

**Décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des
prestations d'interconnexion réciproques
en matière de connectivité Internet**

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 9 mai 2011, enregistrée sous le numéro 11/0035 F, par laquelle les sociétés Cogent communications France et Cogent communications Inc ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le Groupe France Télécom dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet et susceptibles d'être qualifiées au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 11-DSA-344 du 15 novembre 2011, n° 11-DSA-350 du 21 novembre 2011, n° 11-DSA-382 et n° 11-DSA-383 du 21 décembre 2011, n° 11-DSA-384 et n° 11-DSA-385, 22 décembre 2011, n° 12-DSA-08, n° 12-DSA-09, et n° 12-DSA-10 du 2 janvier 2012, n° 12-DSA-11 du 4 janvier 2012, n° 12-DSA-12 et n° 12-DSA-13 du 5 janvier 2012, n° 12-DSA-37 et n° 12-DSA-38 du 20 janvier 2012, n° 12-DSA-40 et n° 12-DSA-41 du 25 janvier 2012, n° 12-DSA-54 et n° 12-DSA-59 du 1 février 2012, n° 12-DSA-64 du 13 février 2012, n° 12-DSA-118 du 8 mars 2012, n° 12-DSA-121 du 13 mars 2012, n° 12-DSA-126 du 15 mars 2012 et n° 12-DSA-142 du 30 mars 2012 ;

Vu la décision de déclassement n° 12-DECR-13 du 26 juin 2012 ;

Vu le procès verbal d'audition de France Télécom du 7 mars 2012, relatif à l'évaluation préliminaire et aux préoccupations de concurrence du rapporteur ;

Vu les engagements proposés par France Télécom le 2 avril 2012 et mis en ligne le 3 avril 2012 ;

Vu les observations présentées le 3 mai 2012 par les sociétés Cogent, SFR, OVH, Verizon France, Neuronnexion, les associations ASIC et Ilico et M. Jérôme X..., consultant en réseaux IP ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants de France Télécom et des sociétés Cogent communications France et Cogent communications Inc., entendus lors de la séance du 28 juin 2012 ;

Les représentants de la société SFR, de l'ARCEP entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS.....	5
A. La saisine et le rappel de la procédure.....	5
B. Présentation du secteur	6
1. Trois catégories d’acteurs.....	6
a) Les fournisseurs d’accès Internet	6
b) Les prestataires de services de la société de l’information	6
c) Les opérateurs de transit.....	6
2. Le fonctionnement des accords d’interconnexion.....	6
a) Les principes du routage sur Internet	7
b) Les différents types d’accords d’interconnexion	7
c) La hiérarchie des accords d’interconnexion.....	9
3. Le marché de l’interconnexion de données	10
4. Les entreprises concernées	10
a) Les saisissantes : Cogent communications France et Cogent communications Inc.	10
b) L’entreprise mise en cause : France Télécom	11
5. Le litige entre les entreprises	11
C. Les marchés concernés	12
1. Le marché pertinent de l’accès direct ou indirect aux abonnés d’Orange.....	12
a) Le marché des produits et des services	12
Le marché de l’accès spécifique aux clients internautes d’Orange.....	12
Observations produites dans le cadre du test de marché	14
b) Le marché géographique	15
2. La position de France Télécom sur le marché.....	16
D. Les pratiques visées par la saisine	18
1. Refus d’accès à une facilité essentielle et vente liée	18
2. Facturation de capacités supplémentaires dans le cadre de l’accord de « peering ».....	19
3. Discrimination par rapport aux autres opérateurs de transit.....	20
4. Non propagation des préfixes aux pairs	20
5. Discrimination par rapport à Open Transit.....	21
6. L’allocation des capacités de « peering » gratuit à Paris.....	21
E. La mise en œuvre de la procédure d’engagements.....	23
1. Les préoccupations de concurrence formulées par le rapporteur	23
2. Les engagements proposés par France Télécom	24
3. Les réponses au test de marché.....	25

4. Nouvelle version des engagements	25
II. DISCUSSION	25
A. Sur l'application du droit communautaire	25
1. Sur l'affectation du commerce entre États membres.....	25
2. Sur le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres.....	26
B. Sur la pertinence de la procédure d'engagements	26
C. Sur les conséquences qu'impliquerait la validation des engagements par l'Autorité sur le fonctionnement général d'Internet.....	27
D. Sur l'appréciation des engagements proposés par France Télécom	28
1. Sur le premier engagement : formalisation d'un protocole interne	28
a) Sur le caractère prétendument contraire à la réglementation sectorielle des mesures proposées	28
b) Sur le caractère prétendument inapproprié et insuffisant des mesures proposées	28
c) Sur la nature des relations qui lient Open Transit à Orange dans cadre du protocole	29
2. Sur le deuxième engagement : suivi du protocole interne.....	30
E. Les engagement définitifs pris par France Télécom.....	31
III. CONCLUSION	32
DÉCISION	33

I. CONSTATATIONS

A. LA SAISINE ET LE RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Par lettre du 9 mai 2011, enregistrée sous le numéro 11/0035 F, les sociétés Cogent Communications France et Cogent Communications INC, désignées ci-après comme « *Cogent* », ont saisi l'Autorité de la concurrence « *de pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur le marché du transit et ses marchés connexes* ».
2. Dans sa saisine, Cogent dénonce, notamment, un refus d'accès à la facilité essentielle que constituerait l'accès aux abonnés du réseau domestique d'Orange, l'AS 3215, refus couplé à une interconnexion imposée au niveau international du réseau de France Télécom, l'AS 5511. L'entreprise reproche également à France Télécom de n'avoir plus permis la transmission des préfixes par les pairs de Cogent, en particulier par une entreprise américaine qui aurait été son dernier transitaire et serait devenue très récemment un pair de France Télécom. La plaignante dénonce par ailleurs une pratique de vente liée entre l'accès aux abonnés d'Orange et des prestations de transit. Elle ajoute enfin que France Télécom aurait proposé à des fournisseurs de services une prestation de transit à des prix très bas impliquant un effet de ciseau tarifaire. Elle souligne enfin la faiblesse de la capacité d'interconnexion qui lui a été accordée à Paris.
3. La saisine a été communiquée pour avis à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le 1^{er} juillet 2011, en application de l'article R. 463-9 du code de commerce. L'ARCEP a rendu son avis n° 2011-1241 le 20 octobre 2011.
4. Au cours d'une audition organisée le 7 mars 2012, le rapporteur a fait part à France Télécom des préoccupations de concurrence que soulève la saisine. Le procès-verbal d'audition a été signé par le représentant de France Télécom et un exemplaire lui a en été remis.
5. À l'issue de cette audition, France Télécom a indiqué qu'elle envisageait, sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce, de proposer des engagements répondant de manière pertinente, crédible et vérifiable aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.
6. Le 2 avril 2012, France Télécom a communiqué au rapporteur des propositions d'engagements qui ont été mises en ligne le même jour afin de recueillir les observations des tiers intéressés.
7. Les sociétés Cogent, SFR, OVH, Verizon France, l'ASIC, Ilico et Neuronnexion, ainsi que M. X..., consultant expert en réseaux IP (dont les observations sont intégralement reprises par l'association Ilico « *Internet libre en Corrèze* »), ont répondu au test de marché.

B. PRÉSENTATION DU SECTEUR

8. Le réseau Internet assure une connexion entre tous ses utilisateurs finals, c'est-à-dire, d'une part, les prestataires de la société de l'information (PSI), qui sont des fournisseurs de contenus ou de services, et, d'autre part les abonnés des fournisseurs d'accès à Internet ou FAI. Les opérateurs de transit, ou transitaires, prennent en charge cette connexion. La place de ces trois acteurs de l'Internet, puis le fonctionnement du marché de l'interconnexion et enfin l'évolution récente de ce marché seront successivement présentés.

1. TROIS CATÉGORIES D'ACTEURS

a) Les fournisseurs d'accès Internet

9. Les FAI offrent aux utilisateurs finals sur le marché de détail une connexion à l'Internet mondial. Pour ce faire, les FAI déploient un réseau national qui se compose de trois segments : la boucle locale qui relie chaque abonné, le réseau de collecte et enfin le cœur de réseau qui sert d'interface de connexion avec les autres réseaux mondiaux pour créer le réseau Internet. Le trafic IP qui transite sur le réseau des FAI se compose, d'une part, des requêtes envoyées par les internautes vers le réseau Internet, d'autre part, de la réponse à ces requêtes, constituée des données que souhaite consulter l'utilisateur final, à l'origine de la requête. Afin de satisfaire la demande de leurs abonnés en contenus Internet, les FAI doivent donc assurer la connectivité entre leur réseau et tous les autres réseaux (PSI et FAI).

b) Les prestataires de services de la société de l'information

10. Les prestataires de services de la société de l'information (PSI) recouvrent un large éventail d'acteurs que l'on peut scinder en deux catégories : les fournisseurs de contenus (FC) comme Wikipedia ou le site de VOD d'une chaîne de télévision et les fournisseurs de services (FS) comme les services de sauvegarde en ligne ou les services de messagerie instantanée. Leurs activités sur Internet ne sont pas les mêmes, ce qui peut entraîner une différence de trafic assez importante et des besoins différents en matière de transit IP.

c) Les opérateurs de transit

11. Les opérateurs de transit, comme Cogent, Level3, ou Open Transit (marque de France Télécom) permettent de mutualiser les interconnexions de tous les utilisateurs finals. En effet, les réseaux d'accès des utilisateurs finals sont dispersés sur toute la planète et il est nécessaire de créer une connexion physique, constituée de réseaux internationaux et intercontinentaux de câbles, interconnectés entre eux. Ainsi, au lieu d'avoir un très grand nombre d'interconnexions bilatérales entre chaque fournisseur de contenu ou service et chaque fournisseur d'accès à Internet (FAI), l'accès à tout Internet peut être assuré par des prestations de transit, le cas échéant sur de longues distances.

