

**Affaire C-34/20**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

24 janvier 2020

**Juridiction de renvoi :**

Verwaltungsgericht Köln (Allemagne)

**Date de la décision de renvoi :**

20 janvier 2020

**Partie requérante :**

Telekom Deutschland GmbH

**Partie défenderesse :**

République fédérale d'Allemagne

---

**Copie certifiée conforme**

**Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne, Allemagne)**

**Ordonnance**

[OMISSIS]

Dans le cadre du litige administratif opposant

Telekom Deutschland GmbH, [OMISSIS] Bonn,

– partie requérante –

[OMISSIS]

à

la République fédérale d'Allemagne, représentée par la Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agence fédérale des réseaux pour l'électricité, le gaz, les télécommunications, la poste et les chemins de fer), [OMISSIS] Bonn,

[OMISSIS]

– partie défenderesse –,

concernant le droit des télécommunications,

la neuvième chambre du Verwaltungsgericht Köln  
(tribunal administratif de Cologne) a,  
le 20 janvier 2020,  
[OMISSIS]

rendu la décision suivante :

Il est sursis à statuer. **[Or. 2]**

En application de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie à titre préjudiciel des questions suivantes :

1. a) Lorsqu'un tarif de communications mobiles qui inclut, pour le trafic des données mobiles, un volume mensuel de données dont l'épuisement entraîne une réduction de la vitesse de transmission, et qui peut être accompagné d'une option tarifaire gratuite permettant d'utiliser certains services de « partenaires de contenu » de l'entreprise de télécommunication sans que le volume de données consommé par l'utilisation de ces services soit décompté du volume mensuel de données compris dans le tarif de téléphonie mobile en question, sachant toutefois que le client final accepte alors que la bande passante soit limitée à un débit maximal de 1,7 Mbits/s pour la diffusion de vidéos en continu (ci-après « streaming vidéo »), que ces vidéos soient diffusées par des partenaires de contenu ou par d'autres fournisseurs, l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que les accords sur les caractéristiques des services d'accès à l'internet au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent respecter les exigences de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 ?

b) Si la question 1, sous a), appelle une réponse affirmative : l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante en cause doit être considérée comme un ralentissement d'une catégorie de services ?

c) Si la question 1, sous b), appelle une réponse affirmative : la notion de congestion imminente du réseau au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle couvre uniquement les congestions exceptionnelles ou temporaires (imminentes) ?

d) Si la question 1, sous b), appelle une réponse affirmative : l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, l'exigence de l'égalité de traitement des catégories équivalentes de trafic fait obstacle à une limitation de la bande passante, qui est applicable uniquement en cas d'option complémentaire et non dans le cas des autres tarifs de téléphonie mobile et, de surcroît, uniquement pour le streaming vidéo ? **[Or. 3]**

e) Si la question 1, sous b), appelle une réponse affirmative : l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, une limitation de la bande passante, dont l'application dépend de l'activation de l'option complémentaire, et que le client final peut en outre désactiver à tout moment pour une durée maximale de 24 heures, respecte l'exigence selon laquelle une catégorie de services ne peut être ralentie que dans la mesure nécessaire à la réalisation des objectifs de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous a) à c), du règlement (UE) 2015/2120 ?

2. a) Si la question 1, sous b), appelle une réponse négative : l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante uniquement pour le streaming vidéo est fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic ?

b) Si la question 2, sous a), appelle une réponse affirmative : l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens qu'une identification du trafic de données généré par le streaming vidéo grâce aux adresses IP, protocoles, URL (localisateur uniforme de ressource) et SNI (indication du nom du serveur), ainsi qu'au moyen du « pattern matching » (filtrage par motif), lequel permet de comparer certaines informations d'en-tête avec les valeurs typiques du streaming vidéo, constitue une surveillance du contenu particulier du trafic ?

3. Si la question 1, sous a), appelle une réponse négative : l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, une limitation de la bande passante uniquement pour le streaming vidéo restreint le droit des utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 ?

## Motifs

La requérante est la filiale d'une entreprise de télécommunications.

