un processus de ratification parlementaire au niveau national et, s'il est contraire à la constitution nationale, peut être contesté devant des juridictions étatiques. M. Mueller observe qu'aucun de ces moyens de contrôle démocratique ne s'applique à la relation entre l'ICANN et le GAC, car ce dernier n'est qu'un corps consultatif, formellement dépourvu de pouvoir de décision. M. Mueller est particulièrement critique face à cette situation car elle permet aux gouvernements d'agir sans contraintes légales en général et sans être tenus de respecter les droits de l'homme en particulier²¹⁴.

La mesure dans laquelle ces représentants peuvent engager leurs États de manière contraignante est également peu claire. M. Froomkin a observé à ce sujet que la majorité des décisions du GAC ne contiennent pas d'engagements des gouvernements mais suggèrent plutôt à d'autres acteurs du DNS (l'ICANN, les gestionnaires de ccTLD, ...) d'agir d'une certaine manière²¹⁵. Il estime néanmoins que la participation de délégués accrédités par des gouvernements du monde entier suggère que les communiqués du GAC sont l'expression d'une *opinio juris*, qui pourrait contribuer un jour à la formation d'une nouvelle norme internationale ou même à du droit international.²¹⁶

Le manque de transparence du GAC est aussi dénoncé. En effet, le fonctionnement interne du comité demeure un mystère pour les observateurs extérieurs. Le GAC ne publie pas de compte rendu de ses réunions et il est dès lors difficile de savoir comment sont élaborés ses avis. Les États-Unis, le Canada et l'Union européenne sont souvent présentés comme les meneurs. J. Weinberg estime dès lors que l'ascension du GAC ne représenterait qu'un transfert d'une autorité concentrée entre les mains américaines à un nouveau type d'alliance transatlantique²¹⁷.

²¹⁴ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.243.

²¹⁵ FROOMKIN, M, « When we say US™, we mean it! », *Houston Law Review*, vol. 41, n°3, 2004, pp.865-866.

²¹⁶ *Ibid.*, p.866.

²¹⁷ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, pp.13-14.

Le rôle du GAC au sein de l'ICANN est également controversé. Selon les statuts de la société, il ne s'agit que d'un comité consultatif. En 2002, ses membres, les gouvernements et organisations intergouvernementales, ont été reconnus comme responsables de la politique publique et des mécanismes ont été introduits pour assurer que le Conseil d'administration prenne en compte leurs recommandations (cf. *supra*). Cette situation a été critiquée car le Conseil d'administration peut désormais justifier le rejet d'une politique développée au sein d'une organisation de soutien en se fondant sur un avis du GAC. M. Mueller estime que ce pouvoir arbitraire du CA menace le processus normal d'élaboration des décisions, fondé sur une approche ascendante et multi-parties prenantes²¹⁸. Le GAC peut en effet, simplement par son opposition, bloquer ou renverser une décision qui a obtenu un soutien suffisant des autres parties de l'ICANN pour être adoptée. L'adoption par le CA des positions défendues par le GAC reviendrait donc à conférer à ce dernier un pouvoir de décision supérieur à celui des organisations de soutien, voir une forme de droit de veto, ce qui reviendrait à dénier le caractère essentiellement privé de l'ICANN²¹⁹.

B. Les recommandations de l'ATRT

Conformément aux dispositions de *l’Affirmation of Commitments*, un premier examen de la responsabilité et de la transparence de l'ICANN a été effectué en 2010. L'*Accountability and Transparency Review Team* (ATRT) a entre autres examiné les relations entre le Conseil d'administration de l'ICANN et le GAC. L'équipe a identifié une série de dysfonctionnements dans ces relations et a émis une série de recommandations en conséquence dans son rapport²²⁰.

Tout d'abord, l'ATRT relève que les statuts de l'ICANN ne définissent pas ce qui constitue l'avis du GAC. Les membres du GAC semblent penser que toute communication émanant du comité, y compris les lettres de son président et les comptes rendus de réunion, constitue un avis du GAC, entraînant l'obligation pour le CA d'expliquer les raisons pour lesquelles il ne le suivrait pas. Les membres du CA, quant à eux, ne partagent pas cette vision, particulièrement quand le GAC leur transmet, à défaut d'avoir pu atteindre un consensus, un

²¹⁸ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.244.

²¹⁹ WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, pp.17-18.

²²⁰ ACCOUNTABILITY & TRANSPARENCY REVIEW TEAM, « Final Recommendations », 31 décembre 2010, <<http://www.icann.org/en/reviews/affirmation/atrt-final-recommendations-31dec10-en.pdf>>, spéc. pp.29-39.

exposé des positions divergentes des membres du GAC. Dans ce cas, il leur est impossible de suivre partiellement l'avis sans provoquer des conflits et rivalités au sein du GAC. L'ATRTR recommande donc que le CA, en collaboration avec le GAC, clarifie la notion d'avis.

L'ATRTR souligne ensuite que, même si les statuts requièrent que le CA demande l'avis du GAC à chaque fois qu'il envisage une décision qui aurait des conséquences de politique publique, il n'existe aucun mécanisme formel pour introduire et enregistrer ces demandes. Dans les faits, il semble que le CA ne demande l'avis du GAC que s'il l'estime nécessaire. L'ATRTR recommande donc la mise en place d'un processus formel de notification au GAC et de publication en ligne des avis reçus. Ce processus doit prendre en compte le fait que l'avis du GAC peut prendre un certain temps à être établi, pour deux raisons. D'une part, certains membres du GAC doivent procéder à des consultations avec le gouvernement qu'ils représentent avant de pouvoir entamer les négociations avec les autres membres du GAC. D'autre part, le GAC lui-même ne se réunit en moyenne que trois fois par an.

Un autre problème examiné est la prise en considération de l'avis du GAC par le CA. Les membres du GAC se plaignent du manque de réaction explicite du CA et ont souvent l'impression qu'ils n'ont pas été suffisamment écoutés et qu'ils n'ont d'autre choix que de répéter leurs demandes à la prochaine occasion. L'ATRTR recommande l'établissement d'un processus déterminant les modalités de réponse du CA ainsi que les détails qu'il devra fournir s'il ne suit pas l'avis du GAC.

L'ATRTR recommande aussi d'impliquer le GAC plus tôt dans le processus de décision. L'équipe estime qu'il serait bénéfique que les organisations de soutien reçoivent l'avis du GAC le plus tôt possible. Ne plus avoir à attendre que la question ait été transmise au CA par l'organisation de soutien pour pouvoir requérir l'avis du GAC permettrait de réduire les délais de prise de décision. Cela permettrait aussi de diminuer les aller-retour entre le GAC et l'ICANN qui, selon l'ATRTR, n'ont été bénéfiques à personne dans les cas du « .xxx » et des nouveaux gTLD.

Enfin, l'ATRTR appelle le CA à encourager l'engagement des gouvernements dans le GAC, notamment en ce qui concerne les pays en voie de développement.

Ces recommandations ont été soumises au Conseil d'administration le 30 décembre 2010. Conformément à l'*Affirmation of Commitments*, le CA aurait dû prendre des mesures avant le 30 juin 2011. L'ATRT a publié, en juin 2011, un rapport sur l'action entreprise par le CA à la suite de ses recommandations. En ce qui concerne les recommandations liées au GAC, il constate que des discussions ont été entamées mais qu'il est probable que des décisions n'interviendront pas avant la fin de l'année 2011²²¹. Si les recommandations de l'ATRT sont suivies par le CA, il s'agirait d'un nouveau pas vers un plus grand pouvoir des États au sein de l'ICANN. La clarification de leur rôle et l'obligation faite au CA de demander leur avis et de répondre à leurs recommandations touchant aux politiques publiques apporterait un poids nouveau au GAC. Autoriser le GAC à donner son avis directement aux organisations de soutien serait également un pas vers un processus de décisions impliquant réellement toutes les parties prenantes. Mais, dans son rapport, l'ATRT ne va pas jusqu'à proposer que le GAC obtienne plus qu'un rôle consultatif dans ce processus. J. Weinberg estime d'ailleurs que les gouvernements ne sont peut-être pas prêts à sortir de ce rôle consultatif. En effet, si le GAC est impliqué au début du processus de décision, aux côtés des organisations de soutien, les gouvernements devront se plier aux règles de l'ICANN et accepter que leurs opinions ne prévalent pas toujours. Ce n'est qu'à cette condition que le GAC serait en mesure d'acquérir la crédibilité d'un participant au processus de décision ordinaire de l'ICANN²²².

Conférer un pouvoir de décision aux gouvernements en matière de gestion du DNS et des gTLD ne semble donc pas à l'ordre du jour. Pourtant, une autre solution à la relation dysfonctionnelle entre l'ICANN et le GAC serait la transformation de la première en organisation internationale classique. Il s'agirait d'un virage à cent-quatre-vingts degrés dans l'histoire de la gouvernance de l'Internet, marquée depuis toujours par son caractère essentiellement privé (cf. *infra*, partie III).

²²¹ ACCOUNTABILITY & TRANSPARENCY REVIEW TEAM, « Board Action on, and Implementation of, the ATRT Final Report », juin 2011, <<http://www.icann.org/en/accountability/atrt-report-25jun11-en.pdf>>, spéc. pp.39-56.

²²² WEINBERG, J., *op.cit.*, 2011, p.18.

Aux premières heures du *Domain Name System*, la matière des noms de domaine de premier niveau nationaux (*country-code Top-Level Domain* ou ccTLD) ne suscitait pas de grandes controverses. En effet, peu de pays étaient connectés à l'Internet et, partant, peu de pays ressentait le besoin de se voir attribuer un ccTLD. Le système mis en place par Jon Postel, au travers de l'IANA, pour déléguer les ccTLD était dès lors relativement informel. Cette manière de procéder fut abandonnée, lorsque, au fur et à mesure du développement de l'Internet, le potentiel socio-économique que pouvait représenter un ccTLD a été mesuré. Des conflits ont surgi, ce qui a entraîné la formalisation de la politique de délégation des ccTLD, aujourd'hui assurée par l'ICANN (**chapitre I**). L'évolution de l'Internet a aussi eu une incidence sur la gestion du ccTLD au niveau national : celle-ci n'est plus uniquement l'apanage d'entreprises privées, l'État intervient de plus en plus et justifie son action par la nature juridique particulière que revêt selon lui un ccTLD. Nous verrons qu'il n'y a pas de modèle uniforme quant à la gestion des ccTLD, différentes approches coexistent en Europe, avec une intervention étatique variable, du tout au rien (**chapitre II**).

Chapitre I – La délégation des noms de domaine nationaux

La politique de délégation des noms de domaine nationaux, au départ assez informelle et reposant sur des décisions de Jon Postel, a progressivement été encadrée par différents textes, afin de mettre fin aux conflits apparus avec l'expansion du réseau (**I**). Certaines questions suscitent cependant toujours la polémique (**II**).

I. Les principes

Les principes développés par Jon Postel sont encore largement utilisés aujourd'hui par l'ICANN (**A**). Le GAC a également publié des recommandations pour revendiquer la participation des gouvernements aux décisions concernant le ccTLD de leur pays (**B**).

A. De Jon Postel à l'ICANN

La procédure de délégation d'un ccTLD consiste, après réception et examen d'une requête officielle, en l'inclusion d'un nouveau TLD correspondant à un code de pays dans le fichier-zone racine et en la désignation de la personne responsable de l'administration de son registre. Quand on parle de « re-délégation », cela vise le changement de la personne à qui l'administration du registre avait été déléguée (cf. *infra*, point II, C).

Aux débuts de l'Internet, la division du réseau par États n'avait pas été envisagée. Celle-ci s'est toutefois rapidement imposée quand le réseau a acquis une envergure mondiale. Dans les discussions entourant la création de nouveaux TLD, Jon Postel faisait face à de nombreuses revendications d'extensions basées sur des frontières géographiques²²³. Les ccTLD ont dès lors vu le jour en 1985, deux ans après la mise sur pied du DNS. Pour éviter d'avoir à se prononcer sur la question éminemment politique de savoir si un territoire était effectivement un État ayant vocation à obtenir un ccTLD, Postel renvoyait à la liste de codes de pays contenue dans la norme ISO 3166-1 publiée par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et incorporée dans la RFC 920 en 1984²²⁴. L'utilisation de cette liste a suscité des controverses que nous aborderons au point II.