2. LE FONCTIONNEMENT DES ACCORDS D'INTERCONNEXION

12. Le fonctionnement du réseau mondial de l'Internet repose sur l'interconnexion de ces différents acteurs. Il convient de présenter sommairement le fonctionnement technique de cette interconnexion (i), qui détermine le type de relation contractuelle, transit ou

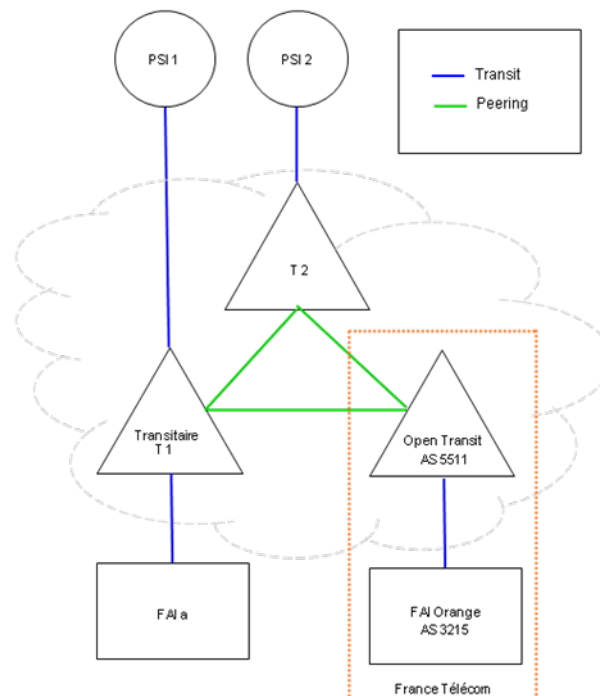
« *peering* », que chacun des acteurs pourra choisir (ii), en fonction notamment de sa place dans la hiérarchie de l'Internet (iii).

a) Les principes du routage sur Internet

13. Le réseau mondial est composé d'une juxtaposition de réseaux indépendants mais interconnectés, appartenant à différents opérateurs, réseaux constitués chacun d'un système autonome de routeurs et de serveurs, dénommé « *autonomous systems* » ou AS. C'est l'interconnexion des AS qui forme le réseau mondial.
14. Selon la description de l'Arcep, pour que l'information puisse être échangée d'un point à l'autre de l'Internet, elle doit être acheminée d'AS en AS et, au sein de chaque AS, passer de routeur en routeur, chacun identifié par une adresse IP particulière. Pour ce faire, chaque AS annonce aux autres AS avec lesquels il est interconnecté ses préfixes IP, qui se réfèrent à des ensembles d'adresses IP. Ces préfixes IP sont ensuite propagés à l'ensemble de l'Internet, de proche en proche, en empruntant les interconnexions existantes, afin d'indiquer les routes pouvant être empruntées pour atteindre les routeurs ou les abonnés identifiés par ces adresses IP. Ce système d'annonces et de propagation assure la connectivité globale de l'Internet, et ouvre la possibilité pour une partie tierce d'envoyer du trafic. La non propagation de préfixes entre deux AS est cependant toujours possible, en vertu d'un choix technique ou économique de l'opérateur, et conduit à bloquer les routes correspondantes.

b) Les différents types d'accords d'interconnexion

15. On distingue traditionnellement le transit et le « *peering* » (accord de pair à pair).



- *Le transit*

16. Les relations de transit ont vocation à fournir aux clients des opérateurs de transit, FAI ou PSI, un accès à l'ensemble de l'Internet international : on parle alors de « *transit*

universel ». Cette prestation est payante, en fonction de la capacité utilisée, dès le premier mégabit. En pratique, lorsqu'un FAI achète du transit à un opérateur de transit, celui-ci lui assure une connectivité vers n'importe quel acteur, par la propagation des préfixes du FAI via son propre réseau de transit ou celui des partenaires qui lui sont connectés.

17. Aujourd'hui, plusieurs profils de transitaires se dégagent, en fonction du type de clientèle visée :

- les transitaires ayant principalement pour clients des PSI envoient plus de trafic à leurs partenaires qu'ils n'en reçoivent. C'est le cas de Cogent. Certains usages, comme la vidéo, conduisent en effet à des échanges de flux de données très déséquilibrés avec les réseaux des FAI : la requête montante de l'internaute est beaucoup moins lourde que les données demandées. C'est, par exemple, le cas des connexions des internautes au site MegaUpload, fournisseur de vidéos et client de Cogent ;
- les transitaires issus, et ayant pour clients principaux, des FAI : certains FAI ont déployé un réseau international de câbles transnationaux qui leur permet de développer des interconnexions directes dans le monde entier, à l'instar des opérateurs de transit. Cet investissement permet alors aux FAI de développer une activité de transitaire. Un tel investissement peut notamment se justifier pour un FAI disposant de plusieurs filiales dans différents pays, comme c'est le cas de FAI américains et de FAI anciens monopoles publics européens. Les clients de ces FAI, en l'occurrence les internautes, étant plus récepteurs qu'émetteurs de contenus, ces acteurs reçoivent plus de trafic de leurs partenaires qu'ils n'en émettent. France Télécom appartient à cette catégorie ;
- enfin, certains transitaires peuvent avoir un trafic équilibré entre ces différents acteurs.

- Le « *peering* »

18. Selon la définition de l'Arcep, le « *peering* » (accord de pair à pair) est un type d'accord d'interconnexion permettant à deux acteurs de s'échanger, en direct, le trafic qu'ils s'adressent mutuellement, sans emprunter les routes du réseau international. Dans ce cadre, les acteurs ne propagent pas les préfixes de leurs autres partenaires, rendant ce lien mobilisable uniquement pour leur trafic mutuel. Un troisième opérateur, ayant signé un accord de « *peering* » avec l'un des deux partenaires, ne pourra donc, par ce biais, avoir accès aux abonnés de l'autre partenaire.

19. Dans le schéma traditionnel, le « *peering* » étant mis en œuvre entre partenaires ayant des profils similaires, cet échange se fait à titre gratuit : les apports sont en effet équilibrés de part et d'autre. Les accords de « *peering* » peuvent cependant prévoir une facturation en cas d'asymétrie trop importante entre les deux partenaires. Le ratio de symétrie de référence - généralement assez proche de 2 contre 1 - ainsi que les montants facturés entre partenaires, au-delà de l'asymétrie autorisée des flux, sont en général précisés dans les « *pratiques de peering* » (« *peering policy* ») des différents opérateurs.

20. Bien que les accords de « *peering* » soient le plus souvent gratuits, dans les limites précisées ci-dessus du ratio de symétrie, le développement de dissymétries structurelles de trafic entre certains acteurs, typiquement entre PSI et FAI, voire entre des FAI et/ou des transitaires, a fait récemment apparaître des accords parfois qualifiés de « *peering payant* », non plus au-delà de la dissymétrie constatée mais dès le premier mégabit. Le paiement au premier mégabit étant une caractéristique du transit, on peut s'interroger sur la qualification de tels accords, qu'on peut également nommer, comme dans la suite de cette

décision, « *transit tronqué* ». L'apparition de tels accords « *mixtes* », qui relèvent du « *peering* » par leur caractère de liaison directe, et du transit pour les modalités de rémunération, est caractéristique des évolutions récentes du marché des accords de connexion.

21. En conclusion, transit et « *peering* » sont deux outils de connectivité entre lesquels les acteurs cités plus haut – PSI, transitaires, FAI – peuvent arbitrer. Le transit offre une connexion avec l'ensemble du réseau mondial, mais il est payant en fonction des megabits échangés. Le « *peering* » permet un échange direct, donc privilégié techniquement et habituellement gratuit, mais avec un seul opérateur.
22. Selon l'Arcep, le « *peering* » gratuit entre opérateurs est majoritaire en nombre d'accords : un opérateur « *Non Tier 1* » a en général deux à quatre contrats de transit, mais peut avoir plusieurs dizaines d'accords de « *peering* », généralement gratuits.

c) La hiérarchie des accords d'interconnexion

23. Les acteurs de l'Internet, PSI et FAI, en fonction de leur taille et des réseaux longue distance interconnectés qu'ils ont pu développer, sont divisés en trois groupes de niveau décroissant.
24. Les opérateurs de rang 1, appelés « *Tier 1* », après avoir développé un réseau longue distance suffisamment développé au niveau mondial, et en fonction de leur importance, sont réputés n'avoir recours à aucune prestation de transit pour accéder à l'ensemble des réseaux constituant l'internet : ils sont dits « *transit free* ». Ils sont tous connectés entre eux par des accords de « *peering* » qui leur donnent accès à la totalité du réseau. Un opérateur de rang 1, bien que « *transit free* », peut cependant, selon certaines définitions, avoir recours ponctuellement à du « *peering* » payant. Selon que la définition adoptée est stricte ou large, il existerait de 9 à 20 opérateurs de rang 1. Cogent et France Télécom (depuis 2010), n'achetant pas de transit, peuvent être considérés comme des opérateurs de rang 1, ce qui n'exclut pas qu'ils puissent conserver une ou plusieurs relations de « *peering* » payant.
25. Les opérateurs de rang 2 sont des opérateurs de taille moyenne. Ils ont des accords de « *peering* » entre eux, au sein d'une même zone géographique, mais doivent acheter du transit pour accéder à l'Internet mondial. Les principaux FAI français, en dehors de France Télécom, sont dans cette situation.
26. Les plus petits opérateurs, dits de rang 3, n'ont recours qu'au transit pour assurer leur connectivité. Ils peuvent nouer des relations à cette fin avec un ou plusieurs transitaires.
27. Cette hiérarchie est ascendante : les opérateurs plus petits, qu'il s'agisse des FAI ou des PSI, ont en effet intérêt à signer, dès qu'ils ont acquis une taille suffisante, des accords de « *peering* » pour devenir opérateurs de rang 2 et, à terme, quand ils auront constitué un réseau suffisant, « *peerer* » avec un opérateur de rang 1 pour économiser sur le coût du transit; de même, les acteurs de niveau 2 ayant signé avec un nombre suffisant de partenaires peuvent développer à leur tour une offre de transit, ajoutant ainsi ce métier à leur métier de FAI.

3. LE MARCHÉ DE L'INTERCONNEXION DE DONNÉES

28. La quantité de données échangée sur Internet est en croissance continue depuis plusieurs années. Selon les chiffres de l'Arcep, citant une étude Cisco, la croissance mondiale moyenne sur la période 2010-2015 serait supérieure à 30 % par an, du fait, d'une part, de l'augmentation de la population mondiale connectée et, d'autre part surtout, de l'explosion des services de vidéo en ligne, qui sont très consommateurs de débit. Selon Cisco, la part de la vidéo sous toutes ses formes pourrait représenter près de 90 % du trafic en 2015.
29. Cette forte croissance des débits échangés n'implique cependant pas une croissance du même ordre des dépenses de transit, la baisse du coût des équipements et la hausse des performances ayant permis une baisse sensible du coût du transit, permettant une relative stabilisation de la facture des FAI sur la période.
30. [Confidentiel]
31. La position des transitaires sur le marché a cependant fortement évolué ces dernières années. A l'origine, le coût de déploiement du réseau et l'absence de poids économique des PSI, qui peinaient à trouver leur modèle financier, ont donné aux transitaires un rôle central, qui s'est reflété dans la part qu'ils ont pu s'attribuer dans le partage de la valeur en provenance des utilisateurs finals, PSI et abonnés.
32. Deux phénomènes ont cependant contribué à modifier cet équilibre. Tout d'abord, le poids toujours plus important pris sur le marché par quelques grands PSI (Google, Amazon, E-bay ou Mega Upload) a poussé certains de ceux-ci à faire le choix de s'interconnecter directement aux FAI, en agissant comme leur propre fournisseur d'accès, ce qui leur assurait une meilleure qualité de service tout en leur permettant de ne plus payer les transitaires.
33. Par ailleurs, la croissance des PSI, et notamment ceux émettant des flux vidéo, a entraîné, pour les transitaires spécialisés sur cette clientèle, un risque de déséquilibre structurel important des flux entrants et sortants avec les FAI, susceptibles d'entraîner de fortes tensions avec ceux-ci, d'autant que la baisse importante des coûts du transit international ne s'est reflétée que partiellement dans la baisse du coût d'accès aux internautes : les réseaux de collecte des FAI, relativement capillaires, ne permettent pas en effet les mêmes économies d'échelle. La croissance du trafic a donc impliqué de la part des FAI, une croissance continue des investissements pour écouler les flux descendants des PSI, dans des conditions économiques moins favorables que pour les transitaires. Dès lors, certains FAI ont cherché à augmenter les recettes qu'ils tirent des PSI, directement ou via leur relation avec leur transitaire.

4. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

a) Les saisissantes : Cogent communications France et Cogent communications Inc.

34. Cogent communications, Inc., fondée en 1999, est une société cotée au Nasdaq dont le siège est situé à Washington, DC. Son chiffre d'affaires en 2010 était de 263 M\$ (dont environ 22 % ont été réalisés en Europe). Elle est un fournisseur international de services Internet « Tier 1 » (ou « transit free ») et un opérateur de réseau actif sur le marché de gros (ainsi que sur le marché de détail pour une clientèle d'entreprises, mais principalement aux Etats-Unis). Cogent exploite un réseau longue distance de fibres optiques couvrant une

grande partie de l'Amérique du Nord et de l'Europe, et incluant des liaisons transatlantiques. Au plan mondial, Cogent exploite un réseau IP sur fibres optiques de plus de 82 000 km. L'entreprise fournit ses services dans 30 pays. Elle est interconnectée avec près de 3 500 autres réseaux ou opérateurs.

35. Cogent dispose de multiples filiales, toutes détenues à 100 %, dans les différents pays où elle est présente, notamment Cogent communications France, société par actions simplifiée à associé unique au capital de 13 075 125 € opérateur déclaré qui dispose d'une licence sur le fondement des articles L. 33.1 et L. 34 du code des postes et communications électroniques (CPCE).
36. Son offre de services comprend le Transit IP, le transport de données par liaisons Ethernet point à point et l'hébergement physique d'équipements au sein de ses « *data centers* ». Ce portefeuille de services s'adresse à deux types de segments : le marché de gros, qui comprend les fournisseurs de contenus et de services et les FAI (dont l'activité repose essentiellement sur l'accès Internet) et le marché de détail de l'accès Internet qui vise principalement les entreprises.
37. Les leaders du marché du transit sont les sociétés Level 3 et Global Crossing (qui ont fusionné récemment), pour une part de marché d'environ 20 % chacune ; Cogent serait le troisième, avec une part d'environ 17 % du marché.

b) L'entreprise mise en cause : France Télécom

38. France Télécom est une société anonyme immatriculée en France. Elle a son siège social au 78 rue Olivier de Serres, 75015 Paris.
39. France Télécom est active sur la plupart des marchés du secteur des communications électroniques. En 2011, le groupe a réalisé un chiffre d'affaires consolidé de 45,3 milliards d'euros (dont 22,5 milliards en France). Toutes offres confondues, le groupe compte environ 217 millions de clients dans le monde. En France, sous la marque Orange, France Télécom est leader sur le marché de l'accès Internet haut débit.
40. Sur le marché de l'interconnexion, France Télécom est présente avec deux réseaux distincts :
 - Orange Internet (AS 3215) est le réseau national auquel sont raccordés les clients du FAI Orange. Il est interconnecté en « *peering* » gratuit avec les autres FAI français de taille importante ;
 - Open Transit (AS 5511) est le réseau international, interconnecté avec Orange Internet, mais relié également à un ensemble d'autres réseaux internationaux par des accords de « *peering* » généralement gratuits. Orange peut être considéré comme un opérateur « *transit free* » depuis 2010. Open Transit n'étant qu'une offre commerciale, son chiffre d'affaires n'est pas publié de façon distincte au sein des comptes du groupe.

5. LE LITIGE ENTRE LES ENTREPRISES

41. Les réseaux de Cogent et Open Transit sont interconnectés par la voie d'accords de « *peering* » gratuit. L'interconnexion avec Cogent n'est cependant utilisée par France Télécom que pour connecter les clients de Cogent et d'Open Transit : elle n'a pas pour objet d'obtenir une connectivité mondiale.

42. Les réseaux de Cogent (AS 174) et d'Open transit (AS 5511) sont interconnectés grâce à sept points d'interconnexion (« *portes* ») situés pour quatre d'entre eux en Europe et les trois autres aux Etats Unis. La capacité totale installée s'élevait à 66,5 Gbits/s en avril 2011. Cogent, estimant ce chiffre notablement insuffisant, réclamait dans sa saisine une capacité totale de 130 Gbits/s. Aujourd'hui, compte tenu de la disparition de Mega Upload, qui représentait une partie importante des interconnexions entre Cogent et Open Transit, les capacités actuelles paraissent suffisantes. Selon les déclarations de France Télécom en séance, Cogent utiliserait aujourd'hui moins de 40 % des capacités offertes.
43. Sur ce total, la capacité installée en France (Paris) ne s'élevait qu'à 2 Gbit/s, entraînant donc depuis plusieurs années une saturation fréquente, notamment sur cette porte, ainsi qu'à Londres et à Chicago. En cas de congestion sur la porte de Paris, le trafic doit emprunter un chemin plus long, par exemple en passant par le point d'interconnexion de Madrid. Mais, à mesure que le nombre de « traversées » de routeurs et de sauts de réseau augmente et, dans une moindre mesure, que les distances parcourues par le signal s'allongent, la qualité de service peut s'en trouver affectée (latence, taux de paquet perdu, etc.) : ce qu'on appelle l'effet de trombone (« *tromboning* »). L'utilisateur peut en ressentir les effets sous la forme d'une qualité de service dégradée, ce qui affecte l'image des fournisseurs de contenus auprès des internautes qui, faute d'information, peuvent rendre le PSI responsable de cette mauvaise qualité et, par contagion, Cogent, dont les PSI peuvent se détourner s'il ne peut leur assurer la qualité de trafic attendue des internautes. [Confidentiel].

C. LES MARCHÉS CONCERNÉS

44. Dans les paragraphes suivants, sont présentés la définition du marché pertinent en cause et la position de France Télécom sur ce marché.

1. Le marché pertinent de l'accès direct ou indirect aux abonnés d'Orange

45. Dans les paragraphes suivants sont définis, le marché de produits (a), ainsi que le marché géographique (b). Dans chacune de ces parties, les principales observations soulevées à l'occasion du test de marché sont présentées.

a) Le marché des produits et des services

Le marché de l'accès spécifique aux clients internautes d'Orange

46. Le marché de la connectivité sur Internet, relativement récent, est un marché concurrentiel non régulé. Par conséquent, en l'absence de régulation spécifique, les modalités des accords d'interconnexion sont le résultat de négociations commerciales entre les acteurs.
47. En ce qui concerne la définition du marché qui serait ici spécifiquement concerné, Cogent estime qu'il s'agit du marché de l'accès direct aux abonnés du FAI Orange.
48. Du point de vue des demandeurs (PSI, autres FAI, opérateurs de transit), il apparaît en effet que la possibilité d'échanger du trafic avec les internautes abonnés aux offres d'accès à Internet d'Orange, et non avec les abonnés des autres FAI, délimite un besoin spécifique.

49. La satisfaction de ce besoin spécifique ne passe pas par les accords de « *peering* » conclus entre Open Transit et ses pairs. Certes, France Télécom donne accès aux abonnés d'Orange ainsi qu'à l'ensemble des clients d'Open Transit dans le cadre de ces contrats, mais il s'agit alors d'un accès réciproque, en échange duquel l'opérateur de transit partenaire donne également accès aux réseaux de ses clients. De même, les offres de transit « *universel* » qui sont des offres destinées aux PSI et qui ne visent pas spécifiquement les abonnés d'Orange, comme expliqué « *supra* » (point 16), répondent à un besoin différent.
50. La demande spécifique d'accès aux abonnés d'Orange peut être satisfaite de deux manières, directe ou indirecte.
51. En premier lieu, France Télécom propose des offres de connectivité directe au réseau domestique d'Orange (Orange Internet, AS 3215), offres qui permettent essentiellement d'échanger du trafic avec les clients d'Orange en France. Il s'agit des offres « *C3215* » et « *DCIO* ».
52. En second lieu, le réseau international (Open transit, AS 5511) propose des offres de connectivité internationale, qui ont normalement pour vocation de connecter le client (FAI ou PSI) à l'ensemble du web. Cependant, ces offres de connectivité universelles proposées par des opérateurs de transit peuvent aussi, dans certains cas, répondre à la demande d'interconnexion spécifique à Orange en étant utilisées dans des conditions proches ou peu différentes de celles des offres d'interconnexion avec le réseau domestique 3215. En effet, les offres de transit, même si elles permettent contractuellement, le plus souvent, un accès global à tous les réseaux, peuvent également être utilisées uniquement pour l'accès à un réseau particulier et, dans ce cas, le prix convenu entre le client et le transitaire prendra en compte cette utilisation majoritaire ou exclusive de certaines routes. La limitation à certaines routes peut également, plus rarement, être fixée contractuellement (transit tronqué).
53. Ces offres peuvent d'abord émaner du groupe France Télécom. Pour de nombreux demandeurs de connectivité à Orange, en particulier des fournisseurs de contenus et de services, les offres d'Open Transit sur l'AS 5511 constituent un substitut aux offres d'accès direct sur 3215 et ne sont dans ce cas utilisées que pour accéder à Orange (l'accès au reste du web est alors assuré en recourant à d'autres transitaires).
54. Ces offres peuvent également être fournies par d'autres opérateurs de transit. En effet la nécessité où se trouve France Télécom, considéré depuis 2010 comme réseau de premier rang, ou « *Tier 1* », de s'interconnecter à tous les réseaux conduit l'opérateur à accorder des interconnexions en « *peering* » à des réseaux internationaux ou nationaux. Ces interconnexions réciproques mises en place par France Télécom via Open Transit permettent aux acteurs qui en bénéficient de proposer aux clients finals des offres répondant au besoin d'accès spécifique aux abonnés d'Orange.
55. M6 indique ainsi que, par souci de sécurité, elle accède aux internautes d'Orange par le biais de deux transitaires, Open Transit et Tata Telecom. Ce double approvisionnement permet également, dans une certaine mesure, d'optimiser le trafic en choisissant la meilleure route. Les offres de transit d'Open Transit et de Tata Telecom sont facturées à des prix similaires et M6 utilise des capacités à peu près identiques chez chaque transitaire.
56. Le fait que le transit ait vocation à être universel n'empêche donc pas certaines offres de transit utilisées, et parfois négociées pour atteindre spécifiquement ou principalement le réseau d'un FAI, de constituer des alternatives aux offres d'accès direct à ce réseau. Plusieurs clients importants des offres de transit de France Télécom arbitrent entre un contrat Open Transit et des contrats auprès d'autres transitaires afin d'assurer leur besoin

d'accès spécifique aux abonnés d'Orange. Ces offres particulières de transit, en ce sens qu'elles sont restreintes au réseau domestique d'Orange, pourraient également appartenir au marché spécifique de l'accès aux clients d'Orange.

57. Bien que France Télécom détienne un monopole technique pour l'accès à son réseau, puisque à un moment ou un autre, les flux doivent passer par une interconnexion physique, soit directement avec le réseau d'Orange (AS 3215) soit indirectement avec le réseau d'Open Transit (AS 5511), elle ne détient donc pas un monopole commercial. En effet, d'autres acteurs du secteur sont en mesure de proposer des offres commerciales susceptibles de répondre au besoin d'accès spécifique aux abonnés d'Orange, comme c'est le cas pour M6 avec Tata Telecom.
58. Il résulte de ce qui précède que des offres de transit restreint, qu'elles soient proposées par Open Transit ou par ses concurrents, peuvent être substituables aux offres d'accès direct proposées par France Télécom, du moins quand elles sont négociées et/ou utilisées pour un accès spécifique aux abonnés d'Orange.