Depuis le 19 avril 2017, elle propose aux clients finals de ses forfaits mobiles « MagentaMobil » l'option complémentaire gratuite « StreamOn » (qui existait initialement dans les variantes « StreamOn Music », « StreamOn Music&Video », « MagentaEINS StreamOn Music » et « MagentaEINS StreamOn Music&Video »). En activant « StreamOn », [Or. 4] le volume de données consommé par le streaming audio et vidéo diffusé par des partenaires de contenu de la requérante n'est pas décompté du volume de données compris dans le forfait mobile correspondant souscrit pour l'utilisation de la connexion internet mise à disposition via le réseau de téléphonie mobile (pratique connue sous le nom de « zero rating »), et dont l'épuisement donne généralement lieu à une réduction de la vitesse de transmission. Les « conditions générales de participation des partenaires à l'offre de zero rating de Telekom Deutschland GmbH » régissent les rapports juridiques entre la requérante et les partenaires de contenu. Celles-ci prévoient que la participation au zero rating en tant que partenaire de contenu est, en substance, subordonnée au respect de conditions techniques définies individuellement par la requérante ainsi qu'à la conclusion d'un contrat. La requérante n'exige aucune rémunération des partenaires de contenu. D'après le point 6.2 des conditions générales de participation des partenaires à l'offre de zero rating de Telekom Deutschland GmbH, les partenaires de contenu et la requérante se mettent en outre d'accord sur les données techniques spécifiques que le partenaire de contenu met à disposition pour que la requérante puisse différencier les contenus pertinents et permettre leur traitement : « Les informations techniques appropriées peuvent consister dans des adresses IP et/ou des protocoles et/ou des URL et/ou des SNI (pour le HTTPS ou « protocole de transfert hypertextuel sécurisé ») et/ou la clé publique utilisée pour le cryptage du HTTPS (le cas échéant) et/ou des informations techniques qui sont utilisées par le partenaire de contenu ou son fournisseur de services externe (par exemple fournisseur de CDN) pour mettre les contenus pertinents à la disposition des clients. »

[OMISSIS]

Dans le cas du « StreamOn Music&Video », il résulte du point 6.7, sous b), de la « liste de prix des options complémentaires de téléphonie mobile (clients privés) » de la requérante [du 19 avril 2017] que le client final accepte

[OMISSIS]

en outre une limitation de la bande passante à un débit maximal de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo, qu'il s'agisse de vidéos provenant de partenaires de contenu ou d'autres fournisseurs. Afin de pouvoir distinguer le trafic de données en question des autres trafics de données, la requérante - selon ses propres [Or. 5] déclarations - arrête également, avec ses entreprises partenaires, des critères de

différenciation, étant précisé que les adresses IP, protocoles, URI et SNI entrent en ligne de compte. En outre, il identifie le trafic généré par le streaming vidéo au moyen de ce que l'on appelle le « pattern matching », dans lequel la requérante fait correspondre certaines informations d'en-tête avec les valeurs typiques du streaming vidéo.

Le client final peut à tout moment désactiver et réactiver l'option complémentaire et donc aussi la limitation de la bande passante afin de rétablir une qualité de transmission maximale pour le streaming vidéo par imputation [de ce transfert de données] sur son volume de données inclus dans le forfait. Si le client ne réactive pas l'option dans les 24 heures, la requérante rétablit automatiquement les paramètres par défaut (absence d'imputation sur le volume de données inclus dans le forfait et limitation de la bande passante).

[OMISSIS]

En revanche, dans le cas de « MagentaEINS StreamOn Music&Video », il n'y a pas de limitation de la bande passante. « MagentaEINS StreamOn Music&Video » se distingue de « StreamOn Music&Video » en ce que cette option complémentaire ne peut être ajoutée à un tarif de téléphonie mobile que si ledit tarif est combiné à un tarif de réseau fixe comprenant le service d'accès à l'internet correspondant.

Toutes les options complémentaires peuvent être annulées à tout moment sans préavis.

