

Commentaires sur l'évaluation de Michael Kende des rapports préliminaires sur la concurrence et les prix

Dennis Carlton
5 juin 09

I. INTRODUCTION

A. TÂCHE

1. L'ICANN m'a chargé de répondre au rapport envoyé le 17 avril 2009 par Michael Kende et intitulé « Évaluation des rapports préliminaires de l'ICANN sur la concurrence et les prix », préparé pour AT&T. Le rapport Kende commente mes documents rédigés en mars 2009 évaluant : (i) l'impact possible sur le bien-être du consommateur du cadre proposé par l'ICANN en matière d'autorisation des nouveaux gTLD ;¹ et (ii) le rôle approprié des limitations de prix pour les services fournis par les nouveaux gTLD.²

2. Dans le rapport sur le bien-être du consommateur, je concluais que, même si l'évaluation de la proposition de l'ICANN exige de prendre en compte à la fois les coûts et les bénéfices, « ... même si les nouveaux gTLD ne viennent pas concurrencer le *.com* et autres TLD majeurs des inscrits existants, il est probable que les consommateurs enregistrent toutefois de substantiels bénéfices grâce aux nouveaux gTLD en raison d'une hausse de la concurrence pour les nouveaux inscrits et de

¹. Rapport préliminaire de Dennis Carlton sur l'impact des nouveaux gTLD sur le bien-être des consommateurs (mars 2009), dénommé ci-après « Rapport sur le bien-être du consommateur ».

². Analyse préliminaire de Dennis Carlton sur les limitations des prix des registres Internet des nouveaux gTLD (mars 2009), ci-après dénommé « Rapport sur les limitations des prix ».

l'innovation accrue engendrée par l'entrée. »³ Dans les rapports sur les limitations des prix, je concluais que, en l'absence d'inquiétudes en matière de propriété intellectuelle, « ... les limitations de prix ou plafonds facturés par les opérateurs des nouveaux gTLD ne sont pas nécessaires pour garantir les possibles avantages concurrentiels des nouveaux gTLD » et que « imposer des limitations de prix sur les registres pour les nouveaux TLD pourrait freiner l'acceptation des nouveaux gTLD par les marchés en limitant la flexibilité tarifaire des entrants... »⁴

3. En réponse à mes rapports, le docteur Kende affirme « qu'il n'existe aucune preuve du type de concurrence bénéfique que le cadre proposé pour les gTLD est censé apporter selon le professeur Carlton. »⁵ Et d'ajouter que « l'étude économique demandée par le conseil d'administration en 2006 [...] avait montré la voie vers une approche appropriée et avisée de l'ICANN, qui répondait aux questions soulevées par le professeur Carlton dans ses deux études préliminaires. »⁶

4. Le docteur Kende conclut que les nouveaux gTLD induiront des coûts pour les détenteurs de marques commerciales en exigeant des « enregistrements défensifs » et que mes rapports précédents « ...ne prenaient pas en compte l'état et la satisfaction présents des détenteurs de marques commerciales envers les garanties de sécurité actuelles... »⁷ Et d'ajouter que les limitations de prix pour les nouveaux gTLD seraient les bienvenues en raison de la « ...possibilité que les registres puissent [fixer des prix] visant les clients procédant à des enregistrements défensifs, qui pourraient être

³. Rapport sur le bien-être des consommateurs, p. 1

⁴. Rapport sur les limitations des prix, p. 1.

⁵. Kende, p. 11.

⁶. Kende, p. 19.

⁷. Kende, p. 11.

moins sensibles aux tarifs. »⁸ Enfin, il affirme que l'absence de limitations de prix pour les nouveaux gTLD pourrait entraîner l'élimination des limitations de prix pour les registres existants.⁹

B. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

5. Mes principales conclusions, expliquées plus en détail dans les sections suivantes de ce rapport, sont les suivantes :

- L'affirmation du docteur Kende selon laquelle l'étude autorisée par le conseil d'administration de l'ICANN en 2006, qui proposait d'analyser l'étendue du marché des services d'enregistrement, est nécessaire pour évaluer les bénéfices que les consommateurs pourraient tirer du cadre proposé par l'ICANN pour l'introduction des nouveaux gTLD n'a aucun fondement. Même si le *.com* (ou, dans ce contexte, tout autre TLD) domine le marché d'aujourd'hui, de nouveaux gTLD pourraient renforcer le bien-être des consommateurs en créant de nouveaux produits, en favorisant l'innovation et en encourageant la concurrence avec le *.com* et autres TLD. Autrement dit, l'entrée d'un nouveau gTLD peut être souhaitable même si le gTLD n'empiète en rien sur la part de marché détenue par le *.com*.
- En admettant que les problèmes de confusion du consommateur et d'enregistrements défensifs doivent être étudiés, rien ne vient étayer la conclusion du docteur Kende selon laquelle la limitation de l'entrée des nouveaux gTLD est la meilleure solution pour réduire ces coûts. Des mécanismes alternatifs existent et d'autres sont à l'étude auprès de l'ICANN

⁸. Kende, p. 19.

