

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 19 DÉCEMBRE 2013

(n° **202**, 23 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2012/19484**

Décision déférée à la Cour : n° **12-D-18** rendue le **20 septembre 2012**
par **L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

DEMANDERESSES AU RECOURS :

- **La société COGENT COMMUNICATIONS France, S.A.S.**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 77 boulevard de la République 92250 LA GARENNE
COLOMBES

Elisant domicile au cabinet de Maître François TEYTAUD

61, boulevard Haussmann 75008 PARIS

- **La société COGENT COMMUNICATIONS INC, société de droit américain**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 1015 31st Street, NW, Washington, DC 2007, Etats-Unis
d'Amérique

Elisant domicile au cabinet de Maître François TEYTAUD

61, boulevard Haussmann 75008 PARIS

Représentées par :

- Maître François TEYTAUD,

avocat au barreau de PARIS,

toque : J125

- Maître Olivier FREGET,

avocat au barreau de PARIS

Allen & Overy LLP

52 avenue Hoche 75008

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

- **La société FRANCE TÉLÉCOM, S.A.**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 6 place d'Alleray 75505 PARIS CEDEX 15

Elisant domicile au cabinet de Maître Jean-Philippe AUTIER

90 avenue Parmentier 75011 PARIS

Représentée par :

- Maître Jean-Philippe AUTIER

avocat au barreau de PARIS,

toque : L0053

90 avenue Parmentier 75011 PARIS

- Maître Jean-Philippe GUNTHER,

avocat au barreau de PARIS

Willkie Farr & Gallagher LLP
21-23 rue de la Ville l'Evêque 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
11 rue de l' Echelle
75001 PARIS

représentée à l'audience par M. Jérôme GSTALTER, muni d'un pouvoir

**- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU COMMERCE
EXTÉRIEUR**
D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol 75703 PARIS CEDEX 13

représenté à l'audience par Mme Christine VERON, munie d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 17 octobre 2013, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Président
- Mme Pascale BEAUDONNET, Conseillère
- Mme Sylvie LEROY, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Christian REMENIERAS, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

La société de droit américain Cogent Communications Inc et la société Cogent Communications France, filiale à 100% de la première (ci-après Cogent), ont, le 9 mai 2011, saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité ou l'ADLC) de pratiques mises en oeuvre 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 des articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE.

Conformément à l'article R. 463-9 du code de commerce, la saisine de Cogent a été communiquée par l'ADLC à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) qui a rendu son avis le 20 octobre 2011 (avis n° 2011-1241).

La cour renvoie, pour une présentation plus exhaustive du secteur en cause et des acteurs concernés à cet avis de l'ARCEP et à l'introduction de la décision de l'ADLC. Il convient cependant de souligner les éléments suivants :

L'Internet est un réseau mondial qui assure une connexion entre les clients finals, à savoir d'une part, les prestataires de la société de l'information (PSI) qui sont des fournisseurs de contenus et fournisseurs de services et d'autre part, les internautes, abonnés à des fournisseurs d'accès à Internet (FAI). Des opérateurs de transit prennent en charge cette connexion.

Le réseau mondial de l'Internet est constitué de la juxtaposition de réseaux appartenant à des opérateurs variés et formant chacun un système autonome de routeurs (identifiés par une adresse IP) et de serveurs, appelés "Autonomous Systems" ou AS. Ces réseaux sont interconnectés les uns avec les autres pour former le réseau mondial.

Les accords d'interconnexion sur l'Internet étaient traditionnellement de deux types différents :

- Le transit est une prestation payante par laquelle un opérateur fournisseur propose une connectivité globale à un opérateur client (en général un FAI ou un PSI qui n'a pas encore développé de réseau longue distance) et achemine son trafic, quelle que soit l'origine ou la destination de celui-ci. Le transit offre une connectivité mondiale (ou régionale) mais induit des coûts variables dépendant de la quantité de données échangées.

Selon l'ARCEP, les transitaires "purs" (qui n'ont pas de contact avec les utilisateurs finals ou les PSI) ont tendance à disparaître, la plupart des transitaires offrant désormais également des services d'accès à l'Internet, trois profils de prestataires pouvant être identifiés : ceux qui traitent directement avec des PSI importants pour leur offrir une connectivité internationale et qui envoient donc en général plus de trafic qu'ils n'en reçoivent (cas de Cogent), ceux qui fournissent un accès à l'Internet principalement à des internautes (FAI ayant développé, en parallèle de leur activité principale, un réseau longue distance et des relations d'interconnexion leur permettant de proposer également des services de transit (cas de France Télécom qui, du fait de son activité de FAI et de la consommation de contenus par les internautes, reçoit plus de trafic qu'elle n'en émet) et les transitaires mixtes fournissant l'accès à des PSI et à des internautes ;

- Le peering est un type d'accord d'interconnexion permettant à deux opérateurs de s'échanger, en direct, le trafic qu'ils adressent mutuellement (ainsi que celui adressé à leurs clients). Dans le cadre d'un accord de peering (de pair à pair), les acteurs ne propagent pas les préfixes de leurs autres partenaires, rendant ce lien mobilisable uniquement pour leur trafic mutuel (et celui destiné à leurs clients). Les accords de peering, traditionnellement mis en place entre deux opérateurs de profil similaire (pairs), sont libres. Le peering avec un autre opérateur permet d'échanger dans des conditions privilégiées, généralement gratuitement, du trafic avec les clients de cet autre opérateur.

Selon l'ARCEP, le peering est un type d'accord généralement gratuit (hors frais propres de mise en oeuvre du lien d'interconnexion), mais l'apparition de dissymétries d'intérêt ou de trafic entre certains acteurs a conduit au développement d'accords de peering payant.

Les acteurs de l'Internet sont généralement classés en trois groupes, selon la nature de leurs relations d'interconnexion.

Les opérateurs de rang 1 (appelés Tier 1) sont les acteurs qui ont développé un réseau longue distance suffisamment interconnecté au niveau mondial. Ces acteurs, dits "transit free", n'ont recours à aucune prestation de transit pour accéder à l'intégralité des réseaux constituant l'Internet. Pour assurer une connectivité mondiale, ils doivent être tous reliés entre eux par des accords de peering. En s'appuyant sur ces relations de peering, ils sont en mesure de fournir des prestations de transit aux opérateurs de rangs inférieurs. Selon les définitions retenues il est recensé entre neuf et vingt opérateurs de rang 1.

Les opérateurs de rang 2 (appelés Tier 2) sont des acteurs de taille moyenne. Ces opérateurs ont des accords de peering entre tier 2 d'une même zone géographique, mais doivent acheter du transit aux tier 1 pour bénéficier d'un accès à l'Internet mondial. Les principaux fournisseurs d'accès à Internet alternatifs présents sur le marché français sont des tier 2.

Les opérateurs de rang 3 (appelés Tier 3), plus petits, n'ont recours qu'au transit pour assurer leur connectivité. Ils sont qualifiés de « transit only » et n'ont pas conclu d'accord de peering avec d'autres opérateurs.

Les échanges de données sur l'Internet sont en croissance forte et continue tant en raison de l'augmentation du nombre d'internautes que, surtout, en raison de la consommation exponentielle de services de vidéos en ligne, qui, très consommateurs en termes de capacité, déséquilibrent les échanges.

Dans le même temps, plusieurs évolutions, et notamment le fait que la production de contenus est devenue plus centralisée et plus marchande, ont modifié la position centrale qu'occupaient les transitaires, les acteurs ayant dû maîtriser les déséquilibres dans les échanges et les flux financiers en diversifiant leurs activités et en mettant en place des politiques de gestion de trafic. (Cf avis ARCEP pages 12 et 13).

La société américaine Cogent communication Inc, fondée en 1999, est une société cotée au Nasdaq qui est un fournisseur international de services Internet (Tier 1) et un opérateur de réseau actif notamment sur le marché de gros. Elle dispose de multiples filiales et notamment la société Cogent Communications France.

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 et est interconnectée avec plus de 3 500 autres réseaux ou opérateurs. Elle vend des services consistant notamment en du transit IP, du transport de données par liaisons Ethernet de point à point et de l'hébergement d'équipements au sein de ses propres sites. Ses services s'adressent essentiellement aux fournisseurs de contenus et de services, ainsi qu'aux FAI. Le fait qu'elle ait pour clients d'importants fournisseurs de contenus tend à créer un déséquilibre de trafic vis-à-vis de ses partenaires (pairs et clients FAI), le flux de données sortant de Cogent vers ses partenaires étant généralement plus important que le flux entrant. Cogent disposerait d'environ 17% des parts du marché du transit mondial.