Par décision du 15 décembre 2017, l'Agence fédérale des réseaux a rendu la décision litigieuse, dont le point 1 du dispositif énonce ce qui suit :

« 1.a) Il a été constaté que Telekom Deutschland GmbH viole l'article 3, paragraphe 3 [du règlement (UE) 2015/2120] en réduisant le débit de transmission des données pour le streaming vidéo à une vitesse maximale de 1,7 Mbit/s (réduction de la bande passante) dans l'option complémentaire « StreamOn » proposée avec les forfaits MangentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MangentaMobil L Premium et MangentaMobil L Plus Premium. En outre, il est établi que les conditions d'une mesure de gestion du trafic autorisée en vertu de l'article 3, paragraphe 3, deuxième [Or. 6] ou troisième alinéa, sous a) à c) [du présent règlement] ne sont pas remplies.

b) Il est interdit à Telekom Deutschland GmbH de réduire le débit de transmission des données pour le streaming vidéo dans l'option complémentaire « StreamOn » proposée avec les forfaits MangentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MangentaMobil L Premium et MangentaMobil L Plus Premium à une vitesse maximale de 1,7 Mbit/s (réduction de la bande passante).

c) Il est interdit à Telekom Deutschland GmbH d'utiliser des clauses prévoyant une réduction du débit de transmission des données, en contradiction avec l'interdiction visée au point 1. b) ci-dessus, tant dans les contrats avec les

fournisseurs de contenu que dans les contrats avec les clients qui activent l'option complémentaire StreamOn. »

Par décision du 8 juin 2018, l'Agence fédérale des réseaux a rejeté la réclamation formée par la requérante contre cette décision comme étant non fondée. Le 22 juin 2018, la requérante a introduit un recours visant à l'annulation de cette décision de rejet. [OMISSIS]

La requérante explique de manière détaillée que l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 est le seul critère d'appréciation applicable à la limitation de la bande passante découlant de l'option complémentaire. Les droits des utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 ne seraient pas violés, de sorte que la limitation de la bande passante serait autorisée. Le fait de recourir aussi à l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 comme critère d'appréciation, ce que la requérante considère comme non pertinent, ne permettrait pas de faire une autre analyse. L'article 3, paragraphe 3, alinéa premier, du règlement (UE) 2015/2120 ne poserait pas de principe d'égalité de traitement globale. En tout état de cause, la limitation de la bande passante serait autorisée en tant que mesure de gestion du trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, première phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Il n'y aurait pas de violation du principe de non-discrimination ni du [Or. 7] principe de proportionnalité au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120. En outre, le contenu du trafic de données ne serait pas surveillé et l'exigence liée au temps nécessaire serait également respectée, conformément à l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Par ailleurs, la limitation de la bande passante serait une compression de données autorisée au sens du considérant 11 du règlement (UE) 2015/2120.

La défenderesse conteste les arguments de la requérante.

## II.

Il y a lieu de surseoir à statuer. Conformément à l'article 267 TFUE, il convient de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle portant sur les questions formulées dans le dispositif de la présente ordonnance.

1. Aux fins de l'appréciation juridique du recours en annulation formé contre la décision du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018, les dispositions pertinentes sont celles du Telekommunikationsgesetz (loi sur les télécommunications, ci-après le « TKG ») du 22 juin 2004 [OMISSIS], qui, au moment de la décision de la Bundesnetzagentur rendue sur réclamation du 8 juin 2018, avait été modifiée, en dernier lieu, par la loi du 1<sup>er</sup> juin 2017 [OMISSIS], ainsi que celles du règlement (UE) n° 2015/2120, du 25 novembre 2015, établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le

service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques. En vertu d'une jurisprudence constante du Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Allemagne), le moment pertinent pour apprécier la situation de fait et de droit ayant donné lieu à un recours en annulation, tel que le présent recours, est celui de l'adoption de la dernière décision administrative.

[OMISSIS] [Or. 8]

Le cadre juridique pertinent est constitué par les dispositions suivantes de droit national :

L'article 126 du TKG, dans la version applicable, est libellé comme suit :

(1) Si l'autorité réglementaire constate qu'une entreprise n'a pas satisfait aux obligations imposées par la présente loi, en application de la présente loi, par le règlement (CE) n° 531/2012 ou par le règlement (UE) 2015/2120, elle demande à l'entreprise de prendre position à cet égard et de se mettre en conformité. Elle fixe un délai à l'entreprise pour s'exécuter.