⁹. Kende, p. 13.

pour protéger les détenteurs de marques commerciales tout en préservant les avantages pro-concurrentiels de l'entrée.

- Le docteur Kende surévalue les coûts associés à la proposition de l'ICANN pour les gTLD. Il définit les « enregistrements défensifs » comme ceux qui dirigent le trafic vers d'autres sites, mais cette définition ne fait pas la distinction entre les enregistrements productifs qui attirent et maintiennent le trafic et ceux qui sont mis en œuvre uniquement pour protéger les marques.
- Enfin, je suis d'avis que la conclusion du docteur Kende comme quoi l'absence de limitations de prix pour les nouveaux gTLD entraînera l'élimination des limitations de prix pour les TLD existants n'a aucun fondement.

II. LE DOCTEUR KENDE CONCLUT DE MANIÈRE ÉRRONÉE QUE L'ÉTUDE AUTORISÉE EN 2006 PAR L'ICANN EST NÉCESSAIRE POUR COMPRENDRE LES POSSIBLES AVANTAGES DES NOUVEAUX gTLD.

6. Le docteur Kende affirme que l'étude des avantages possibles des nouveaux gTLD revient à se poser deux questions fondamentales : « existe-t-il un pouvoir de marché sur le marché de l'enregistrement de domaine et a-t-on la preuve que cette entrée serait suffisante pour contrer ce pouvoir de marché ? »¹⁰ Il déclare en outre que les résultats de l'étude demandée par le conseil d'administration de l'ICANN en 2006 « détermineraient l'étendue de la concurrence pour les gTLD existants et permettraient d'identifier où l'extension pourrait apporter des bénéfices économiques sous la forme de choix pour les utilisateurs d'Internet souhaitant enregistrer un nouveau nom de domaine

¹⁰. Kende, p. 3.

principal. »¹¹ Et d'ajouter que « une telle enquête aurait nécessairement affecté les conclusions du professeur Carlton. »¹²

7. Les commentaires du docteur Kende sont incorrects et ne reconnaissent pas toute la mesure du rôle de l'entrée dans la promotion du bien-être du consommateur en présence de pouvoir du marché. Comme je l'ai souligné précédemment, les nouveaux produits et services sont les premiers générateurs d'accroissement du bien-être des consommateurs et les restrictions sur l'entrée n'auront d'autre conséquence que de limiter l'innovation.¹³

8. Même si les nouveaux gTLD autorisés dans le cadre de la proposition de l'ICANN ne venaient pas concurrencer le *.com* des inscrits *existants* et n'entraîneraient aucune réduction des prix de l'enregistrement *.com* en dessous de la limitation des prix, l'entrée resterait probablement bénéfique aux consommateurs en augmentant la probabilité d'une introduction réussie de nouveaux services d'enregistrements innovants et générateurs de profits. Ces nouveaux gTLD pourraient également amener les registres existants à améliorer la qualité de service fournie et à accélérer l'introduction de nouveaux services afin de continuer à attirer les nouveaux inscrits.

9. Comme cette analyse l'indique, la détermination de la portée du marché des services d'enregistrement et de l'étendue de la concurrence entre les TLD, telle que

¹¹. Le rapport de 2006 autorisé par l'ICANN avait pour objectif de répondre aux interrogations suivantes : le marché de l'enregistrement de domaine est-il un marché unique ou chaque TLD fonctionne-t-il comme un marché distinct ?

¹². Kende, p. 2.

¹³. Voir le « Rapport préliminaire de Dennis Carlton sur l'impact des nouveaux gTLD sur le bien-être des consommateurs », pages 18-19 pour une discussion sur la littérature économique sur l'importance de l'innovation des produits et le progrès technologique.

proposée par l'ICANN en 2006, n'est pas essentielle pour évaluer les avantages potentiels de l'entrée de nouveaux gTLD.