Le premier ccTLD, « .us » pour les États-Unis, fut créé et délégué en mars 1985. Il y eut deux autres délégations cette année-là, « .uk » pour le Royaume-Uni et « .il » pour Israël. De manière générale, dans les années 1980, les décisions de création et de délégation de ccTLD étaient prises par Jon Postel de manière informelle, sans accord écrit, et par consensus. La délégation d'un ccTLD était accordée à une « personne responsable », ce qui correspondait le plus souvent à la première personne, publique ou privée, qui en faisait la demande²²⁵, tant que certaines conditions de base, comme la présence sur le territoire symbolisé par le ccTLD et un équipement informatique adapté, étaient remplies. Cette manière informelle de procéder était un reflet de la nature fondamentalement privée et bénévole du réseau, car elle aboutissait le plus souvent à une délégation à une instance non gouvernementale, comme le département d'informatique d'une université. En Belgique, par exemple, jusqu'en 1999, l'attribution des noms de domaine « .be » se faisait dans le cadre de structures académiques, par le professeur

²²³ MUELLER, M., *op.cit.*, 2002, p.79.

²²⁴ POSTEL, J. ET REYNOLDS, J., « Domain Requirements », *RFC 920*, octobre 1984, p.1, <<http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc920.txt>>.

²²⁵ Jon Postel, cité par MUELLER, M., *op.cit.*, 2002, p.89.

Pierre Verbaeten de la KUL²²⁶. En cas de conflits, lorsque deux parties revendiquaient le même ccTLD, Postel encourageait le consensus et faisait pression pour que le différend soit réglé avant la délégation. Il menaçait par exemple de refuser de déléguer le ccTLD tant que les parties ne s'étaient pas accordées sur une solution²²⁷.

Les États, alors qu'ils considéraient la gestion des télécommunications comme une fraction de leur souveraineté, ne se sont pas intéressés aux délégations effectuées par Postel dans les années 1980. Au début des années 1990, l'Internet est devenu un phénomène mondial et l'attitude des gouvernements a changé. De plus en plus de pays comptaient des ordinateurs connectés au réseau. L'impact socio-économique des ccTLD est devenu évident et les demandes de délégation augmentèrent considérablement. Au milieu des années 1990, l'IANA avait délégué les ccTLD pour pratiquement tous les pays, y compris ceux avec un accès limité à l'Internet²²⁸. L'expansion de l'Internet a apporté une dose de contentieux à la délégation de ccTLD. Dans certains pays, des agences gouvernementales et des entités privées se disputaient entre elles le droit de se voir déléguer le ccTLD. Jon Postel décida alors d'explicitier la base sur laquelle fonder une décision de délégation, clarification qui a vu le jour en mars 1994 sous la forme de la RFC 1591²²⁹. Les prescriptions qu'elle contient sont assez sommaires. Tout d'abord, la RFC 1591 dispose qu'il doit y avoir un gestionnaire désigné pour superviser l'espace de nommage du ccTLD. Ce gestionnaire agit en tant que « trustee » à la fois pour la nation et la communauté globale de l'Internet. C'est en raison de cette qualité qu'il doit « agir équitablement » envers tous ceux qui demandent l'enregistrement d'un nom de domaine sous ce ccTLD et faire « un travail satisfaisant ». Les « parties intéressées de manière significative » dans le ccTLD doivent ainsi s'accorder sur le fait que la délégation est appropriée. De plus, la RFC 1591 assure que l'IANA respectera strictement la liste ISO 3166-1 car ce n'est pas son travail de « décider ce qui est et ce qui n'est pas un pays ». Si un conflit devait naître, l'IANA tenterait de « faire parvenir les parties en conflit à un accord entre elles et en général ne pas agir pour changer les choses à moins que les parties en conflit ne s'accordent sur ce point ». L'IANA n'interviendrait que dans le cas où le gestionnaire désigné se serait considérablement « mal conduit ». La RFC 1591 n'indique

²²⁶ CRUQUENAIRE, A., « Réforme du DNS : les perspectives belges dans le contexte international », *Revue Ubiquité*, mai 1999, n°2, p.106.

²²⁷ YU, P.K., « The origins of ccTLD policymaking », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, automne 2004, p. 391.

²²⁸ MUELLER, *op.cit.*, 2002, p.127.

²²⁹ POSTEL, J., « Domain Name Structure and Delegation », *RFC 1591*, mars 1994, <<http://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt?number=1591>>.

toutefois pas ce qui pourrait constituer pareille mauvaise conduite. Cette RFC a été décrite comme anachronique par M. Mueller car elle repose sur des critères vagues et des procédures toujours informelles, peu adaptées pour résoudre les conflits liés à l'allocation de ccTLD²³⁰. Après la publication de la RFC 1591, l'IANA a publié quelques « ccTLD News Memos », le plus souvent dans un but de communication. Le premier d'entre eux, néanmoins, concerne la relation entre les gestionnaires de ccTLD et les gouvernements nationaux. Il énonce que l'IANA « prend les souhaits des gouvernements de pays au sérieux et les prendra en grande considération dans toute discussion de transition »²³¹.

Le transfert de la fonction IANA vers l'ICANN n'a pas fondamentalement modifié ces principes de base. Le Livre blanc, appelant à la création d'une entité privée pour prendre en charge la gestion du DNS, déniait certes toute participation aux gouvernements nationaux et aux organisations intergouvernementales dans la gestion des noms et adresses Internet. Le Livre blanc concédait toutefois que les gouvernements avaient et continueraient à avoir l'autorité « de gérer ou d'établir des politiques pour leurs propres ccTLD »²³². L'ICANN publia, peu après sa création, un nouveau document en matière d'administration et de délégation de ccTLD, l'*ICP-1*, qui combine la RFC 1591 et le « ccTLD News Memo #1 » et qui réaffirme que les souhaits des gouvernements seront pris très au sérieux²³³.

B. Les principes du GAC

La matière des ccTLD est au centre des préoccupations du GAC, depuis sa création. Ses principes de fonctionnement, publiés en 1999, évoquent déjà cette matière. Le GAC y considère qu'un registre de ccTLD agit au nom des pouvoirs publics concernés, parmi lesquels les gouvernements qui ont la responsabilité ultime en matière de politique ayant trait à leur ccTLD, et ce conformément aux principes de la connectivité universelle de l'Internet²³⁴. L'année suivante, le GAC publia des principes spécifiques aux ccTLD, avec l'objectif d'institutionnaliser les relations entre les gouvernements nationaux, les gestionnaires de

²³⁰ MUELLER, *op.cit.*, 2002, p.126.

²³¹ IANA, « ccTLD News Memo #1 », 23 octobre 1997, § 2, <<http://www.iana.org/reports/1997/cctld-news-oct1997.html>>.

²³² UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, *op.cit.*, 10 juin 1998, p.31744.

²³³ ICANN, « ICP-1: Internet Domain Name System Structure and Delegation (ccTLD Administration and Delegation) », mai 1999, <<http://www.icann.org/en/icp/icp-1.htm>>.

²³⁴ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Operating Principles », 25 mai 1999, *op.cit.*, considérant 4.

ccTLD et l'ICANN²³⁵. Le GAC revendiquait notamment un rôle pour les gouvernements dans les procédures de délégation et de re-délégation (cf. *infra*). Ces principes ont été mis à jour en 2005²³⁶. Dans cette nouvelle version, le GAC insiste sur le principe de subsidiarité : il recommande que les politiques en matière de ccTLD soient établies au niveau local, conformément au droit national, à moins qu'il ne soit démontré que la question ait un impact global et nécessite d'être résolue dans un cadre international²³⁷.

Ces revendications ont trouvé un écho auprès du gouvernement américain. Le Département du Commerce a en effet reconnu, dans sa déclaration publiée en juin 2005 (cf. *supra*), que les gouvernements ont des préoccupations légitimes quant à la politique publique et à la souveraineté par rapport à la gestion de leur ccTLD. Le gouvernement américain s'engage d'ailleurs à travailler avec la communauté internationale pour aborder ces questions, tout en insistant sur le besoin fondamental d'assurer la sécurité et la stabilité du DNS²³⁸.

II. Les difficultés

Trois questions concernant la gestion des ccTLD présentent des difficultés : le respect aléatoire de la norme ISO 3166-1 (A), le caractère encore informel des relations entre l'ICANN et les registres de ccTLD (B) et les règles à appliquer aux procédures de re-délégation (C).

A. La norme ISO 3166-1

Pour apparaître dans l'ISO 3166-1, les noms et les codes doivent être enregistrés soit dans le « Bulletin de Terminologie Noms des pays » publié par les Nations Unies, soit dans

²³⁵ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains », 23 février 2000, <<http://www.icann.org/en/committees/gac/gac-ccldprinciples-23feb00.htm>>.

²³⁶ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains », 5 avril 2005, <https://gacweb.icann.org/download/attachments/1540115/ccTLD_Principles_0.pdf>.

²³⁷ *Ibid.*, § 1.2.

²³⁸ US DEPARTMENT OF COMMERCE, NTIA, « US principles on the Internet's Domain Name and Addressing System », 30 juin 2005, *op.cit.*

les « Codes des pays et des régions pour utilisation statistique » maintenus par la Division de statistique des Nations Unies²³⁹. À défaut d'être repris dans un de ces documents, le nom n'entrera pas dans l'ISO 3166-1. Il est important de souligner qu'il ne s'agit pas d'une liste d'États souverains mais d'un code international utilisé pour représenter des entités géographiques : le Sahara occidental, Gibraltar ou encore les DOM-TOM français sont par exemple aussi repris dans la liste²⁴⁰.

Figurer dans la norme ISO 3166-1 est en principe la condition *sine qua non* pour pouvoir prétendre à l'inclusion d'un ccTLD dans le fichier-zone racine. Cette règle ne prévoit pas d'exceptions ; pourtant, dans les faits, elle n'a pas toujours été scrupuleusement respectée. La Grande-Bretagne fut la première exception : sur la liste ISO 3166-1, cet État est associé au code « .gb », alors que c'est le ccTLD « .uk » qui fut délégué par Postel en 1985. En 1996, l'IANA a utilisé des codes ne figurant pas sur la liste officielle, mais réservés à l'époque par l'ISO aux services postaux²⁴¹ pour attribuer des ccTLD à l'île de l'Ascension (« .ac »), Guernesey (« .gg »), Jersey (« .je ») et l'île de Man (« .im »). Ces décisions furent examinées dans la RFC 3071 : son auteur estime que le cas « .uk » n'est pas une exception car ce ccTLD a été créé avant l'adoption de la norme ISO 3166-1 comme référence²⁴² mais qu'au contraire, les quatre autres cas sont des « erreurs » qui ne devraient pas servir de précédents²⁴³. L'auteur critique l'usage des codes réservés, qui ne figurent dans la norme officielle mais qui peuvent être demandés à l'ISO par toute personne souhaitant disposer d'un code pour l'exercice d'une activité spécifique. L'ICANN ou le candidat au ccTLD pourrait faire une telle demande à l'ISO. Cela aurait pour conséquence qu'il n'y aurait plus de détermination externe de ce qui constitue une entité ayant vocation à se voir attribuer un ccTLD. Il reviendrait à l'ICANN de déterminer elle-même quels candidats sont légitimes et assez stables pour être considérés comme des États, ce que le choix de la référence à l'ISO 3166-1 avait précisément pour but d'éviter²⁴⁴.

²³⁹ Qui peuvent être consultés à l'adresse suivante : <<http://unstats.un.org/unsd/methods/m49/m49alpha.htm>>.

²⁴⁰ DUMORTIER, F., *op.cit.*, p.155.

²⁴¹ YU, P.K., *op.cit.*, p. 391.

²⁴² Une justification technique est aussi avancée. L'extension « .gb » était déjà utilisée par le système d'adressage JANET, utilisé en Grande-Bretagne avant la généralisation du DNS, et il a semblé plus facile de réaliser la transition entre les systèmes en associant une nouvelle extension à la Grande-Bretagne (DUMORTIER, F., *op.cit.*, p.156).

²⁴³ KLENSIN, J., « Reflections on the DNS, RFC 1591, and Categories of Domains », *RFC 3071*, février 2001, p.6, <<http://www.ietf.org/rfc/rfc3071.txt>>.

²⁴⁴ *Id.*

De manière encore plus préoccupante, l'ICANN n'a pas toujours été neutre et objective, en accordant un ccTLD à des entités reprises seulement dans la liste des codes réservés et en le refusant à d'autres. Les cas de la Palestine²⁴⁵ et de l'Union européenne sont souvent comparés pour souligner que l'ICANN est parfois amenée, sous la pression des gouvernements, à prendre des décisions à connotation politique²⁴⁶.