(2) Si l'entreprise ne remplit pas ses obligations dans le délai imparti, la Bundesnetzagentur peut ordonner les mesures nécessaires aux fins du respect de l'obligation en question. Il convient alors de fixer à l'entreprise un délai approprié lui permettant de mettre en œuvre lesdites mesures.

[...]

2. Les questions préjudicielles sont déterminantes aux fins de la solution du litige et nécessitent une clarification de la part de la Cour.

Le bien-fondé de l'action, recevable [OMISSIS] en tant que recours en annulation, dépend du point de savoir si la requérante a violé ses obligations découlant du règlement (UE) 2015/2120 [OMISSIS].

a) L'article 126 du TKG constitue le fondement juridique de la décision de l'Agence fédérale des réseaux du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018.

b) On ne saurait raisonnablement douter de ce que la Bundesnetzagentur a respecté les dispositions formelles de l'article 126 du TKG.

c) L'élément déterminant au regard de la licéité matérielle de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 [Or. 9] juin 2018, consiste à savoir si la requérante viole ses obligations découlant du règlement (UE) 2015/2120.

L'article 3 du règlement (UE) 2015/2120 dispose ce qui suit :

1. Les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet.

Le présent paragraphe s'entend sans préjudice du droit de l'Union ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union, en ce qui concerne la légalité des contenus, des applications et des services.

2. Les accords entre les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les utilisateurs finals sur les conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet, telles que les prix, les volumes de données ou le débit, et toutes pratiques commerciales mises en œuvre par les fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne limitent pas l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés au paragraphe 1.

3. Dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de services d'accès à l'internet traitent tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés.

Le premier alinéa n'empêche pas les fournisseurs de services d'accès à l'internet de mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du trafic. Pour être réputées raisonnables, les mesures sont transparentes, non discriminatoires et proportionnées, et elles ne sont pas fondées sur des considérations commerciales, mais sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic. Ces mesures ne concernent pas la [Or. 10] surveillance du contenu particulier et ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire.

Les fournisseurs de services d'accès à l'internet n'appliquent pas de mesures de gestion du trafic qui vont au-delà de celles visées au deuxième alinéa et, en particulier, s'abstiennent de bloquer, de ralentir, de modifier, de restreindre, de perturber, de dégrader ou de traiter de manière discriminatoire des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services, sauf si nécessaire et seulement le temps nécessaire, pour :

a) se conformer aux actes législatifs de l'Union ou à la législation nationale qui est conforme au droit de l'Union, auxquels le fournisseur de services d'accès à l'internet est soumis, ou aux mesures, conformes au droit de l'Union, donnant effet à ces actes législatifs de l'Union ou à cette législation nationale, y compris les décisions d'une juridiction ou d'une autorité publique investie des pouvoirs nécessaires ;

b) préserver l'intégrité et la sûreté du réseau, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des équipements terminaux des utilisateurs finals ;

c) prévenir une congestion imminente du réseau et atténuer les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau, pour autant que les catégories équivalentes de trafic fassent l'objet d'un traitement égal.

[...]

aa) La juridiction de céans estime qu'il existe des raisons sérieuses de considérer que la requérante viole ses obligations découlant du règlement (UE) 2015/2120 [OMISSIS].

Cette analyse repose sur l'idée que la réglementation figurant au point 6.7, sous b), de la « liste de prix des options complémentaires de téléphonie mobile (clients privés) » de la requérante concernant la limitation de la bande passante à une vitesse maximale de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo est un accord entre les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les utilisateurs finals sur les conditions commerciales et [Or. 11] techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet, telles que les prix, les volumes de données ou le débit, et toutes pratiques commerciales mises en œuvre par les fournisseurs de services d'accès à l'internet au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120, qui relève de ce même article. On peut déduire au moins indirectement de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120, que de tels accords peuvent, en principe, également contenir des conventions sur les volumes de données ou le débit. Cela résulte du considérant 7 du règlement (UE), selon lequel, dans l'esprit du législateur de l'Union, les utilisateurs finals devraient être expressément libres de convenir avec les fournisseurs de services d'accès à l'internet des tarifs du service d'accès à l'internet pour des volumes de données et des débits déterminés afin d'exercer leurs droits d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, et d'utiliser et de fournir des applications et des services de leur choix.