La société française France Télécom (devenue Orange, et ci-après France Télécom) est active sur la plupart des marchés du secteur des communications électroniques. Sur le marché de l'interconnexion, France Télécom, pour servir ses clients dotés d'un accès fixe à l'Internet en France, exploite deux réseaux distincts :

- Orange Internet (AS 3215) est le réseau national auquel sont raccordés les clients du fournisseur d'accès à Internet Orange. Il est interconnecté en « peering » gratuit avec les autres FAI français de taille importante ;
- Open Transit (AS 5511) est le réseau international qui couvre une grande partie de l'Ouest de l'Europe des Etats-Unis et quelques points en Asie, zones reliées par câbles transcontinentaux. Le réseau Open transit est interconnecté avec Orange Internet, mais relié également à un ensemble d'autres réseaux internationaux par des accords de « peering » généralement gratuits.

France Télécom est considéré comme un opérateur "transit free" depuis 2010.

Open Transit étant une marque commerciale, le chiffre d'affaires correspondant aux activités de France Télécom sur le marché du transit n'est pas publié de façon distincte au sein des comptes du groupe.

Les réseaux de Cogent et Open Transit sont interconnectés par voie d'accords de peering gratuit. Cette interconnexion avec Cogent permet de mettre en relation les clients de Cogent (ou des opérateurs auxquels il fournit une prestation de transit) avec les clients d'Open Transit France (ou des opérateurs auxquels il fournit une prestation de transit). Elle n'est pas utilisée par Open Transit pour obtenir une connectivité mondiale.

Les réseaux de Cogent (AS 174) et Open Transit (AS 5511) sont interconnectés grâce à sept points d'interconnexion ("portes") situés en Europe (4 portes dont l'une à Paris) et aux Etats-Unis (3 portes). La capacité totale installée s'élevait à 66,5 Gbits/s en avril 2011, capacité qui était estimée insuffisante par Cogent (qui avait alors pour client le site vidéo MegaUpload fermé depuis) pour permettre au trafic de s'écouler à tout moment et que France Télécom refusait d'augmenter dans le cadre de la relation de peering gratuit liant les deux opérateurs. Cogent se plaignait aussi de la faible capacité installée à Paris (2 Gbit/s), exposant que le trafic devait, en cas de congestion sur la porte de Paris, emprunter des chemins plus longs (en passant par exemple par le point d'interconnexion de Madrid) et que lorsque le nombre de "traversées" de routeurs et de sauts de réseau augmente et les distances parcourues par le signal s'allongent, la qualité de service peut être affectée (augmentation du temps de latence...) : effet dit de trombone ("tromboning") qui risquerait, en raison du mécontentement des internautes, de détourner les clients PSI de Cogent.

C'est dans ce contexte que les sociétés Cogent Communications Inc et Cogent Communications France ont, le 9 mai 2011, saisi l'Autorité de la concurrence sur le fondement des articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, reprochant à France Télécom, 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,
- de ne plus avoir 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,
- une pratique de vente liée entre l'accès aux abonnés d'Orange et des prestations de transit,
- le fait 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,
- et la faiblesse de la capacité d'interconnexion qui lui a été accordée à Paris.

Le rapporteur de l'ADLC a, le 7 mars 2012, fait part à France Télécom des préoccupations de concurrence que soulève la saisine. Cette société a indiqué envisager, sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce, de proposer des engagements répondant aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.

Les propositions d'engagements formulées par France Télécom ont fait l'objet le 3 avril 2012 d'un communiqué de l'ADLC et les tiers intéressés ont été invités à présenter avant le 3 mai 2012 leurs observations sur ces propositions. Ce test de marché a permis de recueillir huit séries d'observations, dont celles de Cogent.

La séance du collège de l'Autorité s'est tenue le 28 juin 2012 après que Cogent a eu accès au dossier. France Télécom a, au vu des remarques formulées dans le cadre du test de marché, proposé en séance et confirmé par courrier du 28 juin 2012, une nouvelle version de ses engagements.

Par décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 (la Décision), l'ADLC, a dit :

Article 1 : 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.

Les sociétés Cogent ont, le 29 octobre 2012, formé un recours en annulation ou en réformation de la Décision.

LA COUR

Vu la décision n° 12-D-18 de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2012 (la Décision) ;

Vu la déclaration de recours en annulation ou en réformation déposée le 29 octobre 2012 par les sociétés Cogent Communications Inc et Cogent Communications France, l'exposé de leurs moyens par mémoire du 27 novembre 2012 et leur mémoire du 27 juin 2013 et leurs conclusions dites "en réplique et récapitulatives" du 20 septembre 2013 ;

Ces sociétés prient la cour de :

- constater que l'Autorité a rejeté, comme non établies, les pratiques dénoncées par Cogent sans avoir respecté les conditions posés par les articles L. 462-8 et L. 464-6 du code de commerce ;

- constater que l'Autorité ne pouvait, sans violer l'article 5 du Règlement 1/2003 tel qu'interprété par la Cour de Justice de l'Union Européenne, déclarer comme non contraires à l'article 102 du TFUE les pratiques dénoncées par Cogent ;

- constater que l'Autorité, en ne communiquant pas à Cogent l'intégralité des éléments au dossier et en particulier ses échanges avec la Commission européenne, n'a pas mis Cogent en mesure de sauvegarder ses intérêts juridiques;

Et par voie de conséquence :

- de prononcer l'annulation de la Décision et ordonner le renvoi à l'instruction pour l'intégralité des pratiques dénoncées par Cogent ;

- de condamner la société France Telecom à payer à Cogent la somme de 20.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

- Sur le fond, et si la Cour devait considérer que les violations susvisées n'entraînent pas l'annulation de tout ou partie de la Décision, il est alors demandé à la Cour de constater que la Décision repose sur un ensemble d'erreurs de droit comme de fait, relatif à toutes les pratiques autres que celle ayant donné lieu à l'acceptation d'un engagement, et est insuffisamment motivée,

Et par voie de conséquence, ces reproches s'appliquant tant au stade de la définition du marché que de l'analyse des pratiques : prononcer l'annulation de la Décision et le renvoi à l'instruction pour toutes ces pratiques.

- En tout état de cause, de constater que la Décision est illicite en ce qu'elle caractérise un refus d'instruction de la part de l'Autorité, aboutit en outre à rendre obligatoire un engagement anticoncurrentiel et viole la réglementation sectorielle;

Et par voie de conséquence : prononcer l'annulation de la Décision et ordonner le renvoi à l'instruction de cette pratique.

Vu le mémoire déposé le 14 mars 2013 par la société France Télécom, ses conclusions déposées le 24 septembre 2013 précisant que par décision de l'assemblée de ses actionnaires, elle a modifié à effet du 1er juillet 2013 sa dénomination sociale (France Télécom) pour adopter la dénomination "Orange" et les conclusions dites "en réplique et récapitulatives" déposées par la société Orange le 29 juillet 2013, priant la cour de rejeter la demande d'annulation de la Décision et la demande de renvoi à l'instruction formées par les requérantes et de les condamner à lui payer la somme de 200 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.

Vu les observations du Ministre de l'économie déposées le 24 mai 2013 ;

Vu les observations de l'ADLC déposées le 24 mai 2013 ;

Vu les observations du Ministère Public, mises à disposition des parties avant l'audience;

Ayant entendu à l'audience publique du 17 octobre 2013, en leurs observations orales, les conseils des requérantes qui ont été mis en mesure de répliquer et qui ont eu la parole en dernier, le conseil de la société Orange ainsi que le représentant de l'Autorité de la concurrence, celui du Ministre chargé de l'économie et le Ministère Public ;

SUR CE

Considérant qu'ainsi que le demandent les parties, leurs dernières conclusions, dites récapitulatives, seront considérées comme telles ;

Considérant que, par courriers des 21 octobre et 4 novembre 2013, les sociétés Cogent adressent à la cour des notes en cours de délibéré ; que la société France Télécom répond en sollicitant leur rejet et, subsidiairement, en en contestant la teneur ;

Considérant que les notes ainsi adressées à la cour après la clôture des débats, qui n'ont pas pour objet de répondre aux arguments développés à l'audience par le ministère public après communication aux parties avant l'audience de ses conclusions écrites, ne répondent pas une demande du président ; qu'elles ne font état d'aucun élément qui justifierait une réouverture des débats ; qu'elles sont donc écartées des débats ;

Sur les demandes fondées sur des violations des procédures organisant l'intervention de l'Autorité

Considérant que les requérantes soutiennent que la Décision doit être annulée pour violation des procédures substantielles organisant l'intervention de l'Autorité ; qu'elles invoquent à ce titre trois motifs d'annulation, le premier tiré d'une violation des articles L.462-8 et L.464-6 du code de commerce, le deuxième tiré du fait que l'Autorité n'est pas habilitée, en vertu du droit de l'Union européenne, à constater l'absence de violation de l'article 102 du TFUE et le troisième tiré du fait que l'Autorité n'aurait pas communiqué à Cogent l'ensemble des éléments du dossier ;