Dans le cas de la Palestine, l'IANA et l'ICANN ont strictement observé la règle de la référence à la liste ISO 3166-1. Une première demande pour un ccTLD « .ps » avait été introduite en 1997. A l'époque, l'IANA rejeta la demande car aucun code n'était associé à la Palestine dans la liste officielle ISO 3166-1. Le fait que le code « .ps » figurait depuis 1996 sur une liste de réserve, au cas où il serait un jour inclus dans la liste officielle, ne fut pas pris en compte. En 1999, le « Territoire Palestinien Occupé » fut intégré dans la liste « Codes des pays et des régions pour utilisation statistique » par la Division de statistique de l'ONU et le code « .ps » fit par conséquent son entrée dans la liste officielle de l'ISO 3166-1. La candidature pour un ccTLD « .ps » fut renouvelée et cette fois-ci, l'ICANN n'avait plus de raison de s'y opposer : le ccTLD fut créé et délégué en mars 2000.

Le traitement de l'Union européenne fut tout à fait différent. Malgré sa taille et son importance économique, l'Union ne figurait pas non plus dans la liste officielle ISO 3166-1, qui ne reprend pas les entités supranationales, mais apparaissait seulement sur une liste de réserve. En mai 1999, la Commission européenne a demandé à l'ISO l'autorisation d'étendre l'élément de code réservé EU aux applications liées à l'Internet. La réponse favorable de l'ISO permettait, selon la Commission, « d'utiliser l'élément de code EU comme un identifiant de type ccTLD, conformément à la pratique normale de mise en œuvre de la liste ISO d'éléments de code réservés »²⁴⁷. Cette interprétation était démentie par le précédent palestinien. Pourtant, en septembre 2000, le Conseil d'administration de l'ICANN prit la décision d'approuver la délégation du ccTLD « .eu », en suivant l'interprétation de la

²⁴⁵ IANA, « IANA Report on Request for Delegation of the .ps Top-Level Domain », 22 mars 2000, <<http://www.icann.org/general/ps-report-22mar00.htm>>.

²⁴⁶ DUMORTIER, F., *op.cit.*, pp.156-158.

²⁴⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Système de noms de domaines Internet – Création du nom de domaine de premier niveau .EU », COM (2000) 421final, p.4, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0421:FIN:FR:PDF>>.

Commission²⁴⁸. L'action de l'Union européenne, notamment par l'intermédiaire du GAC²⁴⁹, fut donc couronnée de succès.

Au vu de ces décisions contradictoires, il ne fait désormais plus de doute que l'ICANN n'est pas qu'une organisation purement technique. Elle n'hésite plus à s'écarter de l'ISO 3166-1 et des règles établies par Jon Postel pour se prononcer sur la souveraineté des territoires qui lui demandent l'attribution d'un ccTLD. L'absence de règles de conduite claires en la matière est évidemment à déplorer car elle ouvre la voie à des décisions arbitraires et des traitements de faveur du Conseil d'administration.

B. Les relations entre l'ICANN et les registres de ccTLD

Les registres de ccTLD ont, dans leur grande majorité, été désignés de manière informelle par Jon Postel, sans qu'un contrat ne soit conclu avec l'IANA. L'ICANN a hérité de cette situation et une des tâches qu'elle devait accomplir dans la période de transition prévue par le MoU était justement de parvenir à des accords stables avec les registres de ccTLD²⁵⁰. Le Conseil d'administration décida ainsi le 25 septembre 2000 qu'il n'y aurait plus de délégation de nouveaux ccTLD sans la conclusion d'un contrat stable et approprié avec le registre du ccTLD, dans une forme approuvée par le CA²⁵¹. En ce qui concerne les ccTLD déjà délégués, la tâche était bien plus ardue. L'ICANN escomptait que les registres de ccTLD accepteraient de conclure des contrats par lesquels ils reconnaîtraient l'autorité de l'ICANN et accepteraient d'y contribuer financièrement, mais la société californienne buta sur une ferme opposition. Les registres de ccTLD remirent au contraire en question l'autorité de l'ICANN et critiquèrent son manque d'ouverture, de responsabilité et de représentation.

L'absence d'accords formels avec les administrateurs de ccTLD et les critiques de ces derniers furent examinées au cours de la réforme de l'ICANN en 2002 (cf. *supra*). Dans sa proposition de réforme, S. Lynn estimait que la solution à ce problème résidait dans une plus

²⁴⁸ ICANN, « Special Meeting of the Board Minutes », 25 septembre 2000, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-25sep00.htm>>.

²⁴⁹ MUELLER, *op.cit.*, 2010, p.244.

²⁵⁰ « Amendement 2 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding », 7 septembre 2000, §6, <<http://www.icann.org/en/general/amend2-jpamou-07sep00.htm>>

²⁵¹ ICANN, « Special Meeting of the Board Minutes », 25 septembre 2000, <<http://www.icann.org/en/minutes/minutes-25sep00.htm>>.

grande implication des gouvernements, à même de créer un environnement favorable à des accords entre l'ICANN et les registres de ccTLD. A côté de l'ascension du GAC, la réforme de 2002 a également abouti à la création d'une nouvelle organisation de soutien spécifique aux ccTLD, la ccNSO. Auparavant, les politiques en matière de gTLD et ccTLD étaient élaborées au sein de la même organisation de soutien, la DNSO (*Domain Name Supporting Organization*).

La ccNSO, composée d'administrateurs de ccTLD qui ont accepté d'en faire partie, est notamment chargée de développer des politiques globales en matière de ccTLD et de favoriser le consensus de membres²⁵². La ccNSO fut ainsi impliquée dans la négociation de l'*Accountability Framework*²⁵³, publié en 2006, qui est la dernière stratégie mise en œuvre par l'ICANN en vue de formaliser et d'établir les obligations de l'ICANN et des registres de ccTLD. Ce document prévoit la reconnaissance mutuelle des parties, leur engagement à accomplir leurs missions dans le respect de la stabilité du réseau, des mécanismes de résolution des conflits et la fixation d'une contribution financière annuelle du registre du ccTLD à l'ICANN. La formalisation peut se réaliser par deux mécanismes : soit par la signature de l'*Accountability Framework* lui-même, soit par un échange de lettres entre l'ICANN et le gestionnaire du ccTLD, constatant l'engagement d'une manière moins formelle et plus flexible. Dans le cas de la Belgique, des lettres de ce type ont été échangées entre le registre du domaine « .be » (DNS BE) et l'ICANN²⁵⁴. A ce jour, plus de 60 registres de ccTLD ont emprunté l'une de ces deux voies²⁵⁵.

Il n'en reste pas moins que le rôle de l'ICANN en matière de ccTLD reste contesté. Le paragraphe 63 de l'Agenda de Tunis recommandait d'ailleurs que les pays n'interviennent pas dans des « *décisions relatives au domaine de premier niveau correspondant au code de pays (ccTLD) d'un autre pays* ». Il ajoute que « *les intérêts légitimes nationaux, tels qu'ils sont exprimés et définis par chaque pays, de diverses manières, en ce qui concerne les décisions relatives à leurs ccTLD doivent être respectés, défendus et traités dans un cadre et au moyen de mécanismes souples et améliorés* ». Le paragraphe 63 rejette l'idée selon laquelle les pays

²⁵² ICANN, « Bylaws », 24 juin 2011, *op.cit.*, article IX, section 1.

²⁵³ ICANN, « Accountability Framework », 12 février 2006, <<http://www.icann.org/cctlds/accountability-framework-12feb06.pdf>>.

²⁵⁴ « Belgium-ICANN Exchange of Letters », 21 décembre 2006, <<http://www.icann.org/en/cctlds/be/be-icann-letters-21dec06.pdf>>.

²⁵⁵ Voir la liste des accords de l'ICANN en matière de ccTLD à l'adresse suivante : <<http://www.icann.org/en/cctlds/agreements.html>>.

devraient gérer leurs ccTLD tout en étant soumis à une éventuelle intervention d'un autre pays. C'est donc clairement le modèle de l'ICANN, dominé par les États-Unis, qui est rejeté par les participants du SMSI²⁵⁶.

C. Les re-délégations

La re-délégation d'un ccTLD vise le changement de la personne responsable de l'administration du registre de ce ccTLD. L'*ICP-1*, qui a repris les principes développés dans la RFC 1591, prévoit deux procédures de re-délégation²⁵⁷. La première repose sur l'accord de l'ancien et du nouveau délégué et requiert de ces derniers qu'ils envoient des communications à l'ICANN lui assurant que la re-délégation est mutuellement consentie et que le nouveau délégué comprend les responsabilités qui vont lui incomber. Les parties qui pourraient être concernées par le transfert sont également invitées à prendre contact avec l'ICANN. Si un conflit surgit autour de la re-délégation, l'ICANN prévoit de jouer un rôle de conciliateur pour faire en sorte que les parties arrivent à un accord. L'ICANN ne tranchera le différend qu'au cas où aucun accord n'a pu être atteint. La deuxième découle du droit que l'ICANN se réserve de révoquer une délégation et de procéder à une re-délégation dans les cas de « mauvaise conduite », de violation des dispositions de l'*ICP-1* et de la RFC 1591 ou de problèmes persistant dans l'opération du domaine.

Les gouvernements se sentent évidemment concernés par le changement de la personne en charge du ccTLD représentant leur pays. L'*ICP-1* prévoit que les souhaits des gouvernements seront pris au sérieux. C'est dans cette optique que les principes publiés par le GAC en 2000 recommandaient une participation active des gouvernements dans les procédures de re-délégation de leur ccTLD national. Les principes prévoyaient que la re-délégation pouvait intervenir à l'initiative du gouvernement et opéraient une distinction selon qu'il existait ou non un contrat entre le gouvernement et le délégué. Dans le premier cas, le gouvernement devait démontrer que le délégué avait enfreint les règles contenues dans le contrat ou que le contrat était arrivé à terme. Dans le second, le gouvernement devait prouver que son soutien et celui de la communauté locale concernée faisaient défaut au délégué ou que celui-ci n'avait pas respecté les dispositions de la RFC 1591. Dans les deux cas, si le

²⁵⁶ MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.77.

²⁵⁷ ICANN, « ICP-1: Internet Domain Name System Structure and Delegation (ccTLD Administration and Delegation) », *op.cit.*, (e) et (f).

gouvernement apportait la preuve demandée, le GAC recommandait que l'ICANN réassigne promptement le ccTLD, en coopération avec le gouvernement²⁵⁸. La coopération avec le gouvernement était aussi recommandée quand la re-délégation intervenait à l'initiative de l'ICANN²⁵⁹. Dans la nouvelle version de ces principes, publiée en 2005, le GAC ne fait plus de distinction. Il est désormais recommandé que la re-délégation, qui est une question nationale, soit résolue au niveau national et conformément au droit national, en prenant en compte les vues des parties prenantes locales et les droits du registre du ccTLD. Ce n'est qu'une fois qu'une décision finale formelle a été atteinte au niveau national que l'ICANN est invitée à initier le processus de re-délégation, en se basant sur les instructions contenues dans la décision nationale²⁶⁰. Le GAC prévoit également des procédures spécifiques dans des cas où le droit national ne s'applique pas au registre en charge du ccTLD du pays²⁶¹.

Les demandes de re-délégation ont parfois été utilisées comme moyen détourné d'obtenir la formalisation de la relation du registre du ccTLD avec l'ICANN : celle-ci a en effet déjà subordonné la délégation de l'entière autorité du domaine au nouveau registre à la condition qu'il conclue un contrat avec l'ICANN. Ce fut notamment le cas pour la re-délégation des ccTLD « .au » (Australie) et « .jp » (Japon) et les contrats conclus à cette occasion sont toujours en vigueur aujourd'hui²⁶². Le champ d'application de la résolution du 25 septembre 2000, concernant la création de nouveaux ccTLD, semble donc avoir été étendu *de facto* aux cas de re-délégation²⁶³.

La matière des re-délégations fut également l'occasion pour le gouvernement américain de démontrer qu'il était en mesure d'apporter unilatéralement des changements au fichier-zone racine. En effet, en octobre 2001, le gouvernement américain procéda lui-même à la re-délégation du ccTLD « .us », sans passer par l'ICANN et sans respecter les dispositions de l'*ICP-1*. Il informa l'ICANN, qui se trouva alors face à une alternative : soit accepter la re-délégation, soit créer une situation dans laquelle il y aurait des informations incohérentes dans

²⁵⁸ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains », 23 février 2000, *op.cit.*, § 7.1 et 7.2.

²⁵⁹ *Ibid.*, § 7.3.

²⁶⁰ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains », 5 avril 2005, *op.cit.*, § 7.1.

²⁶¹ *Ibid.*, § 7.2.1 à 7.2.3.

²⁶² « .au Sponsorship Agreement », 25 octobre 2001, <<http://www.icann.org/en/cctlds/au/>> et « .jp Sponsorship Agreement », 27 février 2002, <<http://www.icann.org/en/cctlds/jp/>>.