[OMISSIS]

Il existe cependant de solides arguments indiquant que les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120. À cet égard, l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie) a déclaré que la position de la requérante, selon laquelle la limitation de la bande passante mentionnée au point 6.7 sous b) de sa « liste de prix des options complémentaires de téléphonie mobile (clients privés) » a été convenue par contrat entre la requérante et ses clients finals, et relève donc exclusivement de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120, était dépourvue de fondement, étant donné que l'article 3, paragraphes 2 et 3, du règlement (UE) 2015/2120 ne contiennent pas de domaines d'application exclusifs l'un de l'autre,

en ce sens que l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 régirait de manière exhaustive la licéité des accords contractuels entre les fournisseurs de services d'accès à l'internet et leurs clients finals, tandis que l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 viserait uniquement les mesures unilatérales restantes des fournisseurs de services d'accès à l'internet qui ne sont pas convenues par contrat. **[Or. 12]**

[OMISSIS]

Si l'on considère que les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, il existe également de nombreuses raisons de penser qu'un accord qui a pour objet de limiter la bande passante à un débit maximale de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo viole l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120. Selon l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), les termes « discrimination », « restriction » ou « interférence » doivent être compris comme une concrétisation du principe général d'égalité de traitement au sens de l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, première phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Dans le même temps, en utilisant les notions d'« expéditeur », de « destinataire », de « contenus », d'« applications », de « services » ou d'« équipements terminaux », certains éléments révélant une inégalité de traitement seraient déclarés comme expressément illicites.

[OMISSIS]

Par conséquent, il y aurait une inégalité de traitement en cas d'accord ayant pour objet une limitation de la bande passante à un débit maximal de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo, dans la mesure où cette limitation, opérée pour le streaming vidéo par rapport à d'autres services et applications, reviendrait à établir une distinction technique arbitraire en fonction du type d'applications ou de services utilisés ou fournis.

[OMISSIS]

Cette thèse ne serait contredite ni par le considérant 9 du règlement, qui est uniquement consacré à l'explication des conditions des mesures appropriées de gestion du trafic prévues à l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, qui, malgré une éventuelle inégalité de traitement du trafic de données, doivent rester autorisées par dérogation systématique à l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, ni par le considérant 11 de ce règlement, lequel concernerait la compression des données **[Or. 13]** qui entraînerait une réduction des volume de données, mais pas une réduction du débit de transmission des données.

[OMISSIS]

En vertu de la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), un accord ayant pour objet une limitation de la bande passante à un débit maximal de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo ne doit pas non plus être considéré comme une gestion du trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, première phrase, du règlement (UE) 2015/2120.

[OMISSIS]

Selon le raisonnement qui sous-tend cette jurisprudence, il ne suffirait pas que la limitation de la bande passante concernant l'utilisation intensive de données du streaming vidéo contribue à conserver les capacités de transmission disponibles sur le réseau de communications mobiles. Il serait plutôt nécessaire que la limitation de la bande passante soit basée sur des exigences techniques objectives en matière de qualité des applications ou du service utilisés, et qu'elle vise à optimiser la qualité globale et l'expérience de l'utilisateur pour le streaming vidéo. Ce ne serait toutefois pas le cas ici ne serait-ce que parce que la limitation de la bande passante entraînerait objectivement une détérioration de la qualité globale et de l'expérience de l'utilisateur. En outre, la limitation de la bande passante ne satisferait pas à l'exigence supplémentaire de soumettre les catégories de trafic équivalentes à un traitement égal. En effet, la limitation de la bande passante ne s'appliquerait pas au streaming vidéo en tant que tel, mais uniquement par l'activation de l'option complémentaire, bien que les exigences techniques pour le streaming vidéo ne diffèrent pas, à cet égard, de celles applicables au streaming vidéo via le réseau mobile en dehors de cette option complémentaire.