Observations produites dans le cadre du test de marché

59. Dans le cadre du test de marché, plusieurs observations ont été formulées sur la définition du marché.
60. Selon le saisissant, les accès indirects, établis via Open Transit seul ou par le biais également d'autres opérateurs de transit, en relation de « *peering* » avec Open Transit (c'est-à-dire les pairs d'Open Transit), ne constitueraient pas des solutions de substitution, car ils ne se situeraient pas au même niveau de la chaîne de valeur. Cogent fait valoir en particulier que les accès indirects sont composés de segments de transport distincts.
61. Cogent indique en effet qu'il serait nécessaire de distinguer les différents niveaux d'accès au réseau, conformément aux recommandations de la Commission européenne en matière d'accès haut débit, qui considèrent que le dégroupage et le « *bitstream* » constituent deux marchés pertinents distincts. Comme dans le cas d'espèce, les prestations de *bitstream* contiennent les prestations de dégroupage mais offrent également une prestation de transport. Cogent précise que sa demande est une demande d'accès directe aux clients d'Orange, et qu'elle ne souhaite pas de prestation de transport dans la mesure où elle dispose de son propre réseau transport.
62. L'argumentation proposée selon laquelle il faudrait distinguer entre les offres directes et indirectes au même titre que sont séparés les marchés du « *bitstream* » et du dégroupage ne peut être retenue. En effet, les prestations offertes au titre du « *bitstream* » et du dégroupage ne se confondent pas : le « *bitstream* » en particulier n'offre pas la possibilité de proposer des abonnements intégrant un service de télévision sur ADSL. Les services offerts sont donc bien différents.
63. Dans le cas du marché de l'accès spécifique aux clients d'Orange, l'Autorité de la concurrence constate que cette demande d'accès peut manifestement être pourvue soit par une connexion directe, soit par une connexion indirecte, via Open Transit. Cette dernière modalité est d'ailleurs illustrée par Cogent elle-même, qui ne bénéficie que d'accès indirects pour atteindre les internautes d'Orange. L'exemple de M6 présenté au point 54 illustre également le fait qu'un accès indirect aux clients d'Orange peut être fourni de manière tout à fait substituable par Open Transit ou par un pair d'Open Transit, comme Tata Telecom.
64. Fonctionnellement, il peut certes exister des différences entre les accès directs et indirects aux internautes d'Orange. En effet si un flux allant d'un PSI situé en France vers les

internauts d'Orange transite par une porte d'interconnexion située à l'étranger (par exemple aux États-Unis), le temps de latence augmente alors et la qualité diminue. Cette situation d'aller-retour inefficace est généralement appelée « *tromboning* », comme cela a été indiqué au point 42. Pour certaines applications qui font du temps de latence un facteur de différenciation (ex : moteur de recherche), le « *tromboning* » peut être disqualifiant.

65. Cependant, s'il existe potentiellement un large éventail de qualité de service au sein des accès indirects, il apparaît que les différences de qualité de service entre les trois modalités d'accès retenues dans la définition de marché demeurent très faibles lorsqu'un seul transitaire tiers est utilisé dans le cas d'un accès indirect. Ces trois modalités constituent bien pour les fournisseurs de contenus cherchant à s'adresser spécifiquement aux internautes Orange autant de solutions substituables.
66. S'agissant des accès indirects plus spécifiquement, Cogent indique que ces accès vers le réseau d'Orange demeureraient sous le contrôle de France Télécom, qui serait en mesure de choisir les transitaires autorisés et de maîtriser le trafic par sa politique de ratio.
67. S'agissant de la capacité dont disposerait France Télécom de choisir et donc de limiter le nombre des concurrents d'Open Transit, l'Autorité constate que les règles du « *peering* » international sont telles que pour avoir accès à l'ensemble des routes de l'Internet, Open Transit doit nécessairement s'interconnecter avec un nombre minimum d'opérateurs de transit, également « *Tier 1* ». Or, par le biais de ces interconnexions, auxquelles France Télécom ne peut se soustraire, les pairs d'Open Transit et tous leurs clients (FAI, PSI ou autres transitaires en transit payant) peuvent acheminer librement des flux vers les clients et les internautes d'Orange, pour autant qu'ils respectent la politique de « *peering* » d'Open Transit. En réduisant le nombre de pairs avec lesquels Open Transit est interconnecté, France Télécom se couperait alors de pans entiers de l'Internet, ce qui n'est pas dans son intérêt. Elle n'a pas non plus intérêt à refuser l'interconnexion avec des transitaires non « *Tier 1* », car, par définition, ces interconnexions sont payantes et constituent autant de sources de revenus pour elle.
68. Cogent considère, enfin, que les ports d'interconnexion au réseau domestique de France Télécom (AS 3215) doivent être regardés comme une infrastructure essentielle.
69. L'analyse révèle une situation qui peut paraître inédite, dans laquelle France Télécom contrôle effectivement l'interconnexion physique à son réseau, mais les accords de « *peering* » qu'elle est contrainte de passer pour offrir à ses clients un accès à l'ensemble de l'Internet, impliquent, de facto, la perte de la maîtrise exclusive de l'accès à ses abonnés. Dans ces conditions, la comparaison avec d'autres marchés (haut débit, ports maritimes, etc.) n'apparaît pas pertinente et, compte tenu de l'existence des modalités d'accès alternatives aux abonnés d'Orange, la qualification d'infrastructure essentielle suggérée par Cogent ne peut être retenue.
70. En conclusion, le marché des offres d'accès direct ou indirect aux abonnés français du fournisseur d'accès à Internet Orange est susceptible de constituer un marché pertinent au sens du droit de la concurrence.

b) Le marché géographique

71. S'agissant de la dimension géographique du marché, l'accès peut en principe être fourni en tout point du globe. Néanmoins, l'effet de « *tromboning* » décrit ci-dessus réduit fortement la dimension géographique potentielle du marché. Il est donc probable que les offres d'accès ne soient réellement substituables aux offres situées à Paris que dans un périmètre

géographique limité à la France ou éventuellement aux pays immédiatement voisins. La question de l'extension aux pays immédiatement voisins peut néanmoins être laissée ouverte car elle conduirait à la même conclusion s'agissant de la position de France Télécom sur le marché.

2. La position de France Télécom sur le marché

72. Après examen de la liste des principaux prestataires techniques (représentant au moins 80 % du trafic écoulé à destination des abonnés d'Orange en 2011), il ressort que, sur ces 80 %, la quantité de trafic passant par des transitaires autres qu'Open Transit représente moins de la moitié du trafic acheminé vers Orange. Inversement, plus de la moitié du trafic à destination d'Orange passe par une offre payante du groupe France Télécom (3215 et 5511). Conformément aux règles dégagées par la jurisprudence en matière de définition de marché, ce calcul ne tient naturellement pas compte de l'autoconsommation.
73. De plus, la proportion minoritaire d'offres concurrentes n'a pas vocation à augmenter facilement car il existe des contraintes de capacité pour les concurrents. Les transitaires ne peuvent, en effet, proposer des offres alternatives qu'à hauteur des capacités d'interconnexion qu'ils ont avec France Télécom dans le cadre des accords de « *peering* ». Or, France Télécom contrôle les capacités de « *peering* » et n'ouvre ou n'augmente celles-ci que si l'intérêt à le faire est partagé. La mise à disposition de nouvelles capacités peut ainsi être soumise à des conditions financières ou techniques :
- sur un plan financier, la politique de « *peering* » de France Télécom (comme celle d'ailleurs de la plupart des « *Tier 1* ») définit un ratio de trafic (le trafic entrant sur le réseau d'Orange rapporté au trafic sortant vers le transitaire ne doit pas dépasser un certain seuil), au-delà duquel peut s'instaurer une facturation. Cette politique vise à éviter un engorgement du réseau d'Orange. Il en résulte qu'un transitaire concurrent n'est en mesure de répondre à une demande de connectivité à Orange émanant d'un PSI présentant des ratios de trafic déséquilibrés (par exemple des sites de vidéo comme Netflix, Mega Upload ou Youtube), que s'il accepte de dégrader son ratio vis-à-vis de France Télécom et le cas échéant de payer pour le dépassement de celui-ci ;
 - sur un plan technique, France Télécom détermine la localisation du point d'interconnexion. Or, comme signalé ci-dessus, pour certaines applications qui font du temps de latence un facteur de différenciation, cette localisation peut être disqualifiante si elle est trop éloignée de Paris. Les transitaires pairs ne peuvent donc proposer des offres commerciales d'accès à Orange avec des temps de latence faibles que s'ils disposent de suffisamment d'interconnexion à Paris ou dans les pays proches. En accordant parcimonieusement les interconnexions dans son pays ou à proximité, un FAI intégré peut ainsi faire baisser la qualité, en termes de latence, des offres d'accès à son réseau national proposées par les transitaires pairs.
74. Cette faculté de contrôle de la capacité allouée aux concurrents résulte de la situation d'intégration verticale du réseau international et du réseau national de France Télécom. Un FAI ne disposant pas, à la différence de France Télécom, d'un réseau international doit nécessairement passer par un ou des transitaires pour connecter ses clients au web, et de ce fait, ne maîtrise ni les ratios de trafic, qui n'existent que dans le cas du « *peering* », ni la localisation de l'interconnexion. S'il existe des solutions pour limiter le trafic entrant, par exemple en bloquant un certain taux de paquet IP en provenance du site de contenu dont le

FAI jugerait le trafic trop déséquilibré, une telle politique est plus difficile à assumer en terme d'image (atteinte à la « *neutralité* » de l'Internet), que la simple application d'une politique de « *peering* » correspondant à un standard de marché.