III. LES RESTRICTIONS D'ENTRÉE CONSTITUENT UN MÉCANISME INEFFICACE POUR COMBATTRE L'UTILISATION FRAUDULEUSE DES MARQUES COMMERCIALES

10. Le docteur Kende déclare qu'un nombre important de noms de domaines est le reflet d'« enregistrements défensifs » qui ne font que rediriger le trafic vers un « enregistrement principal ». Et d'ajouter que « ces domaines sont enregistrés pour empêcher tout cyber squatter de les enregistrer ou sont repris des mains de cyber squatters qui les ont enregistrés en premier. »¹⁴ Il affirme que les gTLD vont très certainement induire des coûts substantiels pour les consommateurs en les obligeant à faire appel aux enregistrements défensifs qui ne sont en rien productifs et n'ont d'autre but que d'empêcher tout abus des marques commerciales.

11. Cette section montre (i) que les restrictions de l'entrée de nouveaux gTLD ne permettront certainement pas de réduire les problèmes de « cyber squattage » et les enregistrements défensifs ; et (ii) que le docteur Kende suggère que nombre de noms de domaines qui se contentent de rediriger le trafic vers un autre site sont non productifs et ne servent à rien d'autre que d'empêcher le cyber squattage, ce qui est incorrect. Il semble donc que le docteur Kende exagère les inconvénients que pourrait causer l'introduction de nouveaux gTLD aux détenteurs de marques commerciales.

A. LES RESTRICTIONS D'ENTRÉE NE SONT PROBABLEMENT PAS LA MEILLEURE SOLUTION POUR PROTÉGER LES MARQUES.

¹⁴. Kende, p. 7.

12. Le docteur Kende déclare que mon rapport sur le bien-être des consommateurs ne tient pas totalement compte des coûts que les nouveaux gTLD imposent aux détenteurs de marques commerciales à travers les enregistrements défensifs et que les restrictions sur l'entrée de nouveaux gTLD profitent aux consommateurs en limitant le besoin de tels enregistrements.¹⁵ Tandis que les inquiétudes des détenteurs de marques commerciales sur l'impact possible des nouveaux gTLD sur la nécessité du recours aux enregistrements défensifs méritent toute notre attention et que la protection des marques et de la propriété intellectuelle peut promouvoir le bien-être des consommateurs, l'efficacité économique exige que les problèmes des détenteurs de marques soient résolus à moindre coût. Le docteur Kende n'apporte aucun fondement à sa suggestion que la restriction des entrées est la manière la plus efficace de protéger les détenteurs de marques commerciales. Si l'on transpose son exemple sur d'autres marchés, le fait que les accidents de voiture entraînent des coûts n'implique pas que les voitures doivent être bannies.

13. Comme je l'ai mentionné dans mon rapport précédent, des mécanismes de protection de l'utilisation des marques commerciales dans les noms de domaines existent déjà. Par exemple, l'ICANN a mis en place la Procédure uniforme de résolution des litiges en matière de noms de domaines (UDRP) pour, entre autres, résoudre les plaintes selon lesquelles un inscrit possède un nom de domaine qui viole une marque commerciale existante. Alors qu'un grand nombre de litiges est régulièrement résolu

¹⁵. Kende, p. 8.

grâce à ces procédures, le docteur Kende cite un mécontentement envers ces règles chez les détenteurs de marques commerciales.¹⁶

14. La restriction des entrées est une approche extrême pour répondre aux problèmes des marques alors que d'autres approches, comme la modification du mécanisme de résolution des litiges actuel, peuvent également y contribuer tout en préservant les avantages de l'entrée pour les consommateurs. Comme je l'ai mentionné dans mon rapport sur le bien-être des consommateurs, par exemple, la mise en œuvre de règles du type « l'utilisateur paie » dans les litiges sur les noms de domaines ou d'autres changements dans les mécanismes de résolution des litiges pourraient contribuer à empêcher les violations des marques commerciales ainsi que les défis sans fondement de telles violations.¹⁷

15. Par ailleurs, l'ICANN a mis en place une procédure de résolution des problèmes des détenteurs de marques commerciales et d'amélioration des mécanismes visant à protéger leur propriété et empêcher l'utilisation frauduleuse des marques commerciales dans les noms de domaines. En mars 2009, l'ICANN a formé l'IRT (Implementation Recommendation Team) dont la fonction est d'étudier et recommander des propositions visant à protéger les droits légaux des détenteurs de marques commerciales en se penchant sur, mais sans s'y limiter, les problèmes liés à l'introduction de nouveaux gTLD.¹⁸

¹⁶. Kende, p. 10.

¹⁷. Rapport sur le bien-être des consommateurs, p. 21. Une forme plus extrême de la règle du « perdant paie » impliquerait que le perdant soit sanctionné financièrement.