[OMISSIS]

Enfin, si l'on se base sur la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), les conditions de l'article 3, paragraphe 3, **[Or. 14]** troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 ne seraient pas non plus remplies. D'après l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), un accord limitant la bande passante à un débit maximal de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo ne sert pas à atténuer la congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau ni à éviter une congestion exceptionnelle ou temporaire imminente du réseau. Il limiterait plutôt le trafic de données généré par l'option tarifaire elle-même afin de préserver les capacités de transmission existantes du réseau mobile. En outre, la limitation de la bande passante pour le streaming vidéo ne serait prévue que dans le cas de l'activation de l'option complémentaire et ne répondrait donc pas à la condition nécessaire visée à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 imposant de traiter de manière égale les catégories équivalentes de trafic.

[OMISSIS]

Compte tenu de cette jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), tout indique que la requérante ne remplit pas ses obligations au titre du règlement (UE) 2015/2120.

bb) Toutefois, la juridiction de céans ne considère pas que le manquement de la requérante à ses obligations au titre du règlement (UE) 2015/2120 soit si évident que l'on puisse se dispenser de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel en application de l'article 267 du TFUE. En particulier, la Cour n'a pas encore statué dans les affaires C-807/18 et C-39/19, qui concernent également des demandes de décision préjudicielle relatives aux dispositions du règlement (UE) 2015/2120 ; en outre, la juridiction de céans ne s'attend pas à ce que les questions pertinentes en l'espèce soient clarifiées de manière définitive dans les affaires en question.

(1) La juridiction de céans ne peut pas, dans un premier temps, raisonnablement répondre, avec certitude, à la question de savoir si les accords entre les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent être évalués non seulement au regard de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120, mais également au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 [question préjudicielle 1, sous a)]. **[Or. 15]**

(a) La juridiction de céans considère que les remarques formulées à cet égard par l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie) sont convaincantes d'une manière générale. Elle considère que les lignes directrices de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), qui sont pertinentes en l'espèce,

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules (Lignes directrices de l'ORECE pour la mise en œuvre par les régulateurs nationaux des règles européennes en matière de neutralité de l'internet, du 30 août 2016, BoR (16) 127 (ci-après les « lignes directrices de l'ORECE »),

doivent aussi être comprises comme posant le principe de l'applicabilité de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120.

Lignes directrices de l'ORECE : « 19. L'article 3 comprend des mesures visant à garantir l'accès à un internet ouvert, englobant les droits des utilisateurs finals des services d'accès à l'internet ainsi que les pratiques autorisées et les obligations pour les FAI :  
[...] L'article 3, paragraphe 2, définit les limites aux conditions contractuelles qui peuvent s'appliquer aux services d'accès à l'internet et aux pratiques commerciales

des FAI fournissant des services d'accès à l'internet. Celles-ci ne devraient pas limiter l'exercice par les utilisateurs finals des droits définis au paragraphe 1. Dans le cadre de l'évaluation des pratiques commerciales, il est nécessaire de prendre également en compte l'article 3, paragraphe 3 ; [...]. »

Si le point 19, tout particulièrement, des lignes directrices en cause fait référence aux notions de « conditions contractuelles » et de « pratiques commerciales » d'un côté, alors que, d'un autre côté, la notion de « conditions contractuelles » a disparu dans le cadre du renvoi à l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, d'autres passages des lignes directrices de l'ORECE font toutefois clairement ressortir que les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent aussi être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120.

