

Capsule

Il existe maintenant un domaine .xxx pour les sites pornographiques, mais on ne sait trop qui le voulait et pourquoi

James Plotkin*

Le suffixe .xxx, tant attendu, est arrivé. Casting.xxx est devenu le premier site pornographique à utiliser un nom de domaine avec le polémique suffixe .xxx¹.

.xxx est un domaine de premier niveau parrainé, ce qui signifie que, contrairement aux noms de domaine générique, comme les .com, .net ou .org, il requiert un parrainage par une organisation représentant une communauté ou une industrie déterminée. On peut citer comme exemples d'extensions parrainées existantes le « .museum » (parrainé par la Museum Domain Management Association) ou le « .travel » (parrainé par la Tralliance Corporation). .xxx est, lui, sous le parrainage de l'International Foundation for Online Responsibility.

© James Plotkin et Mistrale Goudreau.

* L'auteur, musicien et journaliste pigiste, est étudiant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Texte publié en anglais le 2011-06-01 sous le titre « Master of My XXX Domain – There will soon be a .xxx domain for porn, but it's not clear who wants it, or why » à The Mark <<http://www.themarknews.com/articles/5383-master-of-my-xxx-domain?page=1>>. Traduction en français par Mistrale Goudreau, professeure titulaire à la Faculté de droit (section de droit civil) de l'université d'Ottawa.

1. Voir <<http://domainincite.com/the-first-xxx-porn-site-has-gone-live/>>. Sur l'approbation par l'ICANN, consulter l'article de Jacqui Cheng, ICANN Approves .XXX Red-Light District For The Internet, March 19, 2011, <<http://www.wired.com/epicenter/2011/03/icann-approves-xxx/>>.

L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – en français, la Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet – (ICANN) avait donné son approbation provisoire au nom de domaine controversé dès 2005. Mais, même avant cela, l'extension pornographique avait rencontré de vives oppositions, tant des groupes religieux et des milieux de droite, que – de façon surprenante – de l'industrie pornographique. Celle-ci estimait que l'extension pourrait mener à un exercice plus facile de la censure par les moteurs de recherche. Elle craignait aussi que tout le battage entourant la création du domaine .xxx n'attire une attention législative indésirable du congrès américain ou d'autres parlements.

Le Governmental Advisory Committee – en français le comité consultatif des gouvernements – de l'ICANN (GAC), qui a reçu les rapports des gouvernements sur les noms de domaine, a aussi manifesté son opposition. Dans l'un des mémoires soumis à l'ICANN concernant le processus d'approbation, le comité a fait allusion au fait que cette décision pourrait amener des gouvernements à prendre des mesures pour interdire l'accès à ce domaine. Cela n'a toutefois pas empêché l'ICANN de finalement approuver la demande présentée par le ICM Registry LLC (le registraire qui gère le domaine .xxx).

Le tout offre un panorama intrigant. Les opposants du .xxx ne sont pas seulement les suspects habituels, soit les groupes religieux et conservateurs. L'industrie pornographique elle-même est, en large partie, contre l'extension. Alors pourquoi l'ICANN est-elle allée de l'avant, malgré le désaccord de la communauté pour laquelle le suffixe était conçu ?

Il semble que l'ICANN avait l'impression que la demande de ICM Registry LLC répondait à chacune des préoccupations exprimées dans le communiqué du comité consultatif des gouvernements, notamment en incluant un engagement à prendre les mesures appropriées pour restreindre l'accès aux contenus illégaux ou offensants, et en garantissant la protection de la propriété intellectuelle, des marques de commerce, des noms personnels et des noms de pays. Le conseil de l'ICANN a fourni par écrit les motifs de sa décision².

L'ICANN n'a pas non plus hésité à invoquer le vaste pouvoir discrétionnaire que lui a conféré le *California Corporations Code*.

2. <<http://www.icann.org/en/minutes/draft-icm-rationale-18mar11-en.pdf>>.

Selon l'article 309 du code, le directeur d'une corporation a l'obligation d'agir

[I]n good faith, in a manner such director believes to be in the best interests of the corporation and its shareholders and with such care, including reasonable inquiry, as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances.

Le conseil de l'ICANN estime que sa décision est conforme à la norme législative et que, jusqu'à contestation, elle doit être présumée légitime. D'ailleurs le code a imposé un fardeau plutôt lourd à celui qui conteste une décision, car ce dernier doit prouver mauvaise foi de la part du Conseil, ce qui n'est pas une mince affaire. C'est une preuve plus difficile à faire que de simplement démontrer que la décision du conseil n'est pas celle qu'une personne raisonnable aurait prise dans les mêmes circonstances.

Des arguments se font fortement entendre pour et contre la création de l'extension .xxx et la question de ce qui est le « meilleur intérêt » dans la circonstance est passionnément débattue. En soi, ce fait rend la décision de l'ICANN (hormis un cas de mauvaise foi) incontestable au regard de la loi.

En ce qui concerne la divergence d'opinion exprimée par l'industrie du divertissement adulte, l'ICANN a choisi d'en référer à la décision de 2005 de son Independent Review Panel, – panel indépendant de révision – (IRP), indiquant qu'il n'entendait pas revenir sur une décision déjà rendue. On peut peut-être voir là un exercice du « pouvoir discrétionnaire » de l'ICANN, mais la réponse demeure peu convaincante, compte tenu des circonstances.

En dernier lieu, qu'advient-il des entreprises et titulaires de marques de commerce, qui opèrent en dehors de l'industrie du divertissement adulte et qui veulent empêcher l'enregistrement de leur marque avec un suffixe .xxx ? On comprendra, par exemple, qu'une compagnie comme Disney, pour des raisons évidentes, veuille bloquer tout enregistrement du nom de domaine `www.disney.xxx`.

Pour régler ce problème, le ICM Registry a mis en place une procédure de protection pré-lancement appelée « Sunrise B »³. En

3. Voir les informations sur le site du ICM <<http://www.icmregistry.com/launch.php>>.

septembre 2011, les propriétaires de marques ont eu la possibilité de retirer de façon préventive leur marque (moyennant des droits de 200 \$US à 300 \$US), se protégeant ainsi d'un enregistrement avec le suffixe .xxx .

ICANN admet qu'une telle décision comporte des avantages et des inconvénients. Selon elle, dans ce cas-ci, il est clair que les avantages l'emporteront sur les inconvénients et que les aspects négatifs préoccupent surtout ceux qui, de toute façon, ont toujours été opposés à l'extension pornographique. La position de l'ICANN est qu'attendre l'unanimité dans la communauté est irréaliste et constituerait une entrave au progrès, un argument qui, somme toute, n'est pas particulièrement convaincant.

Il sera intéressant de voir comment la situation évoluera. Les prochaines années nous diront si le programme « Sunrise B » a réussi à endiguer le flot de litiges prédit par les propriétaires de marques de commerce. Les États iront-ils jusqu'à proscrire ou restreindre législativement l'accès au domaine .xxx ?

Une chose est certaine : Internet vient de changer d'apparence en perdant officiellement beaucoup de sa belle image, mais il est vrai que, .xxx ou pas, le contenu « adulte » y était déjà de toute façon envahissant.