75. Dans ces conditions, France Télécom, qui, en sa qualité de « *Tier 1* », contrôle son trafic via le « *peering* », pourrait disposer d'un pouvoir de marché significatif.
76. Il existe une certaine forme de contre-pouvoir des acheteurs vis-à-vis de France Télécom. La tentation que peut avoir un FAI comme Orange, de facturer à un prix élevé l'accès à son réseau, est en effet tempérée par la nécessité dans laquelle il se trouve de s'interconnecter, soit avec les réseaux hébergeant les fournisseurs de contenus, soit directement avec les fournisseurs de contenus eux-mêmes. Un prix trop élevé demandé à un fournisseur de contenus (ou à son intermédiaire) pourrait inciter celui-ci à restreindre sa demande de capacité d'interconnexion auprès du FAI, ce comportement entraînant des congestions de trafic et une dégradation de la qualité de connexion pour les internautes.
77. Cependant, une qualité de connexion dégradée à des sites à forte audience est susceptible de conduire certains abonnés à passer à la concurrence. C'est précisément sur ce mécanisme que Mega Upload, alors client de Cogent, a tenté de jouer par le passé, à la suite d'un refus de France Télécom d'augmenter gratuitement sa capacité d'interconnexion avec Cogent : lorsque les clients d'Orange tentaient de se connecter au site Internet de Mega Upload, une fenêtre « *pop-up* » était affichée, dénonçant le comportement d'Orange, et invitant ses clients à se tourner vers SFR ou Iliad.
78. Toutefois, ce contre-pouvoir d'acheteur est limité en pratique par plusieurs facteurs. En premier lieu, il n'existe pas aujourd'hui d'indicateurs consensuels permettant de mesurer la qualité de connectivité à Internet ni d'informations précises sur l'origine d'éventuelles congestions sur le réseau. En deuxième lieu, le risque de défection de clients paraît d'autant plus faible que la position du FAI est forte sur le marché de détail. Or, à cet égard, Orange est une marque attractive et France Télécom reste le principal opérateur sur le marché de détail de l'accès haut débit résidentiel, avec de fortes parts de marché sur certains segments de clientèle, notamment dans les zones peu denses du territoire. En troisième lieu, il existe des barrières au changement d'opérateur pour les internautes, résultant notamment des désagréments liés à la coupure de l'accès à Internet lors du changement de fournisseur.
79. Dans le cadre du test de marché, plusieurs observations ont été formulées sur cette question. Cogent, dans la mesure où elle conteste que les offres d'accès indirectes puissent faire partie du marché pertinent, estime qu'elles ne peuvent donc venir tempérer la position dont bénéficie Orange dans l'accès à ses abonnés. Pour Cogent, France Télécom dispose d'un « *monopole incontestable* » renforcé par la position qu'occupe Orange sur le marché de détail du haut débit et l'intégration verticale d'Orange en tant que FAI et d'Open Transit au sein de la même entreprise.
80. Contrairement à ce qu'avance Cogent cette position dominante n'est pas liée à une situation de monopole ou à la détention d'une infrastructure essentielle. France Télécom ne contrôlant pas de manière exclusive l'accès à ses abonnés, elle ne peut se trouver en situation de monopole.
81. Compte tenu de ces éléments, France Télécom est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de l'accès direct ou indirect aux abonnés d'Orange.

D. LES PRATIQUES VISÉES PAR LA SAISINE

82. Les faits à l'origine de la saisine résultent d'un différend opposant Orange et Cogent sur leurs modalités d'interconnexion. Cogent, qui a pour client le site de vidéo MegaUpload (à la date de la saisine, 90 % du trafic reçu de Cogent provenait de MegaUpload, selon France Télécom), souhaite pouvoir écouler le trafic de ses clients PSI sur le réseau d'Orange sans avoir à payer la mise à disposition de capacités supplémentaires. Pour sa part, Orange estime que Cogent ne respecte pas les ratios de sa politique de « *peering* » et refuse d'accroître gratuitement les capacités d'interconnexion de Cogent.
83. Considérant que le groupe France Télécom met en œuvre des pratiques susceptibles d'être qualifiées au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, Cogent dénonce un certain nombre de pratiques, lesquelles sont présentées dans les paragraphes suivants.

1. Refus d'accès à une facilité essentielle et vente liée

84. Cogent dénonce, d'une part, un refus d'accès à une facilité essentielle que constituerait l'accès au réseau domestique d'Orange (AS 3215) et, d'autre part, le caractère imposé d'une interconnexion au niveau du réseau international de France Télécom (AS 5511). Selon Cogent, cette interconnexion imposée à l'AS 5511 constitue une pratique de vente liée entre l'accès aux abonnés d'Orange et des prestations de transit, qui sont, selon Cogent « *deux prestations distinctes que les fournisseurs de contenus/services et les opérateurs de transit Internet devraient pouvoir acquérir séparément et, le cas échéant, auprès d'opérateurs distincts* ».
85. Les écritures de Cogent confirment qu'à la veille de la saisine, Cogent disposait de différents liens de « *peering* » avec Open Transit pour une capacité totale de près de 67Gbit/s, et que des discussions précises se sont déroulées avec Orange pour obtenir des interconnexions directes.
86. S'agissant de la pratique de vente liée, France Télécom propose des offres d'accès direct sur l'AS 3215 qui permettent d'accéder aux abonnés d'Orange et ne contiennent pas de prestation de transit. Cogent et France Télécom ont d'ailleurs mené des discussions sur la possibilité et les conditions techniques et financières d'une telle interconnexion. Les conditions proposées par France Télécom n'apparaissent pas, au vu des éléments du dossier, discriminatoires au regard de celles proposées à d'autres opérateurs.
87. Ces discussions, qui ont amené France Télécom (par le biais de sa division opérateur, la DIVOP) à proposer à Cogent une offre payante, n'ont toutefois pas abouti, Cogent souhaitant une interconnexion gratuite dans le cadre de son accord de « *peering* ». Le compte-rendu de la réunion du 28 juin 2010, produit par Cogent, est explicite sur ce point : « *FT demande confirmation à Cogent que l'offre tarifaire proposée ce jour (hors prestations de raccordement) ne correspond pas aux attentes de Cogent pour la simple raison que celle-ci est supérieure à zéro, ce que Cogent confirme, indiquant que sa position n'a pas changé en la matière depuis le début des négociations* ».
88. Cogent précise, dans une réponse faite aux rapporteurs, que « *pour Cogent, la question du peering ne se pose pas en termes d'AS 3215 ou d'AS 5511 ; Cogent accepterait en effet une interconnexion avec l'un ou l'autre de ces réseaux soit disant distincts, dès lors que cette interconnexion répondrait à ses besoins en capacité et éliminerait le phénomène du tromboning* ». Il semble donc que l'accès à l'AS 5511 soit considéré par Cogent lui-même

comme une alternative à l'offre d'accès à l'AS 3215, du moins si la localisation de l'interconnexion se situe en France. Ce n'est donc pas l'accès direct à l'AS 3215 d'Orange qui est vu par Cogent comme une facilité essentielle mais « *l'accès à une interconnexion à ses abonnés* » (§191), que cet accès soit direct ou indirect.

89. Au vu des éléments du dossier, il n'a pas été mis en évidence de pratique de vente liée susceptible de constituer un abus, dans la mesure où Cogent, conformément à ses demandes, s'est vu proposer par France Télécom un accès au client d'Orange, soit indirectement par le biais d'Open Transit, soit directement par le biais d'une interconnexion à Orange.
90. S'agissant de la pratique de refus d'accès à une facilité essentielle, il apparaît que le débat qui oppose Cogent à France Télécom ne porte donc pas tant sur le principe d'un accès que sur la question du prix des capacités supplémentaires. Au vu des éléments du dossier, il n'a pas été mis en évidence de pratique de refus d'accès à une facilité essentielle, puisque Cogent ne s'est vu opposer qu'un refus d'accroissement gratuit de la capacité disponible dans le cadre de l'accord de « *peering* ».

2. Facturation de capacités supplémentaires dans le cadre de l'accord de « *peering* »

91. Cogent considère qu'une offre payante d'accès direct à l'AS 3215 ne constitue pas une alternative, car l'opérateur perdrait son statut de « *Tier 1* ». L'opérateur de transit n'aurait donc pas d'alternative à l'offre de « *peering* » de France Télécom, qui abuserait ainsi de sa position dominante en refusant un accroissement d'interconnexion gratuite.
92. L'Autorité note cependant que la notion de « *Tier 1* » n'est pas nécessairement synonyme de gratuité absolue. Comme tout transitaire, un « *Tier 1* » se doit de respecter la politique de « *peering* » de ses pairs, qui peut prévoir un paiement en cas de dépassement des ratios. La définition de « *Tier 1* » est avant tout conventionnelle et si l'on définit un « *Tier 1* » comme un réseau qui n'achète pas de transit, cela ne l'empêche pas de payer pour certaines capacités d'interconnexion dans le cadre des accords de « *peering* ». La relation de « *peering* », même partiellement payante, reste spécifique et distincte de l'achat de transit dans la mesure où l'opérateur concerné continue à maîtriser sa relation d'interconnexion avec les autres réseaux.
93. Dans son avis rendu à l'Autorité de la concurrence dans la présente affaire, l'ARCEP note ainsi que, quand apparaît une dissymétrie « *d'intérêt ou de trafic* » entre un PSI et un FAI, une facturation peut s'instaurer. La Commission européenne a souligné qu'il n'est « *pas en principe inhabituel que (...) des réseaux proposant beaucoup de contenu concluent des accords de transit (plutôt que de peering) avec de plus grands réseaux et acceptent de payer les plus grands fournisseurs pour acheminer leur trafic* » (C(2010)1234).
94. Il ressort par ailleurs de l'instruction que plusieurs réseaux, qui restent pourtant considérés comme de premier rang (« *Tier 1* »), effectuent ou ont effectué des versements financiers à des pairs pour dépassement des ratios prévus dans les politiques de « *peering* ».
95. S'agissant plus spécifiquement de Cogent, les éléments du dossier font apparaître un trafic atypique de cet opérateur, particulièrement asymétrique. Un tel profil de trafic est de nature à induire des charges nouvelles pour France Télécom, liées à la nécessité de dimensionner ses infrastructures de réseau pour écouler le trafic vers ses abonnés.

96. Exiger de Cogent un paiement pour un accroissement de la capacité d'interconnexion n'apparaît donc pas comme relevant, en soi, d'un comportement anticoncurrentiel.

3. Discrimination par rapport aux autres opérateurs de transit

97. La politique de « *peering* » mise en place par France Télécom prévoit une facturation des capacités au-delà d'un ratio de trafic de 2,5 pour 1 entre le trafic entrant vers Open Transit et le trafic sortant vers le transitaire. Cette politique ne paraît pas se singulariser par rapport à ce qui est pratiqué par la plupart des grands opérateurs.
98. La demande d'accroissement de capacités formulée par Cogent et à laquelle France Télécom n'a pas voulu donner suite à titre gratuit s'inscrit dans un contexte de ratios très fortement déséquilibrés (jusqu'à 13 pour 1 en décembre 2009), bien au-delà de la limite de 2,5 pour 1 fixée par la politique de « *peering* » de France Télécom. Il apparaît, par ailleurs, que France Télécom fait droit aux demandes d'accroissement des capacités dès lors que le ratio se situe en-deçà de la limite de 2,5.
99. Les pratiques présentées plus haut ne paraissent donc pas être susceptibles de recevoir de qualification au titre des articles L. 420-2 du code de commerce ou 102 du TFUE.