Sur le premier motif d'annulation invoqué :

Considérant que les requérantes invoquent une violation des articles L.462-8 et L.464-6 du code de commerce en faisant valoir que la Décision constitue une décision "mixte" "en ce sens qu'elle ne se contente pas d'accepter un engagement, mais prononce

un non-lieu à poursuivre la procédure en ce qui concerne certaines des pratiques dénoncées par Cogent et déclare expressément les autres pratiques dénoncées comme insusceptibles de caractériser un abus de position dominante”; qu’elles soutiennent que “l’Autorité ne pouvait ainsi écarter les griefs présentés par Cogent, et cela alors même que l’instruction était toujours en cours, *via* son communiqué de presse accompagnant la publication de la proposition d’engagement de France Télécom, sans respecter les dispositions de l’article L.464-6 du code de commerce et, plus généralement, sans avoir mis Cogent en mesure de lui présenter ses arguments sur l’ensemble des griefs formulés dans sa plainte” ;

Que les requérantes, qui produisent une consultation en ce sens, estiment que la Décision présente, en réalité, “les caractères d’une décision mixte en ce qu’elle considère que certaines pratiques dénoncées par la société Cogent ne sont pas établies. Il s’agit d’une décision mixte inédite puisque conjuguant non-lieu à poursuivre au sens de l’article L. 464-6 du code de commerce et acceptation des engagements au sens de l’article L.464-2.I du même code” ;

Considérant que tant la société France Télécom que le ministère public et l’ADLC dans ses observations contestent une telle analyse de la Décision ; qu’il est en particulier exposé qu’une décision mixte est une décision contenant à la fois des dispositions définitives et des dispositions avant dire droit, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, et que l’argumentation des requérantes méconnaît les principes qui gouvernent la procédure d’engagements ; qu’en effet, aucune pratique ou absence de pratique anticoncurrentielle n’est jamais établie dans le cadre d’une décision d’engagements et qu’en l’absence d’instruction approfondie, d’appréciation définitive et donc de qualification des pratiques au regard du droit de la concurrence, une décision d’engagements ne peut être constitutive d’une décision de non lieu ; qu’il est précisé que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision ne constate pas que les pratiques dénoncées, à l’exception d’une, sont “conformes” aux articles 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce mais se borne à souligner qu’au vu des éléments du dossier”, ces pratiques ne peuvent être considérées comme établies ou ne paraissent pas susceptibles de qualification ; qu’il est ajouté que le communiqué de presse de l’Autorité du 3 avril 2012 ne peut être analysé comme une décision implicite de rejet des griefs de Cogent d’autant que dans ce communiqué, dépourvu de valeur juridique, publié le même jour que le test de marché, l’Autorité précise s’exprimer “à ce stade de l’instruction” ;

Considérant qu’il ne peut, au vu du dispositif sus-rappelé de la Décision être soutenu que celle-ci “prononce” un non-lieu partiel à poursuivre la procédure ; qu’il s’agit d’une décision de clôture de la procédure après acceptation d’engagements, décision résumée en ces termes dans la conclusion de la Décision : l’ADLC “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.”; qu’il est cependant exact que l’évaluation préliminaire, confirmée par la Décision, après examen de l’ensemble des faits dénoncés comme constitutifs d’abus de position dominante, limite ses “préoccupations de concurrence” à d’éventuelles pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par Cogent ;

Considérant qu’afin de répondre aux argumentations divergentes soumises à la cour, il convient de rappeler, d’une part, les spécificités de la procédure d’engagements et, d’autre part, l’étendue de la saisine de l’Autorité, avant d’analyser la Décision déférée ;

Considérant, d’une part, s’agissant des spécificités de la procédure d’engagements, qu’il convient de souligner :

- que l’article 5 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, prévoit que les autorités de concurrence des Etats membres sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE dans des cas individuels et “qu’à cette fin, elles peuvent, agissant d’office ou saisies d’une plainte, adopter les décisions suivantes: ordonner la

cessation d'une infraction, ordonner des mesures provisoires, accepter des engagements, infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national."

- qu'aux termes de l'article L.464-2, I du code de commerce : "L'Autorité de la concurrence... peut aussi 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."

- que selon l'article R.464-2 du même code : "Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L.464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

"Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

"A réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

"Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance."

- que la procédure d'engagements - ainsi prévue et organisée par les articles L.464-2 et R.464-2 du code de commerce - a fait l'objet d'un communiqué de procédure de l'ADLC du 2 mars 2009 ayant pour objet de synthétiser la pratique décisionnelle de l'autorité nationale de concurrence, "éclairée par les premiers arrêts des juridictions nationales et communautaires";

Considérant qu'ainsi que le souligne l'Autorité, les dispositions internes sus-rappelées issues de l'ordonnance du 4 novembre 2004 et du décret 2005 correspondent au dispositif introduit en droit de l'Union par l'article 9 du règlement 1/2003 ; que si la procédure d'engagements ne peut, en droit interne, être mise en oeuvre qu'avant toute notification de griefs, cette procédure, comme celle prévue par ledit règlement, permet à l'autorité de concurrence de rendre obligatoires des engagements des entreprises concernées si ces engagements sont de nature à répondre à ses préoccupations de concurrence et ce, sans que cette autorité n'ait à établir s'il y a ou s'il y a eu une infraction (Cf considérant 13 du règlement 1/2003) ; qu'il s'agit pour l'autorité de concurrence saisie "d'apporter une solution plus rapide aux problèmes de concurrence qu'elle a identifiés, au lieu d'agir par la voie de la constatation formelle d'une infraction" (CJUE, 29 juin 2010, C-441/07 P, Alrosa, point 35) ; que la procédure d'engagements constitue ainsi l'un des outils qui permet à une autorité de concurrence d'assurer sa mission consistant à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, cette mission de défense de l'ordre public économique habilitant ladite autorité 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 ;

Considérant qu'en pratique, la procédure d'engagements peut être mise en oeuvre après que le rapporteur a fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause, cette évaluation n'ayant "pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié" (Com. 4 novembre 2008 n° 0721275, B. 188) ;

Que si l'Autorité décide d'accepter et de rendre obligatoires les engagements proposés par l'entreprise pour remédier aux préoccupations de concurrence suscitées par les faits dénoncés, elle clôt la procédure avant toute appréciation et qualification définitive des faits ; qu'il en résulte notamment qu'une décision d'engagements ne peut être utilisée comme premier terme d'une réitération, qu'elle n'exclut pas l'exercice d'une action en justice par une des parties à la procédure d'engagements et qu'elle ne permet pas à l'Autorité, si elle est saisie d'une plainte visant des pratiques ayant déjà fait l'objet d'une décision d'engagements, de classer cette plainte sur le fondement du principe "non bis in idem" ; qu'en effet, mise en oeuvre après une évaluation préliminaire rédigée au terme de mesures d'instruction allégées et préalablement à toute notification de griefs, la décision d'acceptation d'engagements et de clôture de la procédure ne constate pas, à la différence d'une décision de sanction, le caractère anticoncurrentiel ou non de comportements et n'exclut donc pas une nouvelle plainte sur les mêmes faits ;

Considérant, d'autre part, que quel que soit l'auteur de la saisine de l'Autorité, celle-ci est saisie in rem des faits dénoncés ; qu'elle n'est donc pas liée par les qualifications juridiques des faits invoquées par les parties dans l'acte de saisine ;

Considérant, en l'espèce, que l'Autorité a été saisie par les sociétés Cogent de "pratiques mises en oeuvre par le groupe France Télécom sur le marché du transit et ses marchés connexes"; que dans cette saisine, les sociétés Cogent dénonçaient notamment, comme constitutifs d'abus de position dominante 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, et reprochaient à France Télécom de ne plus avoir 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, une pratique de vente liée entre l'accès aux abonnés d'Orange et des prestations de transit, le fait 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, et la faiblesse de la capacité d'interconnexion qui lui a été accordée à Paris ;

Qu'après instruction et avis de l'ARCEP, le rapporteur a fait part à France Télécom de son évaluation préliminaire des faits et pratiques dénoncés par Cogent, exposant les préoccupations de concurrence que soulèvent la saisine et précisant les motifs pour lesquels les préoccupations relevées à ce stade de la procédure se limitent à d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ; que, pour répondre à ces préoccupations, la société France Télécom a proposé des engagements ;

Que le 3 avril 2012, l'ADLC a publié sur son site Internet un "test de marché" comportant un résumé de l'affaire, de la procédure et les offres d'engagements de France Télécom et invitant les tiers intéressés à présenter avant le 3 mai 2012 leurs observations sur ces propositions d'engagement ; que, le même jour, l'ADLC a publié un communiqué de presse retraçant la procédure ; que le test de marché a permis de recueillir les observations des sociétés Cogent, Verizon France, Neuronnexion, OVH, SFR, des associations ASIC et Ilico, et de M.X, consultant en réseaux IP ;