²⁶³ VON ARX, K., ET HAGEN, G., « Sovereign Domains – A Declaration of Independence of ccTLDs from Foreign Control », *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IX, n°1, automne 2002, p.17.

ses bases de données²⁶⁴. Cela signifie donc que le gouvernement américain, par l'intermédiaire de Verisign, avait procédé lui-même à l'édition du fichier-zone racine. L'ICANN ne s'opposa pas à la re-délégation, étant donné sa mission d'assurer la stabilité du DNS. Ce précédent est un motif d'inquiétude pour les autres États, notamment ceux dont les relations avec les États-Unis ne sont pas au beau fixe. En théorie, le DoC pourrait utiliser son autorité pour procéder à la suppression d'un ccTLD du fichier-zone racine et pour ainsi rendre inaccessibles toutes les adresses enregistrées sous ce ccTLD²⁶⁵. M. Froomkin tempère toutefois ces inquiétudes car ce précédent unique concerne le ccTLD américain et le GAC lui-même reconnaît que les ccTLD doivent être principalement gérés au niveau local. Rien ne dit que le gouvernement américain oserait agir de la sorte avec un autre TLD²⁶⁶.

²⁶⁴ ICANN, « Redlegation of .us Country-Code Top-Level Domain », 19 novembre 2001, <<http://www.icann.org/en/announcements/announcement-19nov01.htm>>.

²⁶⁵ SONBUCHNER, S., *op.cit.*, p.203.

²⁶⁶ FROMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.205.

Chapitre II – L'intervention de l'État dans la gestion de son ccTLD

Les gouvernements ne se limitent pas à réclamer un droit de regard sur la désignation de la personne responsable de l'administration de leur ccTLD national. Ils interviennent également dans sa gestion au niveau national, à des degrés divers selon les États. Les formes que prend cette intervention sont en effet assez variées (II) tandis que les justifications invoquées à l'appui de l'action étatique sont souvent similaires (I).

I. Les justifications de cette intervention

L'intervention des États dans leur ccTLD n'est pas innocente : l'extension nationale est vue comme un moyen d'établir la juridiction étatique sur le réseau. Selon M. Mueller, les gouvernements voudraient appliquer au DNS la configuration traditionnelle du monde physique, celle d'un monde divisé en territoires mutuellement exclusifs et contrôlés par des gouvernements souverains. Les noms de domaine nationaux étaient le point de départ le plus direct et le plus évident de cette vision. Si les gouvernements nationaux parvenaient à affirmer leur souveraineté sur leur ccTLD, ils pourraient être en mesure de traduire leur juridiction territoriale dans le cyberspace et dès lors disposer d'un rôle plus significatif dans la gouvernance de l'Internet²⁶⁷.

Par conséquent, le GAC a, dès sa première réunion, posé le principe selon lequel le DNS est une ressource publique qui doit être gérée dans l'intérêt de la communauté globale de l'Internet²⁶⁸. Les gouvernements, observe le GAC dans ses principes spécifiques aux ccTLD, sont les représentants des intérêts des habitants du pays ou territoire pour lequel le ccTLD a été délégué. Le GAC en déduit que c'est à eux que revient la tâche d'assurer que le ccTLD est administré dans l'intérêt public. Il estime également que les gouvernements ont la responsabilité de protéger des « objectifs de politique publique » dans la gestion du ccTLD, tels que des pratiques transparentes, non discriminatoires et concurrentielles, l'égalité des usagers, le respect de la vie privée ou encore la protection des consommateurs. En raison de ces obligations, le GAC estime que la responsabilité ultime en matière d'élaboration de

²⁶⁷ MUELLER, M, *op.cit.*, 2002, p.205.

²⁶⁸ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Operating Principles », 2010, *op.cit.*, considérant 1.

politiques applicables aux ccTLD revient aux gouvernements²⁶⁹. Le GAC assimile ainsi la gestion des ccTLD à une forme de « service public » pour légitimer l'intervention des pouvoirs publics.

De manière plus anecdotique, le gouvernement peut aussi justifier son intervention par la nécessité d'affecter les revenus importants générés par l'enregistrement sous son ccTLD à la réalisation d'objectifs d'intérêt général. Certains États se sont en effet vu attribuer une extension qui renvoie non seulement au code du pays dans la norme ISO 3166-1 mais qui correspond également à l'abréviation courante d'un domaine d'activités. Le ccTLD présente donc aussi un intérêt pour des personnes extérieures à l'État, comme s'il s'agissait d'un gTLD²⁷⁰. Rappelons que jusqu'en 2011, l'ajout de nouveaux gTLD était rare et strictement réglementé par l'ICANN (cf. *supra*). Détourner un ccTLD de sa fonction première permettait de contourner cette réalité. Le cas des îles Tuvalu est célèbre : ce micro-État du Pacifique s'est vu attribuer l'extension « tv », qui est très populaire car elle correspond aussi à l'abréviation de « télévision » dans de nombreux langages. En 2000, le gouvernement des îles Tuvalu a cédé la gestion de son ccTLD pour 12 ans à une filiale de Versign, contre des dizaines de millions de dollars²⁷¹. Cela aurait notamment permis au gouvernement de financer l'adhésion des îles Tuvalu à l'ONU, dont elles sont devenues le 189^e membre en septembre 2000²⁷².

II. Les formes de cette intervention

L'intervention de l'État dans la matière des ccTLD peut prendre deux formes. Elle peut d'une part s'opérer « en amont » lorsque le gouvernement contrôle l'administration du ccTLD (A). D'autre part, l'État peut également édicter des règles spécifiques pour régler des conflits qui toucheraient le ccTLD « en aval » (B).

²⁶⁹ GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE, « Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains », 23 février 2000, *op.cit.*, § 5.1 et 5.2

²⁷⁰ MUELLER, M., *op.cit.*, 2002, p.244.

²⁷¹ YU, P.K., *op.cit.*, p. 403.

²⁷² LE MIRE, O., « Le nommage est-il une activité de service public ? », mémoire du DESS Droit de l'Internet : administration-entreprises, Université de Paris I, 2003, disponible sur <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplome_droit_internet/02-03_Le_Mire_Memoire_final.pdf>, p.7.

A. « *En amont* »

L'OCDE a réalisé en 2006 une étude sur l'évolution de la gestion des ccTLD²⁷³. Dans son rapport, elle observe que le statut des registres de ccTLD diffère d'un pays à l'autre, en partie par choix, en partie pour des raisons historiques. Une tendance est toutefois identifiée : l'intérêt et l'engagement croissants des gouvernements à l'égard de la gestion de leur ccTLD national. « Beaucoup de parties ont reconnu que les ccTLD doivent être gérés dans l'intérêt de la communauté locale et en conformité avec la législation locale et/ou régionale » constate l'OCDE, en visant l'Agenda de Tunis et la déclaration du DoC du 30 juin 2005. Il n'y a toutefois pas de réponse unique à la question de savoir comment mettre en œuvre l'autorité des gouvernements sur leur ccTLD. L'OCDE a relevé toute une série de pratiques, formelles ou informelles. La relation est formelle lorsque le registre du ccTLD est un organisme public mais aussi lorsque, via une déclaration des intéressés, un contrat ou l'adoption d'une législation, les modalités d'exercice de l'autorité publique sont déterminées. Le rôle du gouvernement est par contre considéré comme informel quand il se contente d'agir comme observateur ou conseiller.

Les conclusions de l'OCDE concordent avec les résultats d'une précédente étude réalisée en 2004 par M. Geist à propos des relations de 66 gouvernements avec leurs ccTLD. M. Geist était arrivé à la conclusion que dans plus de 40 % des cas étudiés, le gouvernement était profondément impliqué dans la gestion du ccTLD et détenait le contrôle ultime de celui-ci²⁷⁴. Il identifiait quatre formes de participation gouvernementale : la gestion du ccTLD dans le cadre d'un ministère ou d'une agence gouvernementale, l'établissement par le gouvernement d'une agence spécialisée ou d'une filiale pour gérer le ccTLD, la promulgation de lois conférant au gouvernement l'autorité finale sur le ccTLD et la conclusion d'un contrat avec le gestionnaire privé du ccTLD pour faire reconnaître à ce dernier l'autorité finale du gouvernement sur le ccTLD.

Quelques exemples d'États européens permettent d'illustrer ces résultats.

²⁷³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « Évolution de la gestion des noms de domaine de premier niveau de code de pays », rapport DSTI/ICCP/TISP(2006)6/FINAL, 30 janvier 2007, <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/TISP\(2006\)6/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/TISP(2006)6/FINAL&docLanguage=Fr)>.

²⁷⁴ GEIST, M, « Governments And Country-Code Top Level Domains: A Global Survey », février 2004, <[http://www.michaelgeist.ca/resc/Governments%20And%20Country-Code%20Top%20Level%20Domains%20\(V.2\).pdf](http://www.michaelgeist.ca/resc/Governments%20And%20Country-Code%20Top%20Level%20Domains%20(V.2).pdf)>, p.4.

La gestion du ccTLD par un organisme public est plutôt rare en Europe. La Finlande fait figure d'exception : le registre responsable du ccTLD « .fi » est une agence gouvernementale, FICORA (*Finnish Communications Regulatory Authority*), qui est responsable depuis 1997 de l'administration des communications au sein du ministère finlandais des Transports et des Communications²⁷⁵.

Des formes de « partenariats public-privé » sont plus répandues²⁷⁶. La Norvège peut être citée comme exemple en la matière. Le modèle complexe choisi pour la gestion du ccTLD « .no »²⁷⁷ a en effet été décrit comme permettant d'intégrer « le meilleur des deux mondes », en combinant les avantages des secteurs public et privé²⁷⁸. Dans ce modèle, les principes généraux applicables à l'enregistrement des noms de domaine – comme la transparence et la non-discrimination – sont déterminés par un règlement du gouvernement norvégien tandis que les conditions d'enregistrement détaillées sont établies par le registre Norid, un organisme sans but lucratif. Avoir accordé une base réglementaire à ces principes permet d'assurer qu'ils ne seront pas facilement modifiés. En revanche, les modalités de l'enregistrement sont fixées par Norid, après consultation de la communauté Internet norvégienne, au moyen de contrats de droit privé plus flexibles qu'un règlement. Cela signifie qu'elles peuvent être facilement adaptées aux besoins changeants des utilisateurs. Ce modèle permet donc de réaliser un compromis entre réglementation étatique et autorégulation par les acteurs du réseau.

Un exemple de relation informelle, selon les termes de l'OCDE, peut être trouvé dans le modèle de gestion du ccTLD britannique « .uk ». Au Royaume-Uni, le registre Nominet est une association sans but lucratif indépendante de l'État. Toutefois, Nominet travaille avec le BIS (*Department for Business, Innovation and Skills*), le département du gouvernement chargé du commerce et de la science, à qui revient par exemple la tâche d'examiner comment transposer les directives européennes touchant à l'Internet. La collaboration profite tant au BIS qu'à Nominet. D'une part, le BIS a besoin d'être assuré que Nominet gère le ccTLD de manière appropriée car le commerce électronique dépend de la stabilité du DNS. D'autre part,

²⁷⁵ BING, J. et BYGRAVE, L., *Internet Governance – Infrastructures and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009., p.158.

²⁷⁶ CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., « New Governance, the Internet, and Country Code Top-Level Domains in Europe », *Governance : An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 22, n°4, octobre 2009, pp. 610-617.

²⁷⁷ Pour un exposé détaillé de ce modèle, voyez : <<http://www.norid.no/regelverk/rammer/forvaltningsmodell.en.html>>.

²⁷⁸ BING, J. et BYGRAVE, L., *op.cit.*, p. 184.

Nominet a besoin d'être tenue informée de l'évolution du cadre législatif et réglementaire des questions liées à l'Internet²⁷⁹. Le gouvernement britannique, à côté d'autres parties prenantes, est également invité à participer au développement des politiques de Nominet, en proposant des questions et en ayant la possibilité de commenter les projets au cours du processus²⁸⁰.

B. « En aval »

Les États sont également en mesure d'intervenir « en aval », soit au moyen de l'adoption de règles spécifiques aux noms de domaine, soit via le droit commun des contrats et des obligations.