4. Non propagation des préfixes aux pairs

100. Cogent reproche à France Télécom de n'avoir plus permis la transmission des préfixes par les pairs de Cogent, en particulier par Verizon, son dernier transitaire après que celui-ci est devenu en 2010 un pair de France Télécom.
101. La transmission des préfixes entre routeurs permet de constituer, pour chacun d'entre eux, une table de routage de l'Internet dont l'objet est d'orienter les flux vers les routes disponibles pour atteindre tous les points de l'Internet. Si un réseau tiers interconnecté à la fois à France Télécom et à Cogent ne transmet pas les préfixes de France Télécom à Cogent, les routeurs de Cogent sont dans l'incapacité de déterminer s'il existe une route disponible vers France Télécom passant par le réseau tiers.
102. La propagation des préfixes, par les pairs d'Open Transit, permettrait donc à Cogent d'accéder au réseau de France Télécom, gratuitement grâce aux accords de « *peering* », via un réseau tiers bénéficiant de liaisons non saturées avec Open Transit.
103. La non propagation des préfixes est cependant usuelle dans le cadre d'accords de « *peering* ». Cette pratique paraît d'ailleurs aller dans le sens de l'efficacité économique car, dans le cas contraire, le réseau tiers supporterait des coûts d'acheminement, *a priori* sans contrepartie financière. Comme le note l'ARCEP, « *les préfixes de Cogent, à l'instar de ceux des autres opérateurs de rang 1, ne sont pas propagés par ses pairs* ». La pratique de France Télécom « *étant répandue au sein des acteurs majeurs des réseaux internet, elle n'est pas propre à France Télécom et n'apparaît pas non plus spécifiquement dirigée contre Cogent* ».
104. Si la relation de transit qui liait précédemment France Télécom et Verizon permettait à un pair de Verizon d'envoyer du trafic à France Télécom par son intermédiaire. L'évolution de cette relation vers du « *peering* » a logiquement eu pour conséquence de mettre un terme à la propagation, par Verizon, des préfixes de France Télécom.

105. En l'état actuel du dossier, la pratique dénoncée par Cogent n'apparaît donc pas susceptible de constituer en soi un abus de position dominante.

5. Discrimination par rapport à Open Transit

106. Cogent souligne qu'elle reçoit des paiements de la part d'autres FAI qu'Orange. L'opérateur estime que la relation de « *peering* » qu'elle a établie avec France Télécom permet au FAI Orange de ne rien lui payer, ce qui constituerait un avantage important par rapport aux autres FAI qui achètent à Cogent une prestation de transit. A « *fortiori* », Cogent estime ne rien avoir à payer à France Télécom. En voulant faire payer l'interconnexion à Cogent, France Télécom opérerait une discrimination par rapport à sa propre activité de transitaire, Open Transit.
107. En substance, Cogent reproche à France Télécom de ne pas être son client et de préférer utiliser son propre réseau international. En effet, si les autres FAI peuvent être amenés à payer à Cogent des prestations de transit, c'est parce qu'ils n'ont pas fait le choix de développer un réseau international et doivent donc assurer leur accès à l'Internet mondial en recourant aux offres de transitaires. Pour ce faire, ils ont choisi d'être clients de Cogent.
108. Il ne peut cependant être reproché à France Télécom d'avoir fait le choix de développer l'activité de transitaire et de chercher à s'approvisionner en interne. La discrimination invoquée par Cogent, qui consisterait pour Orange à choisir Open Transit comme transitaire plutôt que Cogent, ne peut donc pas être retenue.

6. L'allocation des capacités de « *peering* » gratuit à Paris

109. Cogent souligne la faiblesse de la capacité d'interconnexion qui lui a été accordée à Paris. Le transitaire considère qu'une telle limitation peut constituer un handicap dans la mesure où un phénomène de congestion ralentit le trafic pour ses clients français, les flux devant alors emprunter d'autres interconnexions distantes. Comme le remarque l'ARCEP dans son avis rendu à l'Autorité de la concurrence, « *cet effet de trombone allonge le chemin parcouru et peut entraîner une dégradation de la qualité du transit assuré par Cogent. De plus ce phénomène pourrait se traduire par un déficit d'image en France (...) et tend à repousser d'éventuels clients de Cogent* ».
110. Du point de vue de France Télécom, il n'existe aucune logique économique rationnelle susceptible de l'inciter à refuser à un opérateur de transit une augmentation de capacités sur Paris. En effet, le coût d'un acheminement vers les internautes français est, toutes choses égales par ailleurs, « *a priori* », inférieur à celui d'un acheminement sur New-York par exemple, puisqu'il ne nécessite pas de transport transatlantique.
111. Les éléments au dossier montrent en effet que l'interconnexion entre Cogent et France Télécom accordée sur le territoire national (à Paris) représente moins de 5 % de la capacité gratuite totale offerte à Cogent dans le cadre de l'accord de « *peering* ». Il semble par ailleurs que ce niveau soit faible par rapport à celui dont bénéficient d'autres opérateurs de transit comparables.
112. Les éléments du dossier n'ont toutefois pas permis de matérialiser une réelle demande d'augmentation de capacités à Paris émanant de Cogent. Dans le cadre de ses observations transmises à l'occasion du test de marché, Cogent fait état de plusieurs demandes orales et écrites d'accroissement de capacités à Paris auprès d'Open Transit. L'opérateur de transit

évoque en particulier l'existence d'un courrier du 1^{er} mars 2010 et d'un courriel du 6 avril 2010. Il cite également un échange de courriels postérieur à la saisine, qui a débuté le 26 janvier 2012.

113. S'agissant des échanges qui se sont déroulés avant la saisine, s'ils reflètent effectivement une demande d'augmentation de capacités, ils ne constituent en aucun cas une demande spécifique relative à Paris. Au contraire, ces échanges font état d'une demande d'interconnexion en différents points situés en région¹, demande à laquelle France Télécom a répondu par l'intermédiaire de sa division opérateur (DIVOP). Ces discussions avec la DIVOP sont traitées dans la présente décision aux points 86 et suivants.
114. France Télécom, au cours de l'audition du 28 octobre 2011, faisait quant à elle référence à des échanges de courriel entre Cogent et Open Transit visant à établir que l'augmentation de capacités à Paris ne constituait pas une demande particulière ou sensible de la part de Cogent. Dans un courriel du 31 janvier 2011, Cogent, répondant à une proposition d'augmentation de capacités de la part d'Open Transit, demandait à Open Transit d'indiquer sa préférence entre Paris, Lyon, Marseille, Nice, Vienne (Autriche), Francfort, Hambourg, Munich, Milan, Rome, Amsterdam, Madrid, Stockholm, Genève, Zurich et Londres. Il semble que si la volonté de Cogent d'obtenir des capacités supplémentaires d'interconnexion à Paris avait été si précise, Cogent n'aurait vraisemblablement pas laissé à France Télécom une telle latitude.
115. Cogent a adressé à Open Transit des demandes plus précises de capacités supplémentaires à partir du 26 janvier 2012. Celles-ci semblent avoir recueilli un accord de principe de la part d'Open Transit, compte tenu du rééquilibrage des ratios qu'a induit la fermeture des serveurs de MegaUpload, et doivent donc aboutir rapidement.
116. Interrogées en séance sur l'état d'avancement de la mise en oeuvre de capacités d'interconnexion supplémentaires à Paris entre Cogent et Open Transit, les parties indiquent avoir avancé. Si Cogent considère que les discussions ne se concluent pas suffisamment rapidement, il apparaît que France Télécom a réalisé et communiqué à Cogent tous les chiffrages qu'elle souhaitait avoir, en fonction des différentes modalités d'interconnexion possibles (utilisation d'un lien de France Télécom, utilisation d'un lien de Cogent, réutilisation par Cogent d'un lien exploité par un tiers).
117. Compte tenu de ces éléments, la pratique de restriction de capacités à Paris dénoncée par Cogent ne paraît pas susceptible de recevoir de qualification au titre des articles L. 420-2 du code de commerce ou 102 du TFUE.
118. C'est donc à bon droit que le rapporteur a limité ses préoccupations de concurrence à d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par Cogent. France Télécom y a répondu en proposant des engagements au rapporteur. Ces engagements ont donné lieu à un test de marché.

¹ Courriel du 6 avril 2010 de Cogent adressé à Open Transit : « A ce jour, vous ne nous avez proposé de points d'interconnexion en France qu'en région parisienne. Or, comme vous le savez, nous avons la chance de posséder en France un réseau important, et nous sommes prêts, sur cette base, à nous interconnecter en peering gratuit avec le réseau de France Telecom dans les 20 villes françaises (ou leur agglomération) dans lequel le réseau de Cogent est présent. »

E. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS

119. Les préoccupations de concurrence présentées par les services d'instruction à France Télécom (1) ont été à l'origine des propositions d'engagements de la part de l'entreprise (2). Ces engagements ont ensuite fait l'objet d'un test de marché (3) et les remarques formulées dans le cadre de celui-ci ont conduit France Télécom à proposer en séance plusieurs évolutions (4).

1. Les préoccupations de concurrence formulées par le rapporteur

120. Selon Cogent, France Télécom aurait proposé à des PSI une prestation d'accès aux abonnés d'Orange à des prix très bas, impliquant un ciseau tarifaire. Ces prix bas, qui seraient inférieurs aux offres habituelles du marché, ne seraient pas répliquables par Cogent car inférieurs à la fois au coût de passage par une liaison transatlantique et au prix de gros qu'exigerait France Télécom de Cogent pour l'accès à ses abonnés.

121. À ce stade de l'instruction, il apparaît qu'un seul exemple est susceptible d'illustrer cette situation : il s'agit d'un contrat qu'a conclu France Télécom avec un fournisseur de contenu très attractif pour les internautes.

122. Dans ce cas d'espèce, le prix facturé par France Télécom pour l'accès aux abonnés d'Orange semble, « *prima facie* », sensiblement inférieur aux pratiques du marché. Mais ce constat doit être nuancé à plusieurs titres :

- la prestation offerte à ce PSI paraît ne couvrir que la prestation d'accès au réseau domestique d'Orange et ne comprend donc pas le transport intercontinental, contrairement à ce qu'avance Cogent. Ce prix ne peut donc être comparé à une prestation de transit incluant le transport international ;
- pour comparer le prix proposé à ce PSI et le prix de gros demandé par France Télécom à Cogent pour l'accès aux abonnés Orange, il faudrait prendre en compte globalement la capacité de connexion dont dispose Cogent auprès de France Télécom. Cogent disposait d'une connexion importante en « peering » gratuit (36,5 Gbit/s en 2010, puis 75 Gbit/s en 2011) quand une offre payante d'accès direct au réseau 3215 lui a été faite par France Télécom. Le prix indiqué dans cette offre de 3215 ne concernait donc que de la capacité additionnelle et ne remettait pas en cause la gratuité dont bénéficie Cogent pour la capacité accordée en « peering ». En revanche, les offres de connectivité proposées par France Télécom aux PSI sont payantes au premier mégabit de données échangées ;
- le prix demandé au fournisseur de contenu évoqué ici semble refléter l'état d'un rapport de force tout à fait particulier entre celui-ci et Orange. Orange est certes un FAI important mais il semble que les services proposés par ce fournisseur de contenus soient suffisamment attractifs auprès des internautes pour qu'Orange n'ait pas été en mesure d'obtenir auprès de ce PSI le niveau de prix qu'il pratique habituellement pour l'accès à ses abonnés. D'ailleurs, si ce PSI avait choisi de passer par Cogent pour acheminer son trafic vers Orange, l'état des discussions entre Orange et Cogent aurait pu être différent.

123. Ces nuances et particularités supposeraient d'apprécier si le prix pratiqué par France Télécom vis-à-vis de ce fournisseur de contenu pourrait relever d'une pratique de ciseau

tarifaire entre le niveau amont du marché et le niveau aval des offres d'accès aux abonnés d'Orange. Plus concrètement, il faudrait rechercher si les tarifs pratiqués par France Télécom vis-à-vis de ce fournisseur de contenus ne sont pas trop bas au regard de ceux pratiqués vis-à-vis des concurrents d'Open Transit sur le marché du transit. Dans de telles circonstances, l'espace économique des transitaires tiers serait insuffisant et ces derniers risqueraient d'être évincés du marché particulier de l'accès spécifique aux internautes d'Orange.