Que les sociétés Cogent ont été mises en mesure de consulter le dossier avant la séance du collège de l'Autorité qui s'est tenue le 28 juin 2012 ; qu'après la formulation par France Télécom d'une nouvelle version de ses engagements, ceux-ci ont été acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité qui a clos la procédure ;

Que la Décision attaquée, après avoir rappelé la procédure et présenté le secteur concerné, a examiné le marché susceptible d'être concerné et la position de France Télécom sur ce marché ; que, sur ce point, après avoir répondu aux observations produites dans le cadre du test de marché et notamment à l'argumentation de Cogent qui soutenait que le marché concerné était celui de l'accès direct aux abonnés du FAI Orange, la Décision retient que le marché des offres d'accès direct ou indirect aux abonnés français du FAI Orange est susceptible de constituer un marché pertinent au sens du droit de la concurrence et que France Télécom est susceptible de détenir une position dominante sur ce marché ;

Qu'examinant les pratiques visées par la saisine, la Décision conclut, non pas qu'elles sont conformes aux articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, mais qu'"au vu des éléments du dossier", ces pratiques ne peuvent être considérées comme établies ou ne paraissent pas susceptibles de recevoir de qualification, et approuve par conséquent l'évaluation préliminaire en ces termes : "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." ;

Qu'enfin, la Décision, après examen des préoccupations de concurrence formulées par le rapporteur, des engagements proposés, de leur nouvelle version tenant compte des observations formulées dans le cadre du test de marché, apprécie la pertinence de la procédure d'engagements et les engagements proposés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, lorsque, comme en l'espèce, l'Autorité, saisie in rem de faits dénoncés et donc non tenue par les qualifications de ces faits par les parties saisissantes, envisage, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public économique, de recourir à la procédure d'engagements, le rapporteur établit une évaluation préliminaire qui n'a pas pour objet d'établir ou non l'existence de pratiques anticoncurrentielles, mais de vérifier si, au vu des éléments soumis et donc en l'absence d'instruction approfondie et d'appréciation et de qualification définitives des faits comme conformes ou non au droit de la concurrence, les faits dénoncés suscitent des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées ;

Considérant qu'en l'espèce, l'évaluation préliminaire établie par le rapporteur et confirmée par la Décision, se borne, après avoir défini le marché susceptible de constituer un marché pertinent, à rechercher si, au vu des éléments soumis, les faits dénoncés suscitent des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées et à retenir, après avoir répondu à l'argumentation des saisissantes relative aux qualifications des faits dénoncés proposées par ces dernières, que les seules préoccupations de concurrence suscitées par l'ensemble des faits dénoncés sont relatives à une éventuelle pratique de ciseau tarifaire susceptible de constituer une pratique prohibée, pratique qui pourrait être détectée et à laquelle il pourrait, le cas échéant, être mis fin grâce à une formalisation des échanges entre Open Transit et Orange ;

Considérant que la lecture de la Décision - qui est seule soumise au contrôle de la cour d'appel à l'exclusion de tout autre document tels le communiqué de presse de l'Autorité du 3 avril 2012 publié le même jour que le "test de marché" et au vu des éléments du dossier, ou les commentaires de la Décision - ne confirme pas l'analyse qu'en font les requérantes qui ne peuvent, sans méconnaître à la fois le fait que l'Autorité est saisie in rem des faits dénoncés et la nature d'une procédure d'engagements, soutenir qu'il s'agirait d'"une décision mixte, en ce qu'à la fois elle rejette la quasi-totalité des griefs soulevés par Cogent...et valide un engagement en réponse...à l'un de ces griefs" ;

Qu'en définitive, - sous couvert d'une violation des articles L.462-8 et L.464-6 du code de commerce tirée de la considération inexacte que la Décision d'acceptation d'engagements et de clôture de la procédure soumise à la cour, serait une décision "mixte" comportant, outre des engagements, un rejet de griefs et donc un non lieu intervenu, "via le communiqué de presse du 3 avril 2012" et confirmé par la Décision, - les requérantes contestent en réalité le fait que l'évaluation préliminaire, confirmée par la Décision, des faits qu'elles dénonçaient dans leur saisine n'a pas conduit, eu égard aux éléments du dossier, à formuler des préoccupations de concurrence autres que celles tirées d'un manque de transparence au sein de France Télécom favorisant d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire ; que cette contestation qui relève du fond sera examinée ci-après ;

Que les moyens tirés par la requérante d'une violation des articles L. 462-8 et L.464-6 du code de commerce, non applicables en l'espèce, ne sont donc pas fondés ;

Sur le deuxième motif d'annulation invoqué :

Considérant que les requérantes, qui invoquent le fait que l'Autorité n'est pas habilitée, en vertu du droit de l'Union européenne, à constater l'absence de violation de l'article 102 du TFUE, font valoir que l'Autorité, saisie sur le double fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ne pouvait rendre une décision constatant l'absence de violation de ces articles, que ce soit au regard du droit interne ou au regard de l'article 5 du règlement n°1/2003 ;

Mais considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la Décision n'est ni une décision "mixte", ni une décision de non lieu ; que la Décision ne constate définitivement ni la conformité de plusieurs des pratiques dénoncées par Cogent aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ni une absence de violation desdites dispositions ; que le moyen, qui manque en fait et en droit, ne peut qu'être écarté, étant rappelé que l'article 5 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 précité autorise les autorités de concurrence des Etats membres à accepter des engagements ;

Sur le troisième motif d'annulation invoqué :

Considérant que le troisième motif d'annulation invoqué est tiré du fait que l'Autorité n'aurait pas communiqué à Cogent l'ensemble des éléments du dossier, violant ainsi le principe du contradictoire et portant atteinte à ses intérêts ; que la requérante fait valoir qu'elle n'a pas eu accès à l'intégralité des documents sur lesquels se sont fondés le rapporteur et le collègue car elle n'a pas eu accès aux communications et aux correspondances intervenues avec la Commission européenne ; qu'elle rappelle sur ce point les dispositions de l'article 11, points 3 et 4, du règlement n° 1/2003 et relève que la Commission précise elle-même, dans son "Manuel de procédure antitrust", qu'elle analyse le projet de décision lui ayant été transmis par l'autorité nationale de concurrence (ANC) au titre de l'article 11.4 du règlement n° 1/2003 et adresse à cette dernière ses commentaires ; qu'elle en déduit qu'il y a nécessairement eu des échanges entre l'ADLC et la Commission et soutient qu'elle a intérêt à connaître toute opinion ou recommandation que la Commission aurait pu émettre à propos de la solution qu'entendait adopter l'ADLC ; et ce, pour mieux sauvegarder ses intérêts et faire évoluer la position du collègue ;

Mais considérant, à titre liminaire, qu'ainsi que l'admettent les requérantes en réponse à l'argumentation des sociétés France Télécom et de l'ADLC, le "Manuel de procédure" de mars 2012 auquel elle fait référence est un document interne de la Commission européenne qui, s'il indique que la Commission analyse le projet de décision lui ayant été transmis par l'ANC au titre de l'article 11.4 du règlement n° 1/2003, précise que la formulation d'observations par la Commission à l'adresse de l'ANC n'est ni obligatoire, ni automatique, ni nécessairement formalisée dans un document écrit, et ajoute que toutes les observations de la Commission doivent rester internes au Réseau européen de la concurrence (REC) et ne pas être divulguées aux parties ;

Considérant que l'article 11 du règlement n° 1/2003 invoqué par les requérantes est relatif à la "Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres"; qu'il prévoit notamment :

"3. Lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres.

"4. Au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Sur demande de la Commission, l'autorité de concurrence concernée met à la disposition de la Commission d'autres documents en sa possession nécessaires à l'appréciation de l'affaire.

Les informations fournies à la Commission peuvent être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Les autorités nationales de concurrence peuvent également échanger entre elles les informations nécessaires à l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité.

"6. L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence."