Le législateur belge est par exemple intervenu dans la problématique du *cybersquatting*, en adoptant la loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine²⁸¹. Cette loi prévoit une nouvelle procédure de cessation au profit des personnes qui s'estiment lésées par l'enregistrement abusif d'un nom de domaine, qui est défini comme « *le fait de faire enregistrer, par une instance agréée officiellement à cet effet, par le truchement ou non d'un intermédiaire, sans avoir ni droit ni intérêt légitime à l'égard de celui-ci et dans le but de nuire à un tiers ou d'en tirer indûment profit, un nom de domaine qui soit est identique, soit ressemble au point de créer un risque de confusion, notamment, à une marque, à une indication géographique ou une appellation d'origine, à un nom commercial, à une œuvre originale, à une dénomination sociale ou dénomination d'une association, à un nom patronymique ou à un nom d'entité géographique appartenant à autrui* »²⁸². La loi s'applique aux noms de domaine enregistrés soit par une personne ayant son domicile ou son établissement en Belgique, soit sous le domaine « .be ». L'action en cessation peut être portée devant le président du Tribunal de première instance ou, le cas échéant, devant le président du Tribunal de commerce, par toute personne qui justifie d'un intérêt légitime à l'égard du nom de domaine concerné et qui peut faire valoir d'un droit sur l'un des signes distinctifs précités. Le président peut ordonner la cessation de l'enregistrement abusif mais aussi la radiation ou le transfert du nom de domaine à la personne qu'il désigne.

²⁷⁹ BING, J. et BYGRAVE, L., *op.cit.*, p.203.

²⁸⁰ Pour plus de détails, voyez : <<http://www.nominet.org.uk/policy/process>>. Ce processus a remplacé en mai 2010 le comité consultatif PAB (*Policy Advisory Body*), qui regroupait les différentes parties prenantes, dont des membres du gouvernement (voyez <<http://www.nominet.org.uk/policy/pab/>>).

²⁸¹ L. du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine, *M.B.*, 9 septembre 2003, p.45225.

²⁸² *Ibid.*, art.4, al.2.

La loi du 26 juin 2003 a été adoptée alors que des procédures alternatives étaient déjà en place pour traiter ce type de conflit, tant en matière de domaines génériques (*UDRP*, cf. *supra*) que du domaine « .be ». Le registre du « .be », l'a.s.b.l. DNS.be a en effet élaboré, avec l'aide du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), une procédure largement inspirée de l'*UDRP*²⁸³. Ces procédures connaissent un grand succès car elles sont rapides et efficaces, l'exécution forcée de la décision étant assurée par la complète maîtrise technique de l'ICANN et de DNS.be sur le système d'attribution des noms de domaine concernés²⁸⁴. Interrogé dès lors sur l'opportunité de l'introduction d'une procédure judiciaire aux objectifs et effets similaires, le Ministre compétent répondait qu'il serait « inadmissible que l'État renonce à son droit de rendre la justice, et ce, au seul bénéfice d'institutions d'arbitrage privées »²⁸⁵ car « cela ouvrirait la porte à l'autorégulation avec toutes les conséquences et les risques de contestation qu'elle comporterait »²⁸⁶. Cette affirmation illustre la volonté du gouvernement belge, étranger à la gestion en amont du « .be », d'intervenir coûte que coûte dans la matière des noms de domaine, même au prix d'une loi jugée peu utile et décevante²⁸⁷.

Dans une perspective plus générale, il faut souligner que le DNS consiste en un réseau de contrats, dont les obligations sont interprétées selon les règles du droit national des contrats et du droit international privé²⁸⁸. Les contrats qui forment la base juridique de la gestion du DNS ne sont ainsi pas exempts de l'application de règles d'origine étatique. Le DNS n'est pas un ordre juridique parallèle, ni une zone de non-droit. De même, les tribunaux étatiques peuvent toujours fournir un remède ultime pour la résolution de conflits entre parties²⁸⁹, notamment entre titulaires de marque déposée et de nom de domaine, lorsque le demandeur souhaite réclamer des dommages et intérêts²⁹⁰.

²⁸³ Les lignes directrices pour la résolution des litiges sont exposées au §10 des « Conditions d'enregistrement des noms de domaine sous le domaine « .be » opéré par DNS.be », version 5.0, 14 mai 2011, <http://www.dns.be/library/documents/312_enduser_terms_and_conditions_fr_v50.pdf>. La procédure a été exposée par le CEPANI dans son « Règlement pour la résolution des litiges concernant les noms de domaine », <<http://www.cepani.be/upload/files/nomdedomaine-reglement-2011.pdf>>.

²⁸⁴ CRUQUENAIRE, A., « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine : et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, p.546.

²⁸⁵ Projet de loi relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine, Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par M. Dehu, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n°1069/005, p.7.

²⁸⁶ Projet de loi relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine, Rapport fait au nom de la Commission des finances et des affaires économiques par M. de Clippele, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n°1519/2, p.5.

²⁸⁷ CRUQUENAIRE, A., *op.cit.*, 2004, pp.551-552.

²⁸⁸ MIFSUD BONNICI, J., *op.cit.*, p.109.

²⁸⁹ RIJGERSBERG, *op.cit.*, 2010, p.95.

²⁹⁰ MIFSUD BONNICI, J., *op.cit.*, p.109.

PARTIE III – PISTES POUR CONFÉRER UN POUVOIR DE RÉGLEMENTATION AUX ÉTATS SUR LES NOMS DE DOMAINE DE PREMIER NIVEAU

L'Internet s'est développé en dehors du giron étatique, au sein d'une communauté d'ingénieurs qui édictaient eux-mêmes les protocoles et les règles applicables au réseau. Aujourd'hui, les États ne sont plus indifférents à cette réalité. Nous l'avons vu *supra*, tant en matière de gTLD que de ccTLD, les gouvernements nationaux estiment que le pouvoir de réglementer les noms de domaine leur revient, au moins en ce qui concerne les politiques publiques. Ces revendications étatiques ont mené à l'augmentation des pouvoirs du GAC et à une plus grande implication des autorités publiques dans la gestion de leur ccTLD au niveau national.

Il a été avancé que l'augmentation des pouvoirs dévolus aux gouvernements était le signe de l'échec de la privatisation du DNS et de l'objectif d'autorégulation par les différentes parties prenantes du réseau. Désormais il n'est plus inconcevable d'imaginer le retour, dans une certaine mesure, de l'État dans la production de normes contraignantes applicables à l'Internet. Deux voies pourraient être empruntées pour conférer aux acteurs publics un véritable pouvoir de réglementation sur le DNS. La première consisterait à transformer l'ICANN elle-même en organisation internationale classique ou à transférer l'élaboration des politiques d'intérêt général à une nouvelle organisation intergouvernementale. Un tel changement serait une révolution sans précédent depuis la création de l'ICANN (**chapitre I**). La seconde voie n'impliquerait pas un tel revirement par rapport au modèle de gouvernance multi-parties prenantes qui caractérise l'ICANN, du moins en ce qui concerne les gTLD. Il s'agirait de nationaliser tous les ccTLD en procédant à des re-délégations de l'administration de leur registre, au profit d'organismes publics. Les gouvernements, registres des ccTLD, seraient alors face à une alternative : ils auraient le choix de participer aux processus d'élaboration des décisions de l'ICANN en cette qualité ou bien de demander que la matière des ccTLD soit transférée de l'ICANN à une nouvelle organisation internationale (**chapitre II**).

Chapitre I – La mutation de l’ICANN en organisation intergouvernementale

Déterminer la nature publique ou privée de l’ICANN est, au vu de ce qui a été exposé tout au long de cette étude, loin d’être une sinécure. Formellement, il s’agit d’une entité privée sans but lucratif, soumise au droit californien. Toutefois, les gouvernements, et particulièrement le gouvernement américain, entretiennent une relation particulière, parfois tendue, avec l’ICANN, relation qui a évolué avec le temps vers une immixtion de plus en plus prononcée des autorités publiques dans le processus de contrôle et, dans une moindre mesure, dans le processus de prise de décision de l’ICANN. Le GAC est désormais bien plus qu’un comité strictement consultatif, ce qui laisse penser que la privatisation du DNS a échoué. Cette constatation est renforcée par le refus du gouvernement américain de renoncer à ses pouvoirs historiques sur la racine.

Il n’est dès lors pas déraisonnable de s’interroger sur l’évolution des pouvoirs du GAC : pave-t-elle la voie vers une mutation de l’ICANN en une organisation intergouvernementale classique ? Cette transformation permettrait de conférer à l’ICANN une légitimité démocratique (I). Plusieurs options sont envisageables quant à la forme que devrait revêtir cette prise de contrôle gouvernementale (II). Certains éléments, tenant à la nature de la mission de l’ICANN et aux pouvoirs du Département américain du Commerce sur le DNS, constituent cependant de sérieux obstacles à cette évolution (III).

I. Le problème de légitimité de l’ICANN

Le principal argument en faveur de la transformation de l’ICANN en organisation intergouvernementale tient à son manque de légitimité démocratique. Il ne fait plus de doute aujourd’hui que l’ICANN n’est pas qu’une organisation de coordination purement technique. La société californienne, au cours de ses treize années d’existence, a été plus d’une fois amenée à prendre des décisions à connotation politique pour accomplir sa mission : on pense notamment à sa décision de libéraliser l’enregistrement des gTLD, aux préoccupations liées à la signification de ces nouveaux gTLD, à sa politique en matière de respect de la propriété intellectuelle – l’UDRP et aux conflits en matière de délégation et re-délégation de ccTLD. Selon H. Klein et M. Mueller, les activités de régulation et de supervision de l’ICANN

constituent une « politique publique globale », une tâche qui relève habituellement d'entités gouvernementales ou intergouvernementales²⁹¹. Cette situation est critiquée car la représentation démocratique, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits fondamentaux font défaut dans l'organisation actuelle de l'ICANN. Une expérience avait été menée en 2000 pour faire élire directement cinq administrateurs par la communauté des internautes au moyen d'un scrutin tenu en ligne : l'idée fut abandonnée au vu des faibles taux de participation²⁹². En ce qui concerne la séparation des pouvoirs, R. Rijgersberg estime que l'ICANN cumule pouvoirs législatif et exécutif, en ce que les règles qu'elle produit sont appliquées par des registres qu'elle choisit elle-même et qui n'ont aucune latitude pour s'écarter de ces règles²⁹³. Des inquiétudes sont aussi exprimées autour de la protection de certains droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, que l'ICANN restreint indirectement en limitant l'usage des noms de domaine correspondant à des marques déposées²⁹⁴, et le respect de la vie privée, notamment en ce qui concerne le service WHOIS.

Dans la configuration actuelle de l'ICANN, deux processus parallèles d'élaboration des politiques se sont mis en place : le premier au sein des organisations de soutien, le second au sein du GAC. Ces processus sont totalement indépendants : les réunions du GAC ne sont pas ouvertes aux représentants de la GNSO et la ccNSO, au sein desquelles le GAC ne dispose que d'agents de liaison sans droit de vote. M. Mueller estime que ce système emporte le « pire des deux mondes »²⁹⁵. D'une part, les gouvernements, qui n'ont qu'un rôle consultatif auprès d'une société privée, sont libérés des contraintes habituellement applicables en cas de négociation de traités internationaux. L'avis du GAC n'est en effet pas soumis à la ratification des parlements nationaux et il n'y a aucun moyen de contrôler sa conformité à une constitution nationale. D'autre part, le Conseil d'administration n'a pas établi de critères clairs quant à l'attitude à adopter lorsque la proposition émanant des organisations de soutien et l'avis du GAC sont contradictoires : il peut choisir arbitrairement entre l'un ou l'autre, ce qui est un grand facteur d'instabilité selon M. Mueller.

²⁹¹ KLEIN, H., ET MUELLER, M., « What to Do about ICANN: A Proposal for Structural Reform », Concept Paper by the Internet Governance Project, 5 avril 2005, <<http://www.internetgovernance.org/pdf/igp-icannreform.pdf>>, p.2.

²⁹² PALFREY, J., « The End of the Experiment: How ICANN's Foray into Global Internet Democracy Failed », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol.17, n°2, printemps 2004, pp.446-450.

²⁹³ RIJGERSBERG, *op.cit.*, 2010, pp.80-81.

²⁹⁴ KLEIN, H., ET MUELLER, M., *op.cit.*, p.2.

²⁹⁵ MUELLER, M., *op.cit.*, 2010, p.243.

II. Formes de la prise de contrôle gouvernementale

Plusieurs solutions conférant plus de pouvoirs aux gouvernements ont été envisagées pour résoudre les problèmes évoqués ci-dessus.