Lignes directrices de l'ORECE : « 37. Lorsqu'elles évaluent les accords ou les pratiques commerciales, les ARN devraient également prendre en compte l'article 3, paragraphe 3 [...]. 41. Une offre de zero rating dans laquelle toutes les applications sont bloquées (ou ralenties) une fois la limite d'utilisation des données atteinte, à l'exception de la ou des applications faisant l'objet du zero rating, violerait [Or. 16] l'article 3, paragraphe 3, premier (et troisième) alinéa (voir le paragraphe 55). 55. Un accord ou une pratique impliquant une discrimination technique constituerait un traitement inégal incompatible avec l'article 3, paragraphe 3. [...] »

Toutefois, les lignes directrices de l'ORECE ne lient pas la juridiction de céans dans le cadre de l'interprétation du règlement d'exécution (UE) 2016/2286. Elles visent uniquement à contribuer à l'application cohérente du règlement par les autorités réglementaires nationales. Cela ne signifie pas qu'elles devraient être complètement exclues de l'interprétation du règlement. Elles peuvent au contraire être une source d'inspiration utile pour l'interprétation du règlement. En particulier, elles sont l'indicateur d'une pratique administrative des autorités de régulation unitaire au sein de l'Union, puisque celles-ci sont tenues de tenir « le plus grand compte » des lignes directrices de l'ORECE en vertu de l'article 3, paragraphe 3, première phrase, du règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, et de la disposition ultérieure de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et

l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009.

[OMISSIS]

(b) Cependant, contrairement à la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (juridiction administrative supérieure du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie) et sans doute aussi aux lignes directrices de l'ORECE, des domaines de réglementation distincts relèveraient des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 du règlement (UE) 2015/2120, de sorte que ce que l'on appelle le traffic shaping (ou régulation de flux) basé sur des accords contractuels devrait être évalué exclusivement au regard de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120. Le libellé de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 – selon le raisonnement – ne ferait référence qu'à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120, et non à l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120. Eu égard à ce libellé, on pourrait ajouter que le terme « traitent » figurant à l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 [Or. 17] ne présente pas non plus d'analogie terminologique avec la notion d'accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120.

Du point de vue de l'économie générale – d'après la suite de l'argumentation – l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 régirait les droits fondamentaux des utilisateurs finals, l'article 3, paragraphe 2, essentiellement le pouvoir de conclure des accords privés autonomes, et l'article 3, paragraphe 3, les droits et obligations unilatéraux des fournisseurs de services d'accès à l'internet qui ne nécessiteraient aucun accord concerté avec l'utilisateur final. Il serait contraire à cette répartition d'invoquer les prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 pour apprécier aussi la légalité des accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120. En outre, l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 autoriserait explicitement les accords sur les conditions commerciales et techniques d'un service d'accès à l'internet. L'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 interdirait en revanche toute mesure de gestion du trafic fondée sur des « considérations commerciales ». Si les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 devaient être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, cela aurait comme conséquence paradoxale que les utilisateurs finals et les fournisseurs de services d'accès à l'internet pourraient certes conclure un contrat sur une condition commerciale d'accès à l'internet, mais que l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 ferait obstacle à la mise en œuvre d'une mesure de gestion du trafic correspondante visant à exécuter l'accord contractuel. On pourrait éviter un tel résultat en retenant l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 comme seul critère d'appréciation de la légalité des accords contractuels, et l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 en tant que critère d'appréciation de la légalité des mesures unilatérales prises par les fournisseurs de services d'accès à l'internet. Cette interprétation

serait également conforme à l'esprit et à l'objectif du règlement (UE) 2015/2120, qui est centré sur la protection de l'utilisateur final et de ses droits.

[OMISSIS]

Compte tenu des différents points de vue sur la relation entre les domaines de réglementation de l'article 3, paragraphes 2 et 3, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de préciser si les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du [Or. 18] règlement (UE) 2015/2120 doivent être évalués au regard des exigences de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120.

(2) Si les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans estime qu'il convient de clarifier en priorité si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante constitue un ralentissement d'une catégorie de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, qui n'est autorisée que dans les conditions citées dans cette disposition [question préjudicielle 1, sous b)].