Considérant que, si les droits de la défense des parties concernées doivent être pleinement assurés dans le déroulement de la procédure d'engagements, aucune disposition du code de commerce ou du règlement n° 1/2003 ne prévoit que le droit des parties d'accès au dossier de l'Autorité s'étend aux documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres et, en particulier à la correspondance qui a pu être échangée entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières en application de l'article 11 dudit règlement ;

Qu'en outre, ainsi que l'observe l'Autorité, les échanges institutionnels susceptibles d'intervenir dans une affaire entre elle et la Commission aux fins d'exercice éventuel par la Commission de la possibilité d'ouvrir elle-même une procédure et donc, par application de l'article 11.6 sus-rappelé du règlement n° 1/2003, de la dessaisir de sa compétence pour appliquer les articles devenus 101 et 102 du TFUE, ne sont ni utilisés par les services d'instruction, ni opposés aux parties concernées par ladite affaire ; que, dès lors, le défaut de communication de ces échanges ne peut, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, porter atteinte à leurs intérêts ; que le moyen sera rejeté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à arguer en l'espèce de violations des procédures substantielles organisant l'intervention de l'Autorité ;

Sur les demandes tendant à l'annulation pour des motifs de fond

Considérant que les requérantes soutiennent sur le fond que la Décision doit être annulée "en ce qu'elle repose, pour chacune des pratiques examinées, sur des erreurs de fait et des erreurs de droit" ; qu'elle fait valoir que la définition du marché est "juridiquement erronée", que la Décision a dénaturé et refusé d'analyser les pratiques dénoncées dans leur saisine, qu'en outre, la Décision n'est pas motivée "à suffisance de droit" ;

Considérant, sur ce dernier point, que l'argumentation des requérantes est fondée sur l'article L.462-8, alinéa 2, du code de commerce ; que ces dispositions n'étant pas applicables en l'espèce (Cf ci-dessus), la critique des requérantes, invoquant une insuffisance de motivation de la Décision au regard des exigences de l'article L. 462-8 du code de commerce, ne peut qu'être écartée ;

Considérant, à titre liminaire, qu'ainsi qu'il a été dit :

- les requérantes contestent en réalité devant la cour le fait que les faits qu'elles dénonçaient dans leur saisine en les qualifiant d'abus de position dominante sur le marché du transit et ses marchés connexes (Cf ci-dessus) n'ont pas, à l'exception d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire, suscité de "préoccupations de concurrence" dans l'évaluation préliminaire confirmée par la Décision ;

- la Décision, après avoir défini le marché susceptible de constituer un marché pertinent au sens du droit de la concurrence et vérifié la position qu'est susceptible d'y détenir France Télécom (n° 45 à 81), a examiné les faits à l'origine de la saisine et les pratiques dénoncées (n° 82 à 118), ces analyses la conduisant à conclure (n° 118) que "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" ;

Considérant que l'Autorité, qui a ainsi procédé à un contrôle de l'évaluation préliminaire par le rapporteur des faits dénoncés dans la saisine des sociétés Cogent, ne peut soutenir dans ses observations devant la cour d'appel que "par souci de bonne administration, l'Autorité a toutefois motivé sa décision de ne retenir qu'une seule préoccupation de concurrence à l'issue de son évaluation préliminaire..." et que "bien (qu'elle) n'y fût pas tenue, l'Autorité a donc répondu de manière motivée aux différents arguments avancés par Cogent dans sa saisine";

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu devant la cour d'appel, l'Autorité était, ainsi qu'elle l'a fait dans la Décision, tenue de préciser en quoi les faits dénoncés ne suscitaient de préoccupations de concurrence que relativement à d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par Cogent ;

Considérant, toutefois, qu'ainsi qu'il a été dit, la procédure d'engagements constitue pour l'Autorité, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public économique, un moyen de régulation destiné, non à satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais à mettre fin à des situations suscitant des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 101 et 102 du TFUE ;

Qu'il en résulte que les parties plaignantes, ne peuvent, sauf erreur manifeste, remettre en cause devant la cour d'appel les appréciations de la Décision selon lesquelles certains faits dénoncés ne suscitent pas, en l'état des éléments du dossier, de préoccupations de concurrence; qu'il convient donc de vérifier si l'argumentation développée par les requérantes pour contester les appréciations de la Décision relatives au marché susceptible d'être retenu comme pertinent et aux pratiques visées par la saisine révèle des erreurs manifestes d'appréciation de la Décision ;

Sur le marché pertinent

Considérant que la Décision, qui rappelle que le marché de la connectivité sur Internet est un marché concurrentiel non régulé et que, par conséquent, les modalités des accords d'interconnexion sont le résultat de négociations commerciales entre les acteurs, retient comme susceptible de constituer un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, le marché des offres d'accès direct ou indirect aux abonnés français du fournisseur d'accès à Internet (FAI) Orange, marché dont la dimension géographique est limitée à la France ou éventuellement aux pays immédiatement voisins ;

Considérant que les requérantes estiment cette définition du marché "juridiquement erronée en ce qu'elle écarte l'hypothèse d'une facilité essentielle"; qu'elles soutiennent que la définition du marché est erronée en droit en ce que, d'une part, elle part des offres disponibles et non de la demande exprimée alors qu'elles se plaignaient d'un refus d'Orange de leur donner un accès à ses équipements pour accéder à ses abonnés, cette demande n'étant pas une demande d'échange de trafic mais une demande d'interconnexion, en ce que, d'autre part, la définition retenue par la Décision revient à retenir, à tort, un marché comme étant composé de segments de transports distincts, ne relevant pas du même niveau de la chaîne de valeur et ne répondant pas aux mêmes besoins : connexion directe, indirecte ou doublement indirecte ; qu'elles font valoir que l'accès direct aux abonnés d'Orange n'est pas techniquement reproductible par un opérateur qui voudrait remettre des données auxdits abonnés et qu'il doit se déduire du fait que France Télécom détient le seul accès possible à ses abonnés ADSL que les ports d'interconnexion aux abonnés d'Orange constituent nécessairement une infrastructure essentielle potentielle ;

Considérant que l'argumentation des requérantes - qui tend, pour identifier un marché pertinent de l'accès direct aux abonnés du FAI Orange, à soutenir que le monopole technique que détient France Télécom pour l'accès à son réseau domestique (AS 3215) lui confère la maîtrise exclusive de l'accès auxdits abonnés - n'a pas été suivie par la Décision ;

Qu'il convient, en effet, non pas de prendre en compte les modalités techniques d'accès au réseau domestique de France Télécom, mais de vérifier si le besoin spécifique auquel correspond la demande des PSI, FAI et opérateurs de transit, à savoir la possibilité d'échanger du trafic avec les internautes abonnés aux offres d'accès à Internet d'Orange, peut être satisfait par d'autres voies que celles de l'accès direct au réseau domestique de France Télécom (AS 3215) ; que, constatant que la demande spécifique d'accès aux abonnés d'Orange peut être satisfaite de manière directe ou indirecte, la Décision examine les offres disponibles susceptibles de répondre à cette demande et relève que trois modalités sont possibles pour accéder aux abonnés d'Orange : une voie directe via les offres de connectivité directe au réseau domestique d'Orange (AS 3215), deux voies indirectes, l'une via les offres d'Open Transit sur l'AS 5511, et l'autre via un transitaire en peering avec Open Transit ; que, retenant que des offres de transit restreint, 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), c'est sans commettre l'erreur de droit invoquée que la Décision - qui n'a pas méconnu le fait que France Télécom détient un monopole technique pour l'accès à son réseau mais a établi qu'il n'en résultait pas un monopole commercial, et qui a répondu aux observations formulées dans le cadre du test de marché (n°59 à 69, notamment sur le niveau de la chaîne de valeur et sur les faibles différences de qualité de service ("tromboning") entre les trois modalités d'accès) - définit comme susceptible de constituer un marché pertinent au sens du droit de la concurrence le marché des offres d'accès direct ou indirect aux abonnés français du FAI Orange ; que ni la dimension géographique du marché retenu, ni la position de France Télécom sur ledit marché ne font l'objet de critiques spécifiques ;

Considérant que la Décision relève que, bien que contrôlant l'interconnexion physique à son réseau, France Télécom n'a pas de facto la maîtrise exclusive de l'accès à ses abonnés car les accords de "peering" qu'elle est contrainte de passer via Open Transit pour offrir à ses clients un accès à l'ensemble de l'Internet, permettent aux acteurs qui en bénéficient de proposer des offres commerciales répondant au besoin d'accès spécifique aux abonnés d'Orange (Cf l'exemple cité par la Décision n°55) ; que dès lors qu'elle constatait l'existence de telles modalités d'accès alternatives aux abonnés d'Orange, la Décision n'a pas commis d'erreur manifeste en écartant l'argumentation des sociétés Cogent selon lesquelles les ports d'interconnexion au réseau domestique de France Télécom devaient être considérés comme une infrastructure essentielle ;

Qu'il en résulte que les critiques des requérantes ne peuvent être retenues ;

Sur les pratiques dénoncées

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision - en examinant successivement les refus d'accès à une facilité essentielle et vente liée, la facturation de capacités supplémentaires dans le cadre de l'accord de "peering", la discrimination par rapport aux autres opérateurs de transit, la non propagation des préfixes aux pairs, la discrimination par rapport à Open Transit et l'allocation de capacités de "peering" gratuit à Paris - n'a pas dénaturé les conclusions des sociétés Cogent qui dénonçaient comme constitutifs d'abus par France Télécom de sa position dominante - un refus d'accès à une facilité essentielle "prenant la forme d'un refus d'autoriser une interconnexion directe avec Orange dans des conditions non discriminatoires, couplée à une interconnexion imposée à Open Transit dans des conditions dégradées, et aggravée par le refus de propager les préfixes", - "la mise en oeuvre d'une vente subordonnée" et - "la mise en oeuvre d'une pratique tarifaire de compression de marges" ;