Une première approche consisterait à accorder aux représentants des gouvernements un statut égal à celui des autres parties prenantes. Le GAC serait supprimé et ses membres intégrés au sein des organisations de soutien. Cette solution permettrait aux gouvernements de négocier directement avec les autres parties prenantes du réseau pour défendre leurs propres intérêts. Actuellement, les membres du GAC doivent s'accorder sur une position consensuelle s'ils veulent que leur avis soit pris en compte par le Conseil d'administration. Être investi dès le départ dans le processus de décision permettrait peut-être de voir se dégager de nouvelles coalitions, qui transcenderaient l'opposition entre GAC et organisations de soutien. De cette manière, un véritable mode de gouvernance multi-parties prenantes, avec un processus de décision participatif, pourrait émerger. Les gouvernements pourraient aussi prendre part, au sein des organisations de soutien, à l'élection des administrateurs. Une modification des statuts de l'ICANN pourrait même être envisagée pour permettre à des représentants étatiques de siéger au Conseil d'administration. Cela permettrait d'atteindre la meilleure solution, selon P. de La Coste : une « architecture inspirée de l'ONU », comportant un « parlement » représentant tous les États et tous les acteurs internationaux concernés et un « gouvernement » représentant les forces en présence, c'est-à-dire les acteurs majeurs de l'Internet et des représentants élus des autres acteurs²⁹⁶.

Certains États réclament pour leur part la fin de la gouvernance multi-parties prenantes et la mise sur pied d'une organisation exclusivement intergouvernementale, excluant les représentants du secteur privé et de la société civile de la prise de décision. Ce sont en général les États restreignant l'accès à l'Internet à l'intérieur de leurs frontières qui réclament de la manière la plus véhémement cette transformation radicale²⁹⁷. Cette solution est loin de faire l'unanimité. Il s'agirait tout d'abord d'une négation de la nature privée du réseau et des bénéfices tirés de la coopération de ses acteurs, qui a permis d'en assurer la stabilité jusqu'à présent. Soumettre toute décision de l'ICANN à des procédures de négociations internationales, avec ratification au niveau national, risquerait de sérieusement ralentir le

²⁹⁶ DE LA COSTE, P., *op.cit.*, p.517.

²⁹⁷ CUKIER, K., *op.cit.*, 2005, p.12.

développement du réseau et l'innovation. Certains commentateurs américains craignent aussi que le transfert du contrôle du pouvoir sur la structure d'adressage de l'Internet à une organisation internationale ne soit une menace pour la liberté d'expression telle qu'elle est protégée par le Premier Amendement de la Constitution américaine. Il ne serait pas improbable que les États concluent un traité prévoyant le blocage et la suppression d'adresses de sites incitant à la haine ou contenant des propos blasphématoires. Des raisons de sécurité pourraient également mettre à mal le respect de la vie privée sur le réseau.

Le système de co-régulation proposé par l'Union européenne au cours du Sommet mondial sur la société de l'information pourrait également être réexaminé. Rappelons que l'Union proposait un modèle de coopération internationale dans lequel gouvernements, secteur privé, société civile et organisations internationales agiraient de manière complémentaire, chacun dans son domaine de compétence. Une organisation intergouvernementale serait mise en place pour élaborer les politiques d'intérêt général que l'ICANN devrait suivre dans l'accomplissement de sa mission. Un point essentiel de la proposition européenne est le respect par toutes les parties des principes généraux établis à Genève mais aussi de principes spécifiques à l'architecture du réseau, l'interopérabilité, l'ouverture et le principe de bout-à-bout. Le respect du principe de bout-à-bout est particulièrement important : suggérer que le rôle du réseau se limite à transporter les paquets d'informations implique qu'il n'est pas supposé filtrer ces informations sur base de leur contenu, ni les authentifier, ni suivre leur trace ou les modifier²⁹⁸. V. Mayer-Schönberger et E. Ziewitz estiment que cette proposition aurait pu mener à un « moment constitutionnel » car elle ne se limite pas à recommander la délégation du pouvoir à une organisation internationale, elle prévoit aussi des principes et des règles auxquelles les gouvernements devront se soumettre dans l'exercice de ce pouvoir²⁹⁹. Les auteurs déplorent dès lors l'échec du SMSI et le maintien du *statu quo*. Ils affirment que le rejet de la proposition européenne par les États-Unis est une erreur à deux points de vue. D'un point de vue tactique, une alliance entre les États-Unis et l'Union européenne aurait permis de rassembler les États modérés et de marginaliser les propositions les plus radicales émises par des régimes autoritaires pratiquant la censure de l'Internet. D'un point de vue plus substantiel, il s'agissait d'une opportunité sans précédent d'établir des mécanismes de limitation des pouvoirs des États, tenus au respect des principes fondamentaux aux yeux de la communauté Internet. Les auteurs concluent que le

²⁹⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, V., ET ZIEWITZ, M., *op.cit.*, p.202.

²⁹⁹ *Ibid.*, pp.204-205.

SMSI ne constitue qu'une victoire à la Pyrrhus pour les États-Unis³⁰⁰. Notons que tout n'est peut-être pas perdu car la Commission européenne a rappelé en 2009 les principes-clés que l'Union défend en matière de gouvernance de l'Internet et ceux-ci sont un rappel de sa proposition présentée au SMSI³⁰¹.

Enfin, il faut relever que d'après M. Froomkin, l'ICANN elle-même aurait commencé à explorer si elle était en mesure de devenir une organisation internationale comme l'UIT, l'Union Postale Universelle ou l'OMPI. L'auteur reconnaît toutefois qu'il est difficile de juger de l'extérieur si l'ICANN envisage sérieusement de se transformer en organisation internationale ou s'il ne s'agit que d'un moyen de faire pression sur les États-Unis pour qu'ils lâchent du lest³⁰².

III. Obstacles

Conférer un rôle aux gouvernements en matière de « politique d'intérêt général » nécessite que l'on distingue ces questions de la gestion technique quotidienne du DNS dévolue à l'ICANN. Or, des critères clairs pour tracer cette frontière font défaut. Des conflits de compétences pourraient facilement émerger entre les gouvernements et l'ICANN, et le bon fonctionnement du réseau, lié à celui de l'ICANN, pourrait sérieusement en pâtir. Il conviendrait donc, avant tout transfert de compétences à une organisation intergouvernementale, de traiter ce problème en délimitant clairement les limites de sa mission.

L'obstacle le plus important à la mise sur pied d'un modèle gouvernemental efficace est sans aucun doute le droit de veto du gouvernement américain sur toute modification du fichier-zone racine. Celui-ci est prévu par l'accord de coopération avec Verisign, auquel l'ICANN n'est pas partie. Le transfert de compétences ou même la mutation de l'ICANN en organisation intergouvernementale n'emporterait en soi aucune révision de cet accord. Le gouvernement américain pourrait donc toujours s'opposer, avec succès, à des décisions prises par les gouvernements réunis au sein de l'ICANN et nécessitant une édition du fichier-zone

³⁰⁰ *Ibid.*, p.228.

³⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – La gouvernance de l'Internet : les prochaines étapes », COM(2009)277, 18 juin 2009, § 7.

³⁰² FROOMKIN, M., *op.cit.*, 2011, p.197.

racine. Ce droit de veto au bénéfice des seuls États-Unis est évidemment inacceptable. L'obligation de Verisign d'attendre les instructions du DoC avant de procéder à cette édition ne prendra toutefois fin que si le gouvernement américain y consent. Au vu de sa déclaration en 2005, celui-ci semble peu enclin à modifier cette situation et à partager son pouvoir sur la racine. Cela va bien sûr à l'encontre de la volonté qu'il avait affichée dans le Livre blanc de privatiser et d'internationaliser la gestion du DNS. Il faut toutefois remarquer un précédent dans lequel le gouvernement américain s'est abstenu d'utiliser ce droit de veto alors qu'il était opposé à l'ajout d'un nouveau gTLD approuvé par l'ICANN, le « .xxx ». Comme M. Mueller l'a remarqué, le gouvernement américain s'est servi du GAC pour couvrir et légitimer son intervention dans cette affaire. L'administration Bush aurait pu poser son veto à l'inclusion de ce nouveau gTLD dans la racine, en vertu de l'accord de coopération avec Verisign. Au lieu d'agir unilatéralement à découvert, ce qui, dans le contexte du SMSI, aurait apporté un nouveau coup à la légitimité de l'ICANN, le gouvernement américain a utilisé la composante « internationale » de l'ICANN pour exercer son influence. De manière un peu surprenante, il a ainsi encouragé une plus grande participation du GAC dans le processus de prise de décision³⁰³.

Toute évolution dans la gestion du DNS reposera donc en grande partie sur le bon vouloir des États-Unis. L'intransigeance américaine n'est d'ailleurs pas sans risques : le *statu quo* comporte aussi un danger pour la stabilité du réseau. En effet, les États mécontents pourraient décider de créer leur propre système de nommage et d'adressage pour échapper à la supervision américaine. Le risque est grand que des systèmes parallèles ne soient pas parfaitement interopérables. L'existence de plusieurs racines ne permettrait plus d'assurer l'unicité des noms de domaine : un même nom de domaine pourrait mener à des adresses différentes selon le système auquel le serveur de noms de domaine appartient. Personne, et sûrement pas les États-Unis, ne sortirait gagnant d'une telle fragmentation. Une solution est avancée pour écarter cet épouvantail agité par les États hostiles au contrôle américain : la nationalisation des ccTLD et l'engagement des États-Unis à limiter ses pouvoirs sur la racine.

³⁰³ MUELLER, M., *op.cit.* ; 2010, p.73.

Chapitre II – La nationalisation des ccTLD

La nationalisation des ccTLD, une idée envisagée notamment par K. Cukier³⁰⁴ et K. von Arx et G. Hagen³⁰⁵, apparaît comme la solution la plus praticable pour mettre un terme à une série de controverses qui agitent les acteurs du DNS. Tant le gouvernement américain que les participants réunis au Sommet mondial sur la société de l'information ont admis que les ccTLD constituaient avant tout un enjeu national et que d'autres États ne devraient pas intervenir dans leur gestion. La compétence de l'ICANN en matière de délégation et de re-délégation de ccTLD ainsi que la supervision du gouvernement américain créent depuis longtemps la polémique. La solution présentée ci-après, conférant, dans un premier temps, l'administration des ccTLD aux États sur le plan national (I) pourrait mener, dans un deuxième temps, à deux attitudes différentes de ceux-ci sur le plan international (II).

I. Sur le plan national

Dans un premier temps, l'État devrait se voir confier l'administration de son ccTLD. La manière la plus simple de procéder à une « nationalisation » des ccTLD consisterait à enclencher au niveau de l'ICANN un processus généralisé de re-délégation des ccTLD à des organismes publics. Des procédures analogues à l'expropriation pour cause d'utilité publique pourraient également être envisagées au niveau national.

Nous avons déjà exposé *supra* les justifications qui pourraient être avancées à l'appui de ces décisions : l'administration d'un registre de ccTLD est maintenant assimilée à un service public. C'est l'État qui semble le mieux placé pour assurer le respect de pratiques transparentes, non discriminatoires, respectueuses des consommateurs,... Ce monopole de l'État sur le registre ne s'étendrait pas aux bureaux d'enregistrement, qui pourraient toujours être des acteurs privés agissant en concurrence et à qui l'État imposerait le respect des règles qu'il édicte en tant que registre.

³⁰⁴ CUKIER, K., « Eminent Domain: Initial Policy Perspectives on Nationalizing Country-Code Internet Addresses », juin 2002, <<http://www.cukier.com/inet02.html>>.

³⁰⁵ VON ARX, K., ET HAGEN, G., *op.cit.*, pp.1-46

La re-délégation du ccTLD de l’Afrique du Sud, « .za », est un précédent intéressant qui montre que l’ICANN ne s’opposerait pas à la nationalisation d’un ccTLD si l’État reconnaît l’autorité de l’ICANN³⁰⁶. En 2002, le parlement sud-africain a promulgué une loi (*Electronic Communications and Transactions Act*) qui prévoyait entre autres la désignation d’une nouvelle entité chargée de l’administration du « .za », sous la supervision du gouvernement. Ce changement s’est produit en dehors des procédures habituelles suivies par l’ICANN, qui n’a rien trouvé à redire à ce procédé et a approuvé *a posteriori* la re-délégation, en faisant notamment référence aux principes développés par le GAC³⁰⁷.

II. Sur le plan international

Les gouvernements, après avoir été investis des pouvoirs sur leur ccTLD, seraient face à une alternative sur le plan international : soit prendre part aux processus de décision de l’ICANN, au sein de la ccNSO, soit demander à l’ICANN le transfert de ses pouvoirs en matière de gestion des ccTLD à une nouvelle organisation intergouvernementale, destinée à développer des règles communes en matière d’extensions nationales. Dans les deux cas, les compétences de l’ICANN concernant la coordination du DNS et la gestion des gTLD resteraient inchangées. Un accord devrait toutefois être trouvé avec le gouvernement américain pour limiter ses pouvoirs quand l’édition du fichier-zone racine concerne un ccTLD.