124. L'opacité de la relation entre Open Transit et Orange rend difficile le contrôle d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire ou même de discrimination. C'est également ce que souligne l'ARCEP dans son avis à l'Autorité de la concurrence dans la présente affaire : « *l'absence de formalisation des relations entre Open Transit et Orange France rend l'analyse des offres de France Télécom plus complexe* ».
125. En effet, selon les déclarations même de France Télécom, aucune comptabilité interne ne retrace actuellement d'échange financier entre Orange et Open Transit. Open Transit n'étant qu'une offre proposée par France Télécom, aucun protocole n'encadre les relations entre ces deux entités du groupe.
126. L'absence de formalisation des échanges entre Orange et Open Transit rend plus difficile le contrôle d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire et favorise la mise en œuvre de telles pratiques. Or, ces pratiques, qui peuvent avoir pour effet de pénaliser, voire d'évincer les transitaires concurrents, sont susceptibles de contrevenir aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.
127. Dans la mesure où ces agissements sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, ceux-ci pourraient également être qualifiés au regard de l'article 102 du TFUE.

2. Les engagements proposés par France Télécom

128. Le 27 mars 2012, France Télécom a proposé des engagements pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par les services d'instruction.
129. Engagement n° 1 : formalisation d'un protocole interne
France Télécom s'engage à formaliser un protocole interne entre Orange et Open Transit, décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité France pour le trafic entrant à destination de ses clients finals.
France Télécom propose notamment de mettre en place une valorisation des flux d'Open Transit vers Orange en cas de dépassement d'un ratio entre trafic entrant et trafic sortant.
130. Engagement n°2 : suivi du protocole interne
France Télécom s'engage à mettre en place un suivi de la mise en œuvre du protocole interne entre Open Transit et Orange prévu par le premier engagement.
La mise en œuvre du protocole interne fera l'objet d'une présentation aux services d'instruction à l'issue d'une période d'un an.

3. Les réponses au test de marché

131. Les engagements proposés par France Télécom ont été mis en ligne le 3 avril 2012 sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence.
132. Le test de marché, organisé jusqu'au 3 mai 2012, a permis de recueillir les observations des sociétés Cogent, Verizon France, Neuronnexion, OVH, SFR, les associations ASIC et Ilico, et M. Jérôme X..., consultant en réseaux IP.
133. Les sociétés Cogent ont, par ailleurs, eu accès à l'intégralité du dossier avant la séance du collège de l'Autorité, qui s'est tenue le 28 juin 2012.

4. Nouvelle version des engagements

134. Compte tenu des remarques formulées dans le cadre du test de marché, France Télécom a proposé en séance plusieurs évolutions. Ces nouvelles propositions d'engagements ont été confirmées par France Télécom, par courrier en date du 28 juin 2012.

II. DISCUSSION

A. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

135. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JOUE 2004, C 101, p. 81), la Commission européenne rappelle que les articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont « *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* », et ce « *de façon sensible* ».

1. Sur l'affectation du commerce entre États membres

136. Les abus de position dominante commis sur le territoire d'un seul État membre sont susceptibles, dans certains cas, d'affecter le commerce intracommunautaire, ainsi que le souligne la Commission au point 93 de ses lignes directrices : « *lorsqu'une entreprise qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté* ».
137. Dans le cas d'espèce, les pratiques dénoncées couvrent l'ensemble du territoire français - partie substantielle du marché communautaire - et les entreprises qui sont susceptibles d'être lésées par les pratiques identifiées ont une activité d'envergure au moins européenne. Il est donc présumé que le commerce entre États membres peut normalement être affecté.

2. Sur le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres

138. S'agissant du caractère sensible de l'affectation des échanges entre États membres, la Commission précise, au point 96 desdites lignes directrices, que *« toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce »*.
139. Dans le cas d'espèce, les pratiques examinées sont des pratiques de ciseau tarifaire, susceptibles d'évincer des concurrents sur le marché pertinent identifié ou de rendre plus difficile, voire impossible, l'entrée de nouveaux concurrents. Si elles étaient avérées, les pratiques examinées seraient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Les pratiques alléguées sont donc susceptibles d'être qualifiées au regard de l'article 102 TFUE.

B. SUR LA PERTINENCE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS

140. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut *« accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 »*.
141. Par ailleurs, l'article 5 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102 TFUE] prévoit que les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour *« accepter des engagements »*.
142. Le code de commerce et le règlement n° 1/2003 n'interdisent pas le recours à la procédure d'engagements pour certaines catégories particulières de comportements susceptibles de porter atteinte à la concurrence.
143. Dans son communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, l'Autorité de la concurrence a indiqué ne pas appliquer cette procédure *« dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important »* (point 11).
144. En l'espèce, les pratiques concernées, susceptibles de restreindre le fonctionnement concurrentiel du marché, sont des pratiques de ciseau tarifaire. France Télécom aurait proposé à des fournisseurs de contenus une prestation d'accès aux abonnés d'Orange à des prix très bas, impliquant un ciseau tarifaire. Ces prix, inférieurs aux offres habituelles du marché, ne seraient pas répliquables par Cogent car inférieurs à la fois au coût de passage par une liaison transatlantique et au prix de gros qu'exigerait France Télécom de Cogent pour l'accès à ses abonnés.
145. Néanmoins, l'instruction n'a pu établir qu'un seul exemple susceptible d'illustrer cette situation de ciseau tarifaire, en raison du prix bas consenti par France Télécom à un PSI. Dans cet exemple, présenté aux points 118 et suivants, il semble que le prix pratiqué ne soit que la conséquence du rapport de force entre ces deux entreprises, sans pouvoir caractériser un effet anticoncurrentiel. Ce cas d'espèce, en revanche, met en évidence le manque de transparence entre Open Transit et Orange, qui a conduit l'Autorité à exprimer des préoccupations de concurrence.

146. Il appartient seulement à l'Autorité, dans le cadre de la présente décision, de vérifier que les engagements proposés par France Télécom sont nécessaires et suffisants pour mettre un terme aux préoccupations de concurrence identifiées dans la note d'évaluation préliminaire.
147. Par ailleurs, s'agissant de la saisine de Cogent, il doit être souligné que la mission de défense de l'ordre public économique de l'Autorité l'habilite à rendre des décisions d'engagements, non pas pour satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence. La cour d'appel de Paris a ainsi relevé que la procédure d'engagements « *visé, non point à emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'autorité publique à ces dernières* » (6 octobre 2009, Canal 9 SAS).
148. Ainsi, le recours à la procédure d'engagements est particulièrement approprié au cas d'espèce.
149. La proportionnalité des engagements proposés doit ainsi être appréciée. Cette analyse fait l'objet de développements exposés ci-après.

C. SUR LES CONSÉQUENCES QU'IMPLIQUERAIT LA VALIDATION DES ENGAGEMENTS PAR L'AUTORITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT GÉNÉRAL D'INTERNET

150. D'une façon générale, Cogent considère qu'une décision de l'Autorité de la concurrence validant les engagements de France Télécom entraînerait des conséquences graves, tant sur les intermédiaires techniques, comme les transitaires, que sur les fournisseurs de contenus. Selon Cogent, cette décision conduirait également à modifier sensiblement le fonctionnement d'Internet ; l'opérateur évoque l'effondrement des mécanismes de routage, une augmentation des coûts pour les PSI, la disparition de la concurrence entre transit et « *peering* » payant, une discrimination au profit des PSI « *on net* », la restriction du choix des sites visités pour les consommateurs et enfin une concentration dans le secteur des PSI.
151. De même, l'ASIC, tout en reconnaissant que cette procédure d'engagements ne s'applique qu'au cas d'espèce, s'inquiète néanmoins du signal qui risque d'être envoyé au secteur, considérant que l'acceptation des engagements conduirait à valider sans réserve le principe d'une terminaison IP payante sur les réseaux d'accès français.
152. Verizon France, concurrent de France Télécom sur le marché de la connectivité Internet, estime que ce marché est un marché dynamique et concurrentiel ne nécessitant aucune régulation.
153. L'Autorité de la concurrence n'intervient sur le fonctionnement d'un marché que dans le cadre de ses compétences, celles-ci étant limitées aux pratiques qui sont susceptibles d'être qualifiées au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
154. Au terme de l'évaluation préliminaire, seule la pratique de ciseau tarifaire dénoncée par Cogent a fait l'objet d'une préoccupation de concurrence.
155. En revanche, l'évolution du schéma de financement des réseaux, qui conduit certains FAI à rechercher d'autres sources de financement que celle provenant des internautes, ne paraît

pas pouvoir, dans le cadre de la présente affaire, recevoir de qualification juridique au regard notamment des articles L. 420-2 du code de commerce ou 102 du TFUE.

D. SUR L'APPRÉCIATION DES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR FRANCE TÉLÉCOM

1. Sur le premier engagement : formalisation d'un protocole interne

156. Au terme de cet engagement, France Télécom s'engage à formaliser un protocole interne entre Orange et Open Transit, décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité.
157. France Télécom propose notamment de mettre en place une valorisation des flux d'Open Transit vers Orange en cas de dépassement d'un ratio entre trafic entrant et trafic sortant.

a) Sur le caractère prétendument contraire à la réglementation sectorielle des mesures proposées

158. Cogent considère, d'une manière générale, que les engagements proposés par France Télécom conduiraient à valider une pratique contraire à la réglementation sectorielle, en autorisant « *Orange à refuser toute interconnexion directe à un prix orienté vers les coûts* ».
159. Il apparaît cependant qu'en réponse aux demandes de Cogent, Orange a communiqué une offre de connectivité directe à son réseau domestique (AS 3215), offre que Cogent a déclinée au motif que le prix proposé était différent de zéro (point 86).

b) Sur le caractère prétendument inapproprié et insuffisant des mesures proposées

160. Selon Cogent, les engagements proposés par France Télécom sont juridiquement irrecevables en droit de la concurrence en ce sens qu'ils ne concerneraient qu'une seule des pratiques dénoncées par Cogent. L'opérateur de transit considère, par ailleurs, que le premier engagement n'est pas pertinent, crédible et vérifiable et ne permet pas de répondre de manière suffisante à la question des pratiques de ciseau tarifaire en ne prévoyant aucun contrôle sur le niveau des coûts.
161. SFR considère, pour sa part, que les engagements proposés par France Télécom sont nécessaires mais qu'ils demeurent insuffisants. Selon SFR, il serait nécessaire que France Télécom garantisse aux tiers des conditions techniques et financières non discriminatoires par rapport aux conditions prévues par le protocole interne. Cogent fait également valoir qu'Open Transit devrait s'engager à mener une politique de « *peering* » non discriminatoire.
162. Cogent, dans une étude économique jointe à ses observations, considère que la formalisation d'un protocole n'est pas un remède suffisant et qu'il serait nécessaire d'imposer une séparation des activités de transitaire et de FAI de France Télécom ou *a minima* « *d'introduire un accord d'interconnexion formalisé entre Open Transit et Orange* ».
163. S'agissant de la question de la valorisation soulevée par Cogent et du contrôle qu'il serait nécessaire d'exercer sur les niveaux de coûts, il convient de rappeler que les

préoccupations de concurrence n'ont pas visé le niveau de prix de cession interne, ni le fait qu'il puisse être trop faible ou trop élevé. Elles ont mis en avant un risque de ciseau tarifaire et de discrimination entre l'activité de transit de France Télécom et les transitaires concurrents. Dans ces conditions, seule compte la comparaison entre les prix pratiqués en interne et ceux pratiqués en externe. A cet égard, la formalisation d'un protocole interne répond bien aux risques identifiés.