Considérant, en effet, que dès lors qu'elle retenait notamment, contrairement aux analyses des parties saisissantes, que les trois modalités d'accès (directe ou indirectes) aux abonnés Orange qu'elle décrivait, qui présentaient des différences de qualité de service (phénomène du "tromboning") très faibles lorsqu'un seul transitaire tiers est utilisé dans le cas d'un accès indirect, constituaient des solutions substituables pour les fournisseurs de contenus cherchant à s'adresser spécifiquement aux abonnés du FAI Orange et que les ports d'interconnexion au réseau domestique de France Télécom (Orange Internet AS 3215) ne pouvaient être regardés comme une infrastructure essentielle (Cf ci-dessus), la Décision ne pouvait suivre le détail de l'argumentation des sociétés Cogent qui, ainsi qu'elles le confirment devant la cour (conclusions récapitulatives n° 341 et n° 376) demandaient à Orange "un accès direct à la facilité essentielle que constituent les ports d'interconnexion aux abonnés de cette dernière, à un prix ne dépassant pas le coût de mise à disposition de ces portes d'interconnexion, à l'exclusion de toute rémunération variable et notamment de prise en charge directe ou indirecte des coûts de réseau interne de France Télécom, dans des conditions non discriminatoires et non dégradées" et dénonçaient notamment une vente liée résidant dans le fait qu'elles ne pouvaient "bénéficier d'un accès à la boucle locale/l'abonné sans qu'on lui impose l'achat supplémentaire de prestations de transit dont elle n'a aucunement besoin" ; que c'est à tort que les requérantes soutiennent que l'Autorité - qui, sans être liée par les qualifications invoquées par les parties, a vérifié si les faits dénoncés suscitaient des préoccupations de concurrence - aurait dénaturé et refusé d'analyser les "pratiques" dénoncées et n'aurait pas répondu aux griefs soulevés ;

Sur le refus d'accès à une facilité essentielle et vente liée

Considérant que les requérantes ne peuvent soutenir que "les affirmations contenues aux paragraphes 84 à 88 de la Décision sont inconsistantes en droit et anachroniques"; qu'il résulte en effet des développements des paragraphes 84 à 90, qui doivent être rapprochés de ceux relatifs au marché pertinent :

- d'une part, que Cogent dispose d'une relation de "peering" avec Open Transit (AS 5511) lui permettant d'accéder à l'ensemble des AS couverts par le réseau Open Transit d'Orange, incluant l'AS 3215 vers les abonnés Internet d'Orange en France, relation dans le cadre de laquelle France Télécom a refusé d'accroître gratuitement la capacité disponible,

- d'autre part, que 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 prestations de transit et que, dans le cadre des discussions menées entre Cogent et France Télécom sur une telle interconnexion, les conditions proposées à Cogent par France Télécom n'apparaissent pas, au vu des éléments du dossier, discriminatoires au regard de celles proposées à d'autres opérateurs;

Qu'il en résulte que c'est sans commettre d'erreur que la Décision retient, au vu de ces éléments, que Cogent s'étant vu proposer un accès aux clients d'Orange, soit indirectement par le biais d'Open Transit, soit directement par le biais d'une interconnexion

à Orange, il n'a pas, au vu des éléments du dossier, été mis en évidence de pratique de vente liée susceptible de constituer un abus ; qu'en outre, le fait que la qualification d'infrastructure essentielle des ports d'interconnexion à l'AS 3215 n'ait pas été retenue rendait inopérante l'argumentation développée par les saisissantes en ce qu'elles invoquaient un refus d'accès direct à la facilité essentielle que constitueraient les ports d'interconnexion aux abonnés d'Orange ; que c'est sans erreur manifeste que la Décision a circonscrit le débat au refus d'accroissement gratuit de la capacité disponible dans le cadre de leur accord de "peering", refus opposé par France Télécom à Cogent ;

Sur la facturation de capacités supplémentaires dans le cadre de l'accord de "peering" et la discrimination par rapport aux autres opérateurs de transit

Considérant que, pour répondre à l'argumentation des sociétés Cogent - qui soutenaient qu'une offre payante d'accès direct à l'AS 3215 ne constitue pas une alternative à un accroissement gratuit de la capacité disponible dans le cadre d'un accord de peering et que, dès lors, France Télécom abuserait de sa position dominante en refusant un accroissement d'interconnexion gratuite - la Décision relève que Cogent et France Télécom sont des opérateurs de rang 1 (Tier 1 définis comme des réseaux n'achetant pas de transit pour accéder à l'ensemble des réseaux de l'Internet) ; que, comme tout transitaire, un Tier 1 doit respecter la politique de peering de ses pairs qui peut prévoir un paiement en cas de dépassement des ratios ; qu'elle rappelle que la relation conventionnelle de "peering", même partiellement payante, est 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 ;

Qu'ainsi que le souligne France Télécom, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une alternative entre peering gratuit et peering payant, mais d'un accord de peering gratuit devenant payant lorsque le trafic échangé entre les pairs devient déséquilibré car dépassant un ratio pré-établi inscrit dans la politique de peering ;

Considérant que, dans son avis (Cf pages 8, 9 et 23), l'ARCEP retrace en ces termes les évolutions des accords de peering :

"Les relations de "peering"... se sont initialement mises en place entre opérateurs présentant un profil similaire : transitaires internationaux, fournisseurs d'accès à internet présents sur un même marché... Usuellement, les partenaires se garantissent ainsi mutuellement un trafic raisonnablement équilibré, réputé traduire une équivalence d'intérêt dans la relation d'interconnexion. Dans leur grande majorité, les relations de *peering* sont gratuites..."

"L'apparition de dissymétries d'intérêt ou de trafic entre certains acteurs a conduit au développement d'accords de *peering* payant. Ces accords sont notamment – mais pas exclusivement – mis en oeuvre dans le cadre du développement récent d'accords de *peering* direct entre certains gros PSI et certains FAI (voire entre des FAI et / ou des transitaires). [...] Des accords d'interconnexion payants se sont également développés entre les FAI et les réseaux de distribution de contenus (CDN).

"L'asymétrie des échanges apparaît donc comme un paramètre souvent utilisé dans la définition des conditions de *peering*.

"En tant qu'opérateur de transit (de rang 1), Cogent peut s'apparenter à d'autres opérateurs en relation de *peering* gratuit (non limité) avec France Télécom..."

"Il appartient, le cas échéant, à l'Autorité de la concurrence, au vu des caractéristiques des relations de *peering* mises en place par France Télécom avec d'autres acteurs, de déterminer si le fait que France Télécom refuse une augmentation des capacités de son interconnexion avec Cogent dans le cadre de leur relation de *peering* gratuit pourrait être considéré comme un comportement discriminatoire.";

Considérant qu'en l'espèce, la Décision exclut l'existence d'un tel comportement en relevant que la politique de peering mise en place par France Télécom, qui prévoit une facturation de 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, ne paraît pas se singulariser par rapport à ce qui est pratiqué par la plupart des grands opérateurs ;

Considérant que le débat étant circonscrit à un accord de peering gratuit entre deux "pairs", opérateurs de rang 1, dont le trafic présente une asymétrie importante (trafic déséquilibré jusqu'à un ratio de 13 pour 1) dépassant les ratios prévus dans la politique de peering de France Télécom, la Décision a pu, sans erreur manifeste d'appréciation, retenir qu'"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" et que, dès lors que le refus de France Télécom d'accroître les capacités de son interconnexion avec Cogent dans le cadre de leur relation de peering gratuit ne pouvait être considéré comme un comportement discriminatoire, ce refus ne paraissait pas susceptible de recevoir de qualification au titre des articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

Sur la non propagation des préfixes aux pairs

Considérant qu'ainsi que le rappelle tant l'ARCEP dans son avis (pages 25 à 27) que la Décision, "Dans un accord de *peering*, qu'il soit gratuit ou payant, il est usuel que les partenaires ne propagent pas les préfixes de leurs autres partenaires, c'est-à-dire que chacun n'accepte que le trafic qui est destiné à ses propres clients mais ne sert pas d'intermédiaire entre un partenaire et un autre. On notera d'ailleurs que les préfixes de Cogent, à l'instar de ceux des autres opérateurs de rang 1, ne sont pas propagés par ses pairs."... "Cette pratique étant répandue au sein des acteurs majeurs des réseaux de l'internet, elle n'est pas propre à France Télécom et n'apparaît pas non plus spécifiquement dirigée contre Cogent."