¹⁸. Rapport de l'IRT (<http://www.icann.org/en/announcements/announcement-4-29may09-en.htm>)

16. L'IRT a récemment publié un rapport qui propose de nouveaux mécanismes de protection des détenteurs de marques commerciales. Ces propositions sont notamment : la création d'une chambre de compensation de la propriété intellectuelle centralisée, chargée de la prise en charge des nouveaux registres gTLD ; la mise en œuvre d'un mécanisme de blocage de l'enregistrement des noms de domaines contenant certaines marques protégées à l'échelle mondiale (figurant dans la liste des marques protégées mondialement) à la fois dans l'espace de domaine de premier et second niveaux ; et la création d'un site dédié aux procédures expéditives pour les violations et abus de marques commerciales flagrants. Ces recommandations sont actuellement à l'étude. Avant d'adopter une solution aussi draconienne que la restriction de l'entrée, il est important d'étudier tous les mécanismes alternatifs existants et proposés répondant aux problèmes des marques liés aux gTLD.

B. LE DOCTEUR KENDE SUGGÈRE QUE TOUS LES ENREGISTREMENTS « DÉFENSIFS » SONT NON PRODUCTIFS.

17. Comme mentionné plus haut, le docteur définit les « enregistrements défensifs » comme les enregistrements qui « redirigent le trafic vers un enregistrement principal. » Il prétend que les enregistrements défensifs ne servent à rien d'autre que « d'empêcher tout cyber squatter de les enregistrer. »¹⁹ Le docteur Kende oublie cependant de reconnaître que nombre de domaines qui « redirigent le trafic vers un site d'enregistrement principal » sont mis en place pour des raisons qui n'ont absolument rien

¹⁹. Kende, p. 7. Le docteur Kende définit plus précisément les enregistrements défensifs en ces termes : « *Enregistrement défensif* : ces enregistrements ne sont pas uniques en ce sens qu'ils ne résolvent pas, ou qu'ils redirigent le trafic vers un enregistrement principal, ou ne contiennent aucun contenu unique. Il peut s'agir par exemple d'enregistrements contenant des orthographes incorrectes d'une marque déposée. Ils sont enregistrés pour empêcher tout cyber squatter de les enregistrer ou sont repris des mains de cyber squatters qui les avaient enregistrés en premier. »

à voir avec les problèmes de cyber squattage et reflètent plutôt une volonté de la part des inscrits d'attirer le trafic et de structurer efficacement l'hébergement de leur contenu Internet.

18. Selon le docteur Kende, plus de 97 % des enregistrements des cinq sociétés représentatives qu'il a étudiées entrent dans sa définition des enregistrements « défensifs ». Il n'a toutefois pas publié le questionnaire ou les données sur lesquels est basée son analyse. Il m'est donc impossible de déterminer si les personnes interrogées dans le cadre de l'enquête MarkMonitor considèrent tous les enregistrements qui se contentent de rediriger le trafic vers d'autres domaines comme des coûts non productifs conçus pour lutter contre le cyber squattage ou s'il s'agit d'une interprétation du docteur Kende.

19. En fait, nombre d'enregistrements qui dirigent le trafic vers d'autres sites viennent compléter les enregistrements « principaux » et contribuent à attirer le trafic vers un site Web « principal ». Ils ne sont en aucun cas conçus uniquement pour lutter contre le cyber squattage. C'est le cas par exemple des types d'enregistrements suivants :

- les enregistrements impliquant des noms de marques commerciales qui dirigent le trafic vers le site Web d'une maison mère ;
- les enregistrements impliquant des noms de marques commerciales obsolètes ;
- les enregistrements impliquant des marques commerciales qui ne sont plus utilisées actuellement mais qui pourront l'être dans le futur ;
- les enregistrements impliquant des fautes d'orthographe courantes qui redirigent le trafic vers le site principal.

20. Pour prendre un seul exemple, ma propre société, Compass Lexecon, compte plusieurs dizaines d'enregistrements en plus de *compasslexecon.com*. Ils incluent *compass.com* et *lexecon.com*, qui sont les enregistrements des deux sociétés qui ont fusionné pour former Compass Lexecon.²⁰ Ces domaines n'hébergent actuellement aucun contenu et dirigent le trafic vers *compasslexecon.com*. En conservant ces enregistrements, nous empêchons la perte potentielle de trafic générée par les individus qui n'ont pas connaissance du changement de nom de la société. Cependant, ils seraient considérés comme des « enregistrements défensifs » selon le standard adopté par le docteur Kende.