La première branche de l’alternative n’apporterait pas de modification fondamentale à la structure de l’ICANN. Les gouvernements participeraient à l’élaboration des décisions au sein de la ccNSO, aux côtés des autres parties prenantes. Les projets seraient ensuite soumis au Conseil d’administration pour qu’il prenne la décision finale. Le seul changement à apporter aux procédures actuelles serait la suppression de l’avis du GAC en matière de ccTLD, étant donné que les gouvernements auraient déjà pu faire entendre leur voix au sein de la ccNSO. Selon K. Cukier, ce serait une façon élégante d’impliquer les gouvernements dans le fonctionnement formel de l’ICANN, plutôt que de tenter de renforcer le GAC³⁰⁸. Le

³⁰⁶ PARK, Y.J., « The National ccTLD Disputes : Between States Actors and Non-State Actors », *International Journal of Communications Law & Policy*, n°13, hiver 2009, p.193.

³⁰⁷ IANA, « Report on the Redelégation of the .za Top-Level Domain », novembre 2004, <<http://www.iana.org/reports/2005/za-report-05aug05.pdf>>.

³⁰⁸ CUKIER, K., *op.cit.*, 2002.

GAC ne serait pas pour autant supprimé, son avis se justifiant encore pour les politiques ne concernant pas les ccTLD et son intervention toujours nécessaire dans les mécanismes de révision.

Il est probable que les gouvernements optent plutôt pour la deuxième branche de l'alternative et choisissent de se dégager des mécanismes de l'ICANN pour gérer leurs ccTLD dans le cadre d'une organisation intergouvernementale traditionnelle. Les gouvernements pourraient requérir de l'ICANN qu'elle leur cède ses compétences en matière de ccTLD. Ce transfert de compétences devrait être subordonné à la promesse des gouvernements de respecter les principes fondamentaux de l'architecture de l'Internet et de ne pas mettre la stabilité du réseau en péril. L'ICANN devrait aussi obtenir l'engagement des gouvernements de ne pas mettre en place de racine parallèle pour les ccTLD et d'accepter qu'elle continue à exercer son rôle de coordinateur technique du réseau. Les gouvernements pourraient mettre ensuite en place des négociations multilatérales pour créer un cadre de régulation au sein duquel les nations reconnaissent mutuellement les domaines des autres nations³⁰⁹. L'étape suivante consisterait en l'élaboration d'un traité international établissant les règles en matière de délégation et de re-délégation de ccTLD, pour déterminer notamment quels territoires ont vocation à se voir attribuer une extension. Cette configuration permettrait de dégager l'ICANN de considérations éminemment politiques. Les gouvernements pourraient également s'accorder sur un traité prévoyant le respect de certains principes de base dans la gestion des ccTLD, conformément aux promesses faites à l'ICANN.

La gestion des ccTLD dans un cadre intergouvernemental procurerait également une forme d'internationalisation de la racine qui serait compatible avec les intérêts souverains des États-Unis ainsi que des autres pays. K. von Arx et G. Hagen ont exposé que ce changement de contrôle pourrait intervenir avec ou sans la coopération du gouvernement américain. Avec son accord, l'opération serait analogue à une partition, les États-Unis et les autres États s'accordant sur la modification de la structure hiérarchique du DNS pour permettre le contrôle national sur les ccTLD. Dans le scénario contraire, les États pourraient déclarer leur indépendance vis-à-vis des États-Unis, en refusant de reconnaître l'autorité du serveur racine A. Ils devraient dès lors créer un système de nommage et d'adressage alternatif, reconnaissant le contrôle national sur les ccTLD et libéré de la hiérarchie inhérente au DNS³¹⁰. Ce cas de

³⁰⁹ VON ARX, K., ET HAGEN, G., *op.cit.*, p.32.

³¹⁰ *Ibid.*, pp.32-33.

figure mènerait à une fracture totale du réseau, entre domaines génériques et domaines nationaux. Les États-Unis auraient donc plutôt intérêt à négocier avec les autres gouvernements. S. Sonbuchner expose d'ailleurs qu'il est moins risqué de limiter l'autorité américaine sur la racine que de transférer entièrement celle-ci à une autre organisation³¹¹. Chacun pourrait y trouver son compte : les États-Unis qui voient s'éloigner le spectre de la fragmentation du réseau et les autres gouvernements qui obtiennent enfin une diminution du contrôle américain sur leur ccTLD. Les États-Unis devraient par exemple s'engager à ne pas utiliser leur droit de veto quand Verisign est chargée d'éditer les informations concernant un ccTLD dans le fichier-zone racine. Selon S. Sonbuchner, si les États parviennent à assembler une organisation de gouvernance de l'Internet stable et fonctionnelle, les États-Unis pourraient même être enclins à reconnaître qu'une approche plus internationale de l'administration de la racine est possible et qu'un partage des pouvoirs ne menacerait pas la stabilité du réseau³¹².

Affirmer leur souveraineté sur leur ccTLD tant au niveau national qu'international conférerait ainsi un réel pouvoir de réglementation aux États sur leur extension nationale. Ce pouvoir devrait s'exercer dans le respect des principes fondamentaux du réseau et du rôle de coordinateur technique de l'ICANN, qui serait toujours en charge de la gestion des gTLD. La gouvernance multi-parties prenantes trouverait ainsi toujours à s'appliquer dans cette matière, pour laquelle le rôle des gouvernements réunis au sein du GAC resterait consultatif. Cette configuration permettrait aussi de mettre fin aux aspects les plus critiqués de l'hégémonie américaine.

³¹¹ SONBUCHNER, S., *op.cit.*, p.205.

³¹² *Ibid.*, p.205.

CONCLUSION

Au vu de tout ce qui a été développé au cours de cette étude, nous pouvons conclure que si le pouvoir de réglementation des États sur les noms de domaine de premier niveau génériques reste encore marginal, force est de constater qu'il est en train d'émerger sur les noms de domaine de premier niveau nationaux.

En matière de gTLD, le rôle des gouvernements se limite à conseiller le Conseil d'administration de l'ICANN au sujet de projets de politiques élaborés par les différentes parties prenantes actives dans les organisations de soutien. Le comité consultatif gouvernemental s'est toutefois vu reconnaître des pouvoirs plus importants, en 2002 et 2009. Désormais, le Conseil d'administration est tenu de prendre en compte l'avis du GAC et, en cas de désaccord, de tenter de dégager une solution mutuellement acceptable et de motiver sa décision s'il décide de ne pas suivre cet avis dans sa décision finale. Le comité gouvernemental est également investi dans les nouveaux mécanismes de révision des activités de l'ICANN. La première révision, menée en 2010, a identifié de nombreux dysfonctionnements dans les relations CA-ICANN et il est probable que ses recommandations mènent à une nouvelle évolution des pouvoirs du GAC dans les prochains mois. Il faudra notamment suivre le sort réservé à la recommandation d'impliquer le GAC au début de l'élaboration des décisions, au sein des organisations de soutien.

Un autre élément à surveiller est le choix que fera le gouvernement américain à l'expiration du contrat IANA en septembre 2011 et de l'accord de coopération avec Verisign en septembre 2012. Le Département du Commerce pourrait continuer sur la lancée de l'*Affirmation of Commitments* et renoncer à ses pouvoirs les plus contestés sur le DNS, afin de faire de l'ICANN une organisation privée véritablement indépendante. Le DoC pourrait ne plus interdire à l'ICANN de procéder elle-même à l'édition du fichier-zone racine ou bien ne plus imposer à Verisign d'attendre ses instructions pour procéder aux changements décidés par l'ICANN. Renoncer à son pouvoir historique sur la racine permettrait au gouvernement américain de faire taire les critiques des autres gouvernements et les menaces de création de racines parallèles qui conduiraient à la fragmentation de l'Internet.

En ce qui concerne les ccTLD, nous avons vu que leur contrôle est depuis longtemps un enjeu crucial pour les gouvernements. Le domaine du ccTLD est considéré comme le reflet numérique du territoire national, et nombreux sont les États qui revendiquent une extension de leurs pouvoirs souverains sur cette portion du réseau. Ils justifient cette exigence en avançant que gérer le registre d'un ccTLD est une forme de service public, dont l'exercice revient aux autorités publiques. Les études conduites au sujet des modèles de gestion des ccTLD au niveau national l'ont démontré, les gouvernements y sont de plus en plus impliqués, de manière formelle ou informelle. Il est donc loin le temps où Jon Postel déléguait les ccTLD dans l'indifférence des États.

La nationalisation des ccTLD pourrait conférer aux États un pouvoir de réglementation sur le DNS, non seulement au niveau national mais aussi sur la scène internationale. Les gouvernements pourraient requérir de l'ICANN le transfert des pouvoirs en matière de ccTLD vers une organisation intergouvernementale. En échange, les États s'engageraient à ne pas créer de systèmes parallèles, à accepter que l'ICANN conserve son rôle de coordination technique de l'ensemble du DNS et à respecter les principes fondamentaux de l'architecture du réseau. L'ICANN devrait elle s'engager à respecter les décisions prises par les États dans ce cadre tandis que le gouvernement américain devrait promettre de ne plus intervenir auprès de Verisign lorsqu'une édition du fichier-zone racine a été décidée par cette nouvelle organisation intergouvernementale. Cette configuration permettrait de satisfaire toutes les parties et pas seulement les États : la communauté Internet verrait en effet s'éloigner le risque de fragmentation du réseau agité par les États hostiles à l'hégémonie américaine. Cela permettrait aussi d'apporter une solution aux problèmes de légitimité de l'ICANN, en la déchargeant des questions politiques relatives aux ccTLD.

La transformation de l'ICANN elle-même en organisation exclusivement intergouvernementale est peu probable : le gouvernement américain et les parties prenantes non gouvernementales y sont farouchement opposés. Un modèle de co-régulation, tel que celui proposé par l'Union européenne, n'est toutefois pas à écarter si l'idée d'une organisation internationale en charge des ccTLD n'aboutit pas. La coopération de toutes les parties prenantes, gouvernements, secteur privé, société civile et organisations internationales, conférerait à l'ICANN un véritable modèle de gouvernance multi-parties prenantes. L'ICANN pourrait ainsi servir de laboratoire à de nouvelles formes de gouvernance dans un monde globalisé, dans lesquelles les États participent à des réseaux coopératifs et

arrangements consensuels avec d'autres acteurs du monde global. Cet exemple pourrait être repris dans d'autres domaines que celui de la gestion du DNS. En effet, si on laisse les controverses de côté, force est de constater, sur les plans juridique et organisationnel, que l'ICANN est une expérience fascinante de création d'une organisation internationale en dehors du cadre d'un traité et non limitée aux États. Une grande partie de l'histoire de la gouvernance du DNS est ainsi caractérisée par la volonté de conserver des éléments des arrangements informels originaux dans les nouvelles structures, plus formelles, rendues nécessaires pour des raisons sociales, économiques et juridiques.

En guise de conclusion, soulignons que ces discussions sur l'organisation de l'Internet qui, de prime abord, pourraient s'apparenter à des débats techniques quelque peu hermétiques aux yeux des juristes, sont primordiales au vu de l'évolution de notre société. L'Internet constitue à présent un pilier du monde globalisé, il a largement dépassé le cadre de la recherche scientifique pour concerner la société dans son ensemble. Une partie de la vie publique se déroule désormais via la toile. Être en mesure de contrôler et de modifier son architecture n'est pas un pouvoir anodin. Contrôler le registre d'un TLD permet en effet de décider quels sites Internet seront accessibles aux internautes et permet également de connaître les coordonnées du titulaire du nom de domaine. La liberté d'expression et la protection de la vie privée sur la toile pourraient donc potentiellement être mises à mal si des États autoritaires parvenaient à obtenir le contrôle sans limitation de leur ccTLD, voire de l'ICANN. Au sommet de la hiérarchie, le contrôle du gouvernement américain sur la racine lui permet théoriquement d'effacer unilatéralement des ccTLD : ce pouvoir lui octroie donc une forme de droit de vie ou de mort sur la présence numérique d'un État sur la toile. La résolution des questions liées à l'architecture et à la gestion des ressources sur le réseau sont donc un préalable obligé à toute réglementation globale du réseau portant sur la régulation des contenus ou sur le respect de la propriété intellectuelle.