Qu'aucun des éléments avancés par les requérantes ne permet de retenir que la Décision aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en constatant qu'en l'état du dossier, la pratique dénoncée par Cogent n'apparaît pas susceptible de constituer en soi un abus de position dominante ;

Sur la discrimination par rapport à Open Transit

Considérant que la Décision, qui n'a, sous ce titre, répondu qu'à l'argumentation des requérantes qui soutenaient qu'en voulant faire payer l'interconnexion à Cogent, France Télécom opérerait une discrimination par rapport à sa propre activité de transitaire (Open Transit), retient sans erreur, qu'il ne peut être reproché à France Télécom d'avoir fait le choix de développer l'activité de transitaire et de chercher à s'approvisionner en interne et que, dès lors, la discrimination invoquée, qui consisterait pour le FAI Orange à choisir Open Transit comme transitaire plutôt que Cogent, ne peut être retenue ;

Sur l'allocation de capacités de "peering" gratuit à Paris

Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'examen des éléments qu'elles ont produits devant l'Autorité ne contredit pas les constatations (n° 109 à 116 et n° 86 et 87) qui ont conduit la Décision à relever l'absence de "réelle demande d'augmentation de capacités à Paris émanant de Cogent" et de "demande spécifique relative à Paris" ; qu'en outre, s'agissant des demandes de Cogent formulées à partir du 26 janvier 2012 au cours de l'instruction de la saisine et tendant à l'obtention de capacités d'interconnexion supplémentaires à Paris entre elle et Open Transit, la Décision relate (n° 116) les réponses apportées en séance par les parties aux questions de l'Autorité relatives à l'état d'avancement de la mise en oeuvre des dites capacités supplémentaires et les requérantes ne contestent pas sérieusement devant la cour que les négociations ont abouti à l'augmentation de 2 Gbit/s à 12 Gbit/s, 10 Gbit/s ayant été accordés à Aubervilliers selon les préférences de Cogent ; que la Décision n'encourt pas les griefs invoqués pour avoir déduit des éléments qu'elle a analysés que la pratique dénoncée de restriction de capacités à Paris ne paraît pas susceptible de recevoir de qualification au titre des articles L. 420-2 du code de commerce ou 102 du TFUE ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le recours ne peut être accueilli en ce qu'il conteste le fait que les faits dénoncés n'aient suscité de préoccupations de concurrence qu'en ce qui concerne d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'être révélées par la formalisation des échanges entre Orange et Open Transit ;

Sur l'illicéité invoquée de la Décision

Considérant que les sociétés Cogent font valoir que la Décision est illicite "en ce qu'elle rend obligatoire un engagement anticoncurrentiel en outrepassant en outre les compétences de l'Autorité" ; que, sous ce titre, les requérantes, qui soutiennent que "la décision de recourir à la procédure d'engagements ne saurait être un expédient...auquel l'Autorité aurait la faculté discrétionnaire d'avoir recours", font grief, en premier lieu, à l'Autorité d'avoir violé l'article L. 464-2, I du code de commerce et, en second lieu, à la Décision de rendre obligatoire la mise en place par Orange d'une pratique restrictive de concurrence ;

Considérant qu'en premier lieu, les requérantes reprochent à l'Autorité d'avoir méconnu la nature même de la procédure d'engagement prévue par l'article L. 464-2, I du code de commerce et ce, en refusant "d'instruire une pratique caractérisée", en acceptant un engagement qui "ne met ni un terme à la pratique de ciseau tarifaire identifiée, ni ne permet de s'opposer à sa continuation" et en adoptant ainsi "une mesure qui relèverait en tout état de cause, si elle était licite, exclusivement du champ de la régulation sectorielle" ;

Que les requérantes, qui versent aux débats l'analyse d'un cabinet d'experts qu'elles ont interrogé, invoquent notamment sur ces points une erreur de la Décision "quant au test à mener pour caractériser un ciseau tarifaire" et une "contradiction de la position de l'Autorité avec celle de la Cour de cassation dans l'affaire Tenor" ; qu'après avoir rappelé qu'elles dénonçaient dans leur saisine une offre faite par Open Transit aux fournisseurs de contenus qui, selon elles, constituait une pratique de compression de marge illicite, matérialisant la réalité d'un refus d'accès à l'infrastructure essentielle que constituent, selon elles, les ports d'interconnexion à Orange, elles reprochent à l'Autorité d'avoir, au lieu de mener le test que la Décision elle-même préconisait (Décision n°123), proposé un autre test, dépourvu de toute justification et uniquement destiné à minorer la réalité et la gravité de l'infraction commise par France Télécom, infraction que l'Autorité ne pouvait refuser d'instruire dès lors que sa vraisemblance est établie par les éléments qu'elles invoquent pour s'en plaindre ; qu'elles ajoutent que la Décision ne pouvait, sans contredire la jurisprudence, à la fois écarter la qualification d'infrastructures essentielles des ports d'interconnexion aux abonnés d'Orange et retenir la possibilité d'un ciseau tarifaire entre le prix d'accès à cette ressource et les tarifs d'Open Transit vis-à-vis des fournisseurs de contenus qui voudraient recourir aux services d'Open Transit International, alors que cette notion requiert le constat d'une ressource indispensable en amont (Cf conclusions n° 586) ; qu'enfin, elles soutiennent, que l'engagement accepté par la Décision est dépourvu de lien avec la préoccupation de concurrence visée mais valide en fait une pratique de prix excessif (Cf conclusions n° 615), que cet engagement ne met pas fin à une pratique de ciseau tarifaire, ni ne permet de la détecter et qu'en tout état de cause, la Décision, en validant un tel engagement, a méconnu l'objet de la procédure d'engagements en considérant cette procédure soit comme une simple mesure d'instruction, soit comme un moyen de régulation ex ante dans la mesure où l'engagement validé pourrait s'apparenter à une "forme embryonnaire de séparation comptable visant à permettre de contrôler une obligation de transparence, de non-discrimination et de contrôle des coûts" ;

Considérant qu'en second lieu, les requérantes font valoir qu'en prévoyant :

- une obligation pour France Télécom de "mettre en oeuvre 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...principes techniques... et principes de valorisation..." (Cf engagement n° 1)

- la Décision a rendu "obligatoire la mise en place par Orange d'une pratique restrictive de concurrence" ;

Qu'elles soulignent que ce "protocole interne" ne vise que les "flux entrants" et qu'"admettre que ces flux entrants sont valorisés revient à valider qu'ils déclenchent un paiement d'Open Transit International vers Orange c'est-à-dire précisément le type de paiement que France Télécom exigeait de Cogent et que cette dernière a dénoncé devant l'Autorité" ; que France Télécom, qui confirme qu'Open Transit est l'opérateur de transit d'Orange, accepte néanmoins de lui imposer de verser une taxe d'accès à Orange dans le seul but de pouvoir ensuite imposer cette taxe à l'ensemble des autres opérateurs de transit ; que les requérantes, selon lesquelles cet engagement validerait "en fait une pratique de prix excessif, en incitant une entreprise détenant l'accès à une infrastructure essentielle à appliquer à l'ensemble de ses clients le prix excessif qu'elle réservait à ses seuls concurrents", soutiennent que la Décision accepte un engagement dont l'objet est anticoncurrentiel en ce qu'il impose la valorisation d'un schéma de paiement sans cause et sans contrepartie ("consécration de la possibilité de lever une taxe privée"), de même que sont anticoncurrentiels ses effets tant sur les opérateurs de transit que sur le marché dans son ensemble ;

Considérant que l'ADLC expose dans ses observations devant la cour qu'elle a en l'espèce fait usage de la procédure d'engagements eu égard à la nature des faits, à leurs caractéristiques et à leurs conséquences potentielles, souhaitant privilégier un maintien volontaire de la concurrence en raison du caractère évolutif, dynamique et innovant du secteur en cause dans lequel la négociation des acteurs occupe une place centrale et d'un contexte plus général de réflexions approfondies sur l'avenir de l'Internet ; que la préoccupation de concurrence qu'elle a retenue est liée à l'opacité des relations entre Open Transit et Orange qui rend difficile le contrôle d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire et que les engagements acceptés permettent de mettre fin à ce manque de transparence et d'assurer le maintien de la concurrence sur le marché ; qu'agissant dans le cadre de son pouvoir de régulation, elle s'est mise en situation de pouvoir contrôler ultérieurement l'existence d'éventuelles pratiques abusives, après avoir relevé que la quasi-totalité des exemples mentionnés par les sociétés Cogent dans leur saisine ne permettaient pas de démontrer un effet de ciseau, ni un risque suffisamment important pour imposer une qualification définitive des faits et une sanction ; que, par ailleurs, l'Autorité insiste sur le caractère adéquat des engagements pris par France Télécom et leur proportionnalité non contestée par les requérantes qui se bornent à l'estimer sans lien avec la préoccupation de concurrence résultant des faits dénoncés et à contester la compétence de l'Autorité ;