21. Une myriade de raisons n'ayant rien à voir avec la protection des marques peut expliquer que des entreprises gèrent des enregistrements qui redirigent le trafic vers un autre site. Même si, indubitablement, certains enregistrements sont effectués pour lutter contre l'abus des marques commerciales, le fait que le docteur Kende ne fasse pas la distinction entre les « enregistrements défensifs » conçus uniquement pour lutter contre le cyber squattage et ceux qui contribuent à attirer et conserver le trafic Internet (en le redirigeant vers un autre site) dans sa synthèse des données de l'enquête MarkMonitor surévalue les coûts liés à la proposition de gTLD de l'ICANN.

IV. RIEN NE JUSTIFIE L'INQUIÉTUDE DU DOCTEUR KENDE SELON LAQUELLE LA PROPOSITION DE L'ICANN ENTRAÎNERA LA RÉVOCATION DES LIMITATIONS DE PRIX EXISTANTES.

22. Comme souligné plus haut, le docteur Kende suggère que l'absence de limitations de prix pour les nouveaux TLD pourra entraîner l'élimination des limitations des prix pour les domaines *.com*, *.net*, *.org*, *.info*, *.biz* et autres en vertu de la clause de

²⁰. Par ailleurs, Compass Lexecon gère un certain nombre d'enregistrements *.cc* et autres enregistrements connexes qui dirigent le trafic vers le site *compasslexecon.com*.

« traitement équitable » des accords de l'ICANN.²¹ L'ICANN nous a assuré que cette inquiétude n'était absolument pas fondée. La formulation de cette clause n'exige pas un traitement identique pour tous les bureaux d'enregistrements et reconnaît que des différences dans les contrats de l'ICANN avec différents bureaux peuvent être « justifiées par un motif sérieux et raisonnable. » Les contrats de l'ICANN avec les TLD existants reconnaissent que différentes pratiques peuvent être appropriées pour différents registres et donnent toute latitude à l'ICANN pour mettre en œuvre des procédures différentes. Je n'ai connaissance d'aucune déclaration de l'ICANN ou du Département du commerce suggérant l'élimination des limitations de prix spécifiées dans les contrats existants avec les bureaux d'enregistrement.

23. Le docteur Kende affirme également que les limitations de prix pour les nouveaux gTLD sont nécessaires car les « enregistrements défensifs sont beaucoup moins sensibles aux prix que les nouveaux enregistrements de base. »²² Cependant, la preuve de l'introduction des nouveaux TLD ne vient pas étayer cet argument. Plus précisément, le nombre relativement restreint d'enregistrements dans les TLD récents comme *.info* et *.biz*, malgré des coûts d'enregistrements moins élevés que pour *.com*, est incohérent avec l'affirmation du docteur Kende que la demande d'enregistrements défensifs par les détenteurs de marques commerciales est rigide et entraînera donc les prix à la hausse.

V. CONCLUSION

²¹ Par exemple, l'accord VeriSign avec l'ICANN indique dans la section 3.2(a) que « l'ICANN n'appliquera aucune norme, politique, procédure ou pratique de façon arbitraire ou inéquitable ou sans justification et ne traitera pas un bureau d'enregistrement de façon particulière à moins que cela ne soit justifié par un motif sérieux et raisonnable. »

²² Kende, p. 12.

24. Même si l'évaluation de la proposition de l'ICANN exige l'évaluation à la fois des coûts et des bénéfices, les nouveaux gTLD pourraient générer des profits pour les consommateurs même s'ils n'entraient pas en concurrence directe avec le *.com* et n'entraînaient pas la réduction des tarifs *.com* en dessous du seuil de prix. Cela implique que l'étude de 2006 proposée par l'ICANN, qui aurait analysé si *.com* ou d'autres TLD existants constituent des marchés séparés et pourraient exercer un pouvoir de marché en l'absence de limitations de prix, n'est pas indispensable pour déterminer si les consommateurs tireront quelque avantage des nouveaux gTLD.

25. Alors que le docteur Kende affirme que la hausse des coûts pour les détenteurs de marques commerciales générée par les nouveaux TLD devrait suffire à interdire leur introduction, il n'apporte aucune preuve que la restriction de l'entrée représente la méthode la plus efficace pour réduire ces coûts. L'ICANN, à travers l'IRT, étudie également différentes possibilités pour des procédures de résolution des litiges liés aux marques commerciales impliquant les enregistrements. De telles améliorations apportées aux procédures existantes peuvent contribuer à protéger les détenteurs de marques commerciales tout en préservant les effets pro-concurrentiels de l'entrée. Par ailleurs, les données présentées par le docteur Kende semblent exagérer la dimension des enregistrements « défensifs » conçus pour lutter contre le cyber squattage et par là même la nécessité induite de limiter l'entrée afin d'empêcher tout abus des marques commerciales.