BIBLIOGRAPHIE

- ADAM, N., « L'ICANN et la gouvernance d'Internet : une histoire organisationnelle », Cahier de recherche – CEIM, novembre 2007, <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/AdamN_ICANN-FINAL-2007.pdf>, pp.1-31.
- AMBLARD, Ph., *Régulation de l'Internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Cahiers du C.R.I.D. n°24, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- ANTONOVA, S., « Collaborating in the Internet Domain Space Governance: The Emergence of a New Governmentality in the Global Communication Policy », in MIEGE, B., ET TREMBLAY, G., *2001 Bogues – Globalisme et Pluralisme – TIC et société*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2003, pp.287-299.
- ANTONOVA, S., « Deconstructing an experiment in global Internet governance : the ICANN case », *International Journal of Communications Law & Policy*, n°12, hiver 2008, pp.1-19.
- BARBET, Ph., « Le marché des noms de domaine à l'aube du « Big bang » de la libéralisation », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3, t.XXIV, pp.373-393.
- BAYONA GIMENEZ, A., et MOUTHUY, P.-E., « Les noms de domaine : modes de régulation et gestion des conflits », *I.R. D.I.*, 2003, pp. 85-104.
- BECHTOLD, S., « Governance in Namespaces », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.36, n°3, printemps 2003, pp.1239-1320.
- BÉJOT, M., et SETTON, I., « Current approaches to domain name management in Europe », *Journal of Internet Law*, juin 2000, pp.8-16.
- BENHAMOU, B., et SORBIER, L., « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère*, vol.71, n°3, automne 2006, pp.519-530.
- BING, J. et BYGRAVE, L., *Internet Governance – Infrastructures and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BOTZEM, S. et HOFMANN, J., « Transnational governance spirals: the transformation of rule-making authority in Internet regulation and corporate financial reporting », *Critical Policy Studies*, vol. 4, n°1, avril 2010, pp.18-37.
- BRUNER, Ch., « States, Markets, and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization », *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, n°1, automne 2008, pp. 125-176.
- BURKERT, H., « About a Different Kind of Water: an Attempt at Describing and Understanding Some Elements of the European Union Approach to ICANN », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.36, n°3, printemps 2003, pp.1185-1238.

- CASSESE, S., *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- CRAWFORD, S., JOHNSON, D., ET POST, D., « A Commentary on the ICANN “Blueprint” for Evolution and Reform », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.36, n°3, printemps 2003, pp.1127-1147.
- CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., *The New Electronic Marketplace – European Governance Strategies in a Globalising Economy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., « Gaining a Stake in Global Internet Governance: The EU, ICANN and Strategic Norm Manipulation », *European Journal of Communications*, vol. 22, n°2, 2007, pp. 147-164.
- CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., « Limitations to transnational private governance of the Internet – The dot eu top-level domain », in GRAZ, J.-CH., ET NÖLKE, A., *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres, Routledge, 2008, pp.156-167.
- CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., « New Governance, the Internet, and Country Code Top-Level Domains in Europe », *Governance : An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 22, n°4, octobre 2009, pp. 599-624.
- CHRISTOU, G., et SIMPSON, S., « The European Union, multilateralism and the global governance of the Internet », *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n°2, mars 2011, pp. 241-257.
- COLLINS, R., *Three Myths on Internet Governance – Making Sense Of Networks, Governance and Regulation*, Bristol, Intellect, 2009.
- CRUQUENAIRE, A., « Réforme du DNS : les perspectives belges dans le contexte international », *Revue Ubiquité*, n°2, mai 1999, pp. 103-111.
- CRUQUENAIRE, A., « L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité », *J.T.*, 2001, pp.146-154.
- CRUQUENAIRE, A., *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.
- CRUQUENAIRE, A., « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine : et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, pp.545-552.
- CUKIER, K., « Eminent Domain: Initial Policy Perspectives on Nationalizing Country-Code Internet Addresses », juin 2002, disponible sur <<http://www.cukier.com/inet02.html>>.
- CUKIER, K., « Who will control the Internet – Washington Battles the World », *Foreign Affairs*, novembre-décembre 2005, vol.84, n°6, pp.7-13.
- DEHOUSSE, F., VERBIEST, TH. ET ZGAJEWSKI, T., *Introduction au droit de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2007.

- DE LA COSTE, P., « La gouvernance internationale de l'Internet », *Politique étrangère*, vol.71, n°3, automne 2006, pp.507-518.
- DREZNER, D., « The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In », *Political Science Quarterly*, vol. 119, n°3, automne 2004, pp.477-498.
- DUMORTIER, F., « A propos du Sommet mondial sur la société de l'information – Les ambiguïtés de la gouvernance de l'Internet », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2006, n°25, pp.143-168.
- FARRELL, H., « The Political Economy of the Internet and E-commerce », in STUBBS, R. et UNDERHILL, G., *Political Economy and the Changing Global Order*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp.209-221.
- FROMKIN, « Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution », *Duke Law Journal*, vol.50, n°1, octobre 2000, pp.17-184.
- FROMKIN, M., « Form and Substance in Cyberspace », *The Journal of Small & Emerging Business Law*, vol. 6, n°1, 2002, pp.105-134.
- FROMKIN, M., « Habermas@Discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », *Harvard Law Review*, vol.116, n°3, janvier 2003, pp.749-873.
- FROMKIN, M., « When we say US™, we mean it! », *Houston Law Review*, vol. 41, n°3, 2004, pp.839-884.
- FROMKIN, M., « Almost free: an Analysis of ICANN's "Affirmation of Commitments" », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol.9, n°1, hiver 2011, pp.187-234.
- FRYDMAN, B., « Quel droit pour l'Internet ? », *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp.279-316.
- GEIST, M, « Governments And Country-Code Top Level Domains: A Global Survey – Version 2.0 », février 2004, <[http://www.michaelgeist.ca/resc/Governments%20And%20Country-Code%20Top%20Level%20Domains%20\(V.2\).pdf](http://www.michaelgeist.ca/resc/Governments%20And%20Country-Code%20Top%20Level%20Domains%20(V.2).pdf)>.
- GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- BERLEUR, J., LAZARO, CH. ET QUECK, R. (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Cahiers du C.R.I.D. n°22, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- GRAZ, J.-Ch., et NÖLKE, A., *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres, Routledge, 2008.
- GREWLICH, K.W., *Governance in « Cyberspace » - Access and Public Interest in Global Communications*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.

- HALPIN, E., et SIMPSON, S., « Between self-regulation and intervention in the networked economy: the European Union an Internet policy », *Journal of Information Science*, vol. 28, n°4, 2002, pp. 285-296.
- HRYNYSHYN, D., « Globalization, nationality and commodification: the politics of the social construction of the internet », *New Media & Society*, vol. 10, n°5, 2008, pp.751-770.
- KAHLER, M., *Networked Politics – Agency, Power and Governance*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.
- KLEIN, H., « ICANN et la gouvernance d'internet – La coordination technique comme levier d'une politique publique mondiale » in F. MASSIT-FOLLEA et R. DELMAS, *La gouvernance d'Internet*, Paris, Hermès Science Publications, 2002, pp.93-128.
- KLEIN, H., « Understanding WSIS: An Institutional Analysis of the UN World Summit on the Information Society », *Information Technologies and International Development*, vol.1, n°3-4, printemps-été 2004, pp.3-13.
- KLEIN, H., ET MUELLER, M., « What to Do about ICANN: A Proposal for Structural Reform », Concept Paper by the Internet Governance Project, 5 avril 2005, <<http://www.internetgovernance.org/pdf/igp-icannreform.pdf>>.
- KLEINWÄCHTER, W., « Icann as the United Nations of the Global Information Society?: The Long Road Towards Self-Regulation of the Internet », *International Communication Gazette*, vol.62, n°6, décembre 2000, pp.451-476.
- KLEINWÄCHTER, W., « From Self-Governance to Public-Private Partnership: the Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Ressources », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.36, n°3, printemps 2003, pp.1103-1126.
- KLEINWÄCHTER, W., « Beyond ICANN vs ITU? : How WSIS Tries to Enter the New Territory of Internet Governance », *International Communication Gazette*, vol.66, nos 3-4, juin 2004, pp.233-251.
- KOOPS, B.-J., LIPS, M., PRINS, C. ET SCHELLEKENS, M., *Starting Points for ICT Regulation – Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2006.
- LAVENUE, J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », *Droit prospectif – Revue de la recherche juridique*, 1996, pp.811-844.
- LEDRICH, E., « La gestion du *Domain Name System* en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle... - Réflexions autour de la « gouvernance » de l'Internet et du statut de l'ICANN suite au SMSI de Tunis », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n°12, janvier 2006, pp.35-38.
- LE MIRE, O., « Le nommage est-il une activité de service public ? », mémoire du DESS Droit de l'Internet : administration-entreprises, Université de Paris I, 2003, disponible sur <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplome_droit_internet/02-03_Le_Mire_Memoire_final.pdf>.

- LINDSAY, D., *International Domain Name Law – ICANN and the UDRP*, Portland, Hart Publishing, 2007.
- MASSIT-FOLLÉA, F., ET DELMAS, R., *La gouvernance d’Internet*, Paris, Hermès Science Publications, 2002.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V., ET ZIEWITZ, M., « Jefferson Rebuffed – The United States and the Future of Internet Governance », *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol.VIII, 30 avril 2007, pp.188-228.
- KEES DE VEY MESTDAGH, C., et RIJGERSBERG, R., « Rethinking Accountability in Cyberspace: An new Perspective on ICANN », *International Review of Law, Computers & Technology*, vol.21, n°1, mars 2007, pp.27-38.
- MIFSUD BONNICI, J., *Self-Regulation in Cyberspace*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2008.
- MUELLER, M., « ICANN and Internet Governance : Sorting through the debris of self-regulation », *Info*, vol.1, n°6, décembre 1999, pp. 497-520.
- MUELLER, M., « Technology and Institutional Innovation: Internet Domain Names », *International Journal of Communications Law and Policy*, n°5, été 2000, pp.1-32.
- MUELLER, M., *Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2002.
- MUELLER, M., *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2010.
- MUNOZ, R., « L’enregistrement d’un nom de domaine « .eu » », *J.T-dr. eur.*, 2005, pp.161-167.
- PARK, Y.J., « The National ccTLD Disputes : Between States Actors and Non-State Actors », *International Journal of Communications Law & Policy*, n°13, hiver 2009, pp.185-206.
- PALFREY, J., « The End of the Experiment: How ICANN's Foray into Global Internet Democracy Failed », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol.17, n°2, printemps 2004, pp.409-473.
- POULLET, Y., « Les diverses techniques de réglementation d’Internet: l’autorégulation et le rôle du droit étatique », *Revue Ubiquité*, n°5, juin 2000, pp.56-68.
- POULLET, Y., « Quelques considération sur le droit du cyberspace » in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, Unesco, 2000, pp.185-233.
- POULLET, Y., « De retour d’un sommet mondial de la société de l’information », *Revue du Droit des Technologies de l’Information*, 2004, n°18, pp.5-8.

- POULLET, Y., « Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ? », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp.167-188.
- POULLET, Y., « Tunis et Société de l'information : ouverture ou clôture d'un débat », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2006, n°24, pp.3-9.
- RIJGERSBERG, R., *The State of Interdependence – Globalization, Internet and Constitutional Governance*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010.
- ROOS, F., « Controlling National Top-level Domains – The Question of Legitimacy », *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 17, n°3, novembre 2003, pp. 347-352.
- SINGH, J.P., « Multilateral Approaches to Deliberating Internet Governance », *Policy & Internet*, vol.1 ; n°1, 2009, pp. 91-111.
- SONBUCHNER, S., « Master of Your Domain: Should the U.S. Government Maintain Control over the Internet's Root? », *Minnesota Journal of International Law*, vol.17, n°1, hiver 2008, pp. 183-207.
- VERBIEST, TH., ET WÉRY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001.
- VILLARS, D., « Le DNS.be entame sa privatisation », *Inside Internet*, mars 1999, p.6.
- VIVANT, M., « Internet et modes de régulation » in MONTERO, E, *Internet face au droit*, Cahiers du C.R.I.D. n°12, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- VON ARX, K., ET HAGEN, G., « Sovereign Domains – A Declaration of Independence of ccTLDs from Foreign Control », *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IX, n°1, automne 2002, pp.1-46.
- WEBER, R., « Accountability in Internet Governance », *International Journal of Communications Law & Policy*, n°13, hiver 2009, pp.153-167.
- WEINBERG, J., « ICANN and the Problem of Legitimacy », *Duke Law Journal*, vol.50, n°1, octobre 2000, pp.187-260.
- WEINBERG, J., « Geeks and Greeks », *Info*, vol.3, n°4, août 2001, pp. 313-332.
- WEINBERG, J., « Governments, Privatization and “Privatization”: ICANN and the GAC » ; *Wayne State University Law School Research Paper*, n°10-24, 21 février 2011, disponible sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1766082###>, pp.1-19.
- YU, P.K., « The origins of ccTLD policymaking », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, automne 2004, pp. 387-408.