Considérant que France Télécom d'une part, le Ministère public, d'autre part, approuvent également le recours à la procédure d'engagements ;

Considérant que, pour répondre à l'argumentation des requérantes, il convient de relever que la Décision n'a pas la portée que lui attribuent les sociétés Cogent pour la critiquer devant la cour et en ce sens d'observer :

- que la Décision retient que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, les ports d'interconnexion au réseau Orange (AS 3215) ne peuvent être qualifiés

d'infrastructures essentielles dans la mesure où s'ils permettent à France Télécom de contrôler l'interconnexion physique à son réseau, ce contrôle ne confère pas à France Télécom la maîtrise exclusive de l'accès aux abonnés d'Orange, et que le débat porte non pas tant sur le principe d'un accès que sur la question du prix de l'accès (Cf Décision n° 69 et 90 et ci-dessus sur le rejet des critiques des requérantes sur ces points) ; que sont par conséquent inopérants les développements des requérantes fondés sur l'affirmation que France Télécom serait détentrice d'une facilité essentielle, étant au surplus observé que, contrairement à ce qui est affirmé, un risque de ciseau tarifaire peut exister même en l'absence de ressource intermédiaire indispensable ;

- que, si la Décision constate qu'un prix facturé par France Télécom à un très attractif fournisseur de contenus pour l'accès aux abonnés d'Orange semble, à première vue, sensiblement inférieur aux pratiques du marché et susceptible d'illustrer une situation de ciseau tarifaire, elle émet cependant des réserves sur ce constat (Cf n° 122) et retient que ce prix semble être la conséquence d'un rapport de force entre les deux entreprises sans caractériser un effet anticoncurrentiel mais que d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire, voire de discrimination sont difficilement contrôlables eu égard à l'opacité de la relation entre Open Transit et Orange; que c'est à juste titre que l'Autorité observe devant la cour qu'au moment de la Décision, les éléments mentionnés par les sociétés Cogent dans leur saisine ne permettaient pas de démontrer un effet de ciseau ; que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la Décision aurait commis une erreur "quant au test à mener pour caractériser un ciseau tarifaire" alors que la Décision n'a pas mené un tel test s'agissant du prix facturé par France Télécom au fournisseur de contenus visé par la Décision (n° 122), mais a exactement indiqué (n°123) le test qui pourrait être mené si les offres de France Télécom pouvaient être contrôlées, c'est-à-dire si la relation entre Open Transit et Orange n'était pas opaque ; que les requérantes ne sont pas davantage fondées à invoquer devant la cour des éléments dont elles n'avaient pas saisi l'Autorité pour contester la mise en oeuvre et la finalisation de la procédure d'engagements ;

- que la préoccupation de concurrence retenue par l'Autorité, saisie in rem des faits dénoncés, n'est pas liée à des prix excessifs pour accéder à une "facilité essentielle", mais résulte du fait que les faits dénoncés par les sociétés Cogent ont mis en évidence une "opacité de la relation entre Open Transit et Orange "qui rend difficile le contrôle d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire ou même de discrimination", manque de transparence déjà souligné par le régulateur sectoriel ; qu'en effet, l'ARCEP consultée pour avis dans la présente affaire a relevé (page 21) qu'Open Transit (AS 5511) et Orange Internet (AS 3215) intégrés au sein d'un seul et unique opérateur (France Télécom), bien qu'étant des entités distinctes d'un point de vue technique, n'ont formalisé entre elles aucune relation économique et juridique, ce qui "rend l'analyse des offres de France Télécom plus complexe"; que les requérantes ne peuvent, par conséquent, soutenir que les engagements acceptés par l'Autorité (Cf Décision n° 183 et notamment l'engagement 1 sus-rappelé) seraient sans lien avec la préoccupation de concurrence identifiée, alors que les engagements validés par la Décision ont précisément pour objet de remédier à ce manque de transparence et donc de permettre un contrôle ultérieur de l'existence éventuelle de pratiques de ciseau tarifaire, voire de discrimination ; qu'en outre, la Décision ne retenant pas que France Télécom détient une infrastructure essentielle et se bornant à rendre obligatoires des engagements permettant, non de répondre à une préoccupation de concurrence qui serait liée à des prix excessifs réclamés pour accéder à une facilité essentielle, mais de remédier à un manque de transparence favorisant la mise en oeuvre d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire, voire de discrimination, les requérantes ne peuvent, sans méconnaître la portée de la Décision, soutenir que l'Autorité aurait rendu obligatoires des engagements qui valideraient "en fait une pratique de prix excessif, en incitant une entreprise détenant l'accès à une infrastructure essentielle à appliquer à l'ensemble de ses clients le prix excessif qu'elle réservait à ses seuls concurrents" et auraient ainsi un objet et des effets anticoncurrentiels ;

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision s'est expliquée, et ce, par des motifs non utilement contestés et approuvés par la cour, tant sur son analyse des faits dénoncés (Cf ci-dessus) que sur les motifs la conduisant à estimer pertinent de recourir en l'espèce à la procédure d'engagements (Décision n° 140 et suivants) et a rendu obligatoires des engagements qui répondent aux préoccupations de concurrence qu'elle a identifiées ; que les requérantes ne peuvent, au vu des analyses de la Décision et du contexte du secteur en cause, reprocher à l'Autorité d'avoir, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public économique et dès lors qu'elle ne constatait pas une atteinte à l'ordre public économique imposant une qualification définitive des faits et le prononcé immédiat de sanctions, choisi de recourir à la procédure d'engagements et rendu obligatoires des engagements lui permettant de se mettre en situation de contrôler ultérieurement l'existence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ; qu'il est à cet égard rappelé que la procédure d'engagements ne vise pas à emporter la conviction des plaignants dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement de préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'Autorité à ces dernières ; qu'en outre, cette procédure excluant toute qualification définitive des faits, la Décision d'engagements n'exclut pas une nouvelle saisine de l'Autorité par les plaignants voire une saisine d'office ;

Considérant, enfin, que c'est à tort que les requérantes soutiennent que l'Autorité aurait méconnu l'objet de la procédure d'engagement en adoptant une mesure qui relèverait du champ de régulation sectorielle ; qu'ainsi que l'observe l'Autorité, ce sont les requérantes elles-mêmes qui l'ont saisie et l'ARCEP consultée pour avis a souligné l'absence de régulation ex ante affectant la négociation commerciale entre Cogent et France Télécom ; qu'en tout état de cause, si les engagements rendus obligatoires en l'espèce sont effectivement souscrits pour l'avenir, ils résultent de préoccupations de concurrence relatives à des pratiques antérieures liées à l'opacité des relations existant au sein de France Télécom susceptible de donner lieu à des infractions au droit de la concurrence ; qu'à la différence de la régulation sectorielle qui pourrait conduire une autorité spécialisée à énoncer "ex ante" un standard applicable aux opérateurs intéressés, la régulation concurrentielle telle que mise en oeuvre en l'espèce a pu conduire l'Autorité à intervenir, au vu du comportement d'une entreprise donnée, en privilégiant une procédure lui permettant, grâce aux engagements rendus obligatoires, de mettre fin ou de faire mettre fin à d'éventuelles pratiques contraires aux règles de concurrence sur le marché concerné ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous couvert des violations qu'elles invoquent des dispositions de l'article L. 464-2, I du code de commerce qui permet à l'Autorité de recourir à la procédure d'engagements, et de critiques des engagements rendus obligatoires, les requérantes reprochent encore à l'Autorité de ne pas avoir suivi l'analyse qu'elles proposaient des faits qu'elle dénonçaient ;

Considérant que l'ensemble de ces développements conduisent à rejeter toutes les demandes des requérantes et, par conséquent le recours ;

Considérant que l'équité ne conduit pas à faire application, en l'espèce, des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

Rejette le recours des sociétés Cogent Communications Inc. et Cogent Communications France ;

Les déboute de toutes leurs demandes ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;

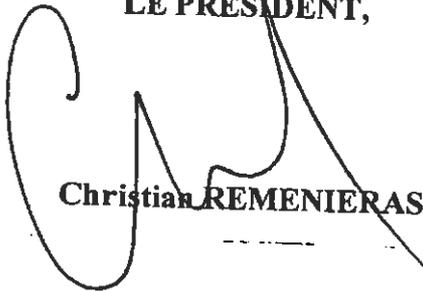
Condamne les sociétés Cogent Communications Inc. et Cogent Communications France aux dépens ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du greffe de la cour d'appel de Paris, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie;

LE GREFFIER,


Benoît TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,


Christian REMENIERAS