164. S'agissant de la demande de Cogent et de celle de SFR visant à ce que soient complétés les engagements de France Télécom par un engagement de non-discrimination, il appartiendra à l'Autorité, dans l'hypothèse d'une saisine, de se prononcer dans le cas d'espèce, au regard du protocole et des conditions financières pratiquées par Open Transit, sur l'existence d'une pratique de discrimination et sur le caractère anticoncurrentiel de celle-ci.
165. Enfin, l'Autorité considère que la mise en œuvre d'un protocole interne construit un cadre formalisé des relations entre Open Transit et Orange. À ce stade, cet engagement répond de manière proportionnée aux préoccupations de concurrence exprimées, sans qu'il soit besoin d'exiger une séparation structurelle entre les activités de FAI et celles de transitaire.

c) Sur la nature des relations qui lient Open Transit à Orange dans cadre du protocole

166. M. X... (tout comme Neuronnexion et l'association Ilico) précise dans ses observations que les engagements de France Télécom paraissent inappropriés dans la mesure où les réseaux AS5511 et AS3215 ne sont pas interconnectés dans le cadre d'une relation de « *peering* » mutuel, mais dans le cadre d'une relation de transit.
167. Ce point soulève une question importante, celle de la nature des relations qui lient Open Transit à Orange dans le cadre du protocole.
168. La possibilité d'accéder de manière indirecte aux internautes d'Orange, par le biais des pairs d'Open Transit, est primordiale car elle maintient sur France Télécom une pression concurrentielle. Si France Télécom assimilait cette relation à du « *peering* », modalité ayant pour corollaire de mettre un terme à la propagation par Open Transit des préfixes d'Orange, France Télécom serait alors en mesure de supprimer la possibilité d'accès indirect à ses internautes, par le biais des transitaires ayant une relation de « *peering* » avec Open Transit.
169. Pour cette raison, il a été demandé en séance à France Télécom d'apporter des précisions sur ce point particulier.
170. En réponse, France Télécom a précisé que le protocole ne modifierait pas le fait que les clients internautes d'Orange sont accessibles par le biais des opérateurs de transit en relation de « *peering* » avec Open Transit. Reprenant l'exemple de M6, France Télécom a indiqué que les internautes d'Orange demeureront accessibles par l'intermédiaire de Tata Telecom.
171. Ainsi, comme le précisent les engagements, le protocole interne prévoit que les préfixes d'Orange seront communiqués aux clients d'Open Transit (accès indirect via Open Transit) mais également aux pairs d'Open Transit et à leur clients (accès indirect via les pairs d'Open Transit).
172. En définitive, le protocole permettra d'apporter la transparence nécessaire dans les relations qui lient Orange à Open Transit, sans modifier la capacité qu'ont les fournisseurs de contenus d'accéder aux internautes d'Orange, selon les trois modalités décrites ci-dessus : de manière directe, via Orange (1), ou de manière indirecte, via Open Transit

seulement (2) ou encore via un pair d'Open Transit (3). En particulier, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un accord de « *peering* », le protocole ne permettra pas à France Télécom de supprimer cette troisième modalité d'accès. Il ne lui permettra donc pas de disposer d'un monopole commercial.

173. Afin d'éviter toute confusion avec un accord de « *peering* » stricto sensu, France Télécom a été interrogée en séance sur la possibilité de supprimer de ses engagements la mention du ratio de symétrie de trafic, ratio qui paraît être un élément caractéristique des relations de « *peering* ». France Télécom a donné son accord pour ne faire figurer aucune mention d'un quelconque ratio de symétrie dans ses engagements, pas plus que n'y figure le prix de cession lui-même.
174. Compte tenu des éléments qui précèdent, l'engagement n° 1, qui est pertinent, crédible et substantiel, répond suffisamment aux préoccupations de concurrence, qui portaient sur le risque de voir se développer des pratiques de ciseau tarifaire ou de discrimination entre les activités de transit de France Télécom et ses concurrents. Le caractère vérifiable de sa mise en œuvre est analysé au travers du deuxième engagement.

2. Sur le deuxième engagement : suivi du protocole interne

175. Au terme du deuxième engagement, France Télécom s'est engagée à ce que la formalisation et la mise en œuvre du protocole interne fassent l'objet d'une présentation aux services d'instruction de l'Autorité à l'issue d'une période d'un an courant à compter de la décision d'acceptation des engagements.
176. SFR estime que le délai d'un an prévu pour la présentation du protocole à l'Autorité est excessif, le protocole pouvant être mis en place plus rapidement. SFR considère par ailleurs que le protocole devrait être communiqué à l'Autorité chaque année, pendant une période de 5 ans.
177. OVH fait valoir que les engagements proposés par France Télécom sont flous et peu contraignants et estime également que le délai d'un an pour la présentation du protocole et de sa mise en œuvre constitue une échéance trop lointaine.
178. L'Autorité de la concurrence considère effectivement que le délai d'un an pour une présentation aux services d'instruction est trop long et a souhaité que le protocole soit rapidement mis en place.
179. France Télécom a indiqué en séance qu'elle acceptait de modifier son deuxième engagement afin que le protocole interne soit communiqué à l'Autorité dans un délai de trois mois à compter de la décision d'acceptation d'engagements.
180. De même, l'Autorité considère que la période de suivi d'un an proposée par France Télécom est insuffisante. Cependant, compte tenu des évolutions très rapides qui caractérisent le secteur, une période de suivi de cinq ans paraît peu adaptée au cas d'espèce. Au cours de la séance, l'instruction a donc préconisé d'étendre cette période de suivi des engagements à deux ans, extension que France Télécom a acceptée.
181. Enfin, au cours de la séance, l'Autorité a exprimé le souhait que le protocole interne soit communiqué par France Télécom à l'ARCEP, rejoignant ainsi la demande exprimée par l'ARCEP lors de son intervention.
182. France Télécom a précisé que les engagements pris n'avaient vocation à ne créer d'obligation qu'à l'égard de l'Autorité de la concurrence. France Télécom a néanmoins

indiqué qu'elle comprenait cette demande et qu'elle transmettrait le protocole interne à l'ARCEP. L'Autorité en prend acte.

E. LES ENGAGEMENTS DÉFINITIFS PRIS PAR FRANCE TÉLÉCOM

183. Ces engagements, confirmés par France Télécom par un courrier en date du 28 juin 2012, sont rédigés comme suit :

Engagement n° 1 : la formalisation d'un protocole interne entre Open transit (OTI) et Orange (RBCI)

France Télécom s'engage à mettre en œuvre un protocole interne décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité France pour le trafic entrant à destination de ses clients finals entre :

- l'entité en charge de la connectivité Internet pour le trafic entrant vers l'AS de RBCI (Réseau backbone et de collecte IP), désignée par le numéro 3215, ci-après « *RBCI* » ;
- et l'entité en charge de la commercialisation d'OTI (Open Transit Internet), désignée par le numéro d'AS 5511, ci-après « *OTI* ».

Le trafic concerné est le trafic remis par OTI et entrant dans le réseau de RBCI en provenance des Réseaux IP et/ou des clients finals d'OTI, et à destination des Réseaux IP nationaux et/ou des Clients Finals de RBCI.

France Télécom s'engage à inscrire dans le protocole interne les modalités de réception par RBCI du trafic remis par OTI sur la globalité des équipements d'entrée de l'AS de RBCI puis l'acheminement vers le client final.

Ces modalités entre OTI et RBCI seront établies selon les principes ci-après :

i) principes techniques

France Télécom s'engage à inscrire dans le protocole interne :

- *les modalités selon lesquelles OTI délivre le trafic sur chacune des zones régionales du RBCI en France métropolitaine ;*
- *l'obligation pour OTI de n'effectuer ni rétention de route, ni rétention de trafic, ni détérioration volontaire ou par négligence de la qualité de service ressentie par les clients Orange en France ;*
- *la prise en charge par chacune des parties du coût éventuel des évolutions d'architecture qui auront été conjointement validées, dans le périmètre de son réseau IP.*

ii) principes de valorisation

- France Télécom s'engage à mettre en place une valorisation entre OTI et RBCI pour tout le trafic entrant vers RBCI.
- La méthode de mesure des débits dans le cadre du protocole est celle du 95^{ème} percentile de la série des débits moyens horaires classée par ordre croissant.
- À l'issue d'une période d'observation d'un an, cette valorisation pourra être révisée en Comité de pilotage entre les parties, sous réserve d'un commun accord. Une nouvelle révision pourra être décidée dans les mêmes conditions chaque année.

Engagement n° 2 : la vérification de la mise en œuvre du protocole par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence

France Télécom s'engage à transmettre le protocole interne entre OTI et RBCI à l'Autorité de la concurrence, dans un délai de trois mois à compter de la décision d'acceptation d'engagements de l'Autorité de la concurrence.

France Télécom s'engage également à ce que la formalisation et la mise en œuvre du protocole interne entre OTI et RBCI fassent l'objet d'une présentation aux services d'instruction à l'issue d'une période d'un an courant à compter de la décision d'acceptation d'engagements.

France Télécom s'engage enfin à informer l'Autorité de la concurrence des changements éventuels qui pourraient intervenir dans le protocole interne entre OTI et RBCI durant une période de deux ans courant à compter de la décision d'acceptation d'engagements de l'Autorité de la concurrence.

184. Compte tenu des éléments qui précèdent :

- le premier engagement, consistant en la formalisation d'un protocole interne entre Open Transit et Orange, restera en vigueur pour une durée indéterminée ;
- dans le cadre du second engagement, France Télécom transmettra le protocole interne à l'Autorité de la concurrence, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente décision. La formalisation et la mise en œuvre du protocole feront l'objet d'une présentation aux services d'instruction à l'issue d'une période d'un an, et France Télécom informera l'Autorité de la concurrence des changements éventuels qui pourraient intervenir dans le protocole durant une période de deux ans.

III. CONCLUSION

185. L'Autorité de la concurrence considère que les engagements de France Télécom, dans leur version finale, répondent à ses préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable. Il y a donc lieu d'accepter les engagements de France Télécom, de les rendre obligatoires et de clore la procédure.

DÉCISION

Article 1^{er} : L'Autorité de la concurrence accepte les engagements pris par France Télécom, qui font partie intégrante de la décision. Ces engagements sont rendus obligatoires à compter de la date de notification de la décision.

Article 2 : La procédure enregistrée sous le numéro 11/0035 F est close.

Délibéré sur le rapport oral de M. Sylvain Moll, rapporteur, et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot, MM. Emmanuel Combe, Jean-Bertrand Drummen et Pierre Godé, membres.

La secrétaire de séance,
Caroline Orsel-Sébès

La vice-présidente,
Elisabeth Flüry-Hérard

© Autorité de la concurrence