(a) Cette analyse repose sur les postulats suivants :

(aa) Sous réserve que les accords au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120 doivent également être évalués au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans estime tout d'abord qu'il est évident que la limitation de la bande passante à un débit maximal de 1,7 Mbit/s pour le streaming vidéo constitue une inégalité de traitement au sens de l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120. En effet, on voit bien que tout le trafic n'est pas traité de façon égale dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet au sens où l'entend l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

(bb) En outre, selon la juridiction de céans, il ne fait aucun doute qu'une inégalité de traitement au sens de l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 ne peut être justifiée que conformément à l'article 3, paragraphe 3, deuxième et troisième alinéas, du règlement (UE) 2015/2120. En application du considérant 8 du règlement 2015/2120, dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de ces services devraient traiter l'ensemble du trafic de façon égale, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur, le destinataire, le contenu, l'application, le service ou les équipements terminaux. En vertu des principes généraux du droit de l'Union et de la jurisprudence constante, il convient de ne pas traiter différemment des situations comparables et de ne pas traiter de la même manière des situations différentes, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. [Or. 19]

Une telle justification n'est manifestement envisageable que dans les conditions de l'article 3, paragraphe 3, deuxième et troisième alinéas, du règlement (UE) 2015/2120.

Voir aussi les lignes directrices de l'ORECE : « 51. Lorsqu'elles évaluent si un FAI se conforme à ce principe, les ARN devraient appliquer une évaluation en deux étapes : dans un premier temps, elles devraient évaluer si l'intégralité du trafic est traitée de façon égale ; dans un second temps, elles devraient évaluer si les situations sont comparables ou non, et s'il existe des raisons objectives qui pourraient justifier une différence de traitement de situations différentes (en vertu du deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 3 [...]). [...] 57. Lorsqu'elles évaluent si un FAI se conforme au principe d'égalité de traitement énoncé au premier alinéa de l'article 3, paragraphe 3, les ARN devraient apprécier si une mesure constitue une mesure raisonnable de gestion du trafic. Le principe d'égalité de traitement du trafic n'empêche pas les FAI de mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du trafic conformément au deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 3. »

Si le considérant 8 du règlement (UE) 2015/2120 fait référence aux principes généraux du droit de l'Union et à la jurisprudence constante en ce qui concerne l'interdiction des inégalités de traitement au sens de l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans part toutefois du principe qu'une justification objective au sens du considérant 8 n'est possible que dans les conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 3, deuxième et troisième alinéas, du règlement (UE) 2015/2120. En effet, toute autre interprétation de l'article 3, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 irait à l'encontre de l'économie clairement identifiable de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120.

(cc) La juridiction de céans en déduit qu'il ne fait aucun doute non plus que l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 doit être examiné en priorité par rapport à l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

Voir aussi les lignes directrices de l'ORECE : « 74. Le troisième alinéa de l'article 3, paragraphe 3 clarifie le fait que, selon **[Or. 20]** le deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 3, sont interdites entre autres les mesures de gestion du trafic suivantes : le blocage, le ralentissement, la

modification, la restriction, la perturbation, la dégradation et le traitement discriminatoire de contenus, d'applications ou de services spécifiques, ou de catégories spécifiques de ceux-ci. [...] 76. Le troisième alinéa de l'article 3, paragraphe 3, comprend deux aspects : une interdiction pour les FAI d'appliquer des mesures de gestion du trafic allant au-delà des mesures raisonnables de gestion du trafic ; [...] 77. Afin de garantir l'internet ouvert, le troisième alinéa de l'article 3, paragraphe 3 décrit les pratiques de gestion du trafic qui sont interdites, sauf en cas d'exception spécifique. [...] 91. En raison de l'exigence selon laquelle la gestion exceptionnelle du trafic peut seulement être appliquée si nécessaire et seulement le temps nécessaire, les ARN devraient considérer que dans les cas où la gestion de la congestion appliquée de manière « agnostique » vis-à-vis des applications (c'est-à-dire une gestion de la congestion qui ne vise pas des applications spécifiques ou des catégories spécifiques d'applications) n'est pas suffisante, la congestion peut être gérée dans le respect de l'article 3, paragraphe 3, point (c). »

En effet, d'après son libellé, cette disposition énonce une interdiction de principe de ces mesures de gestion du trafic qui vont au-delà des pratiques raisonnables de gestion du trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120,

Voir aussi, à cet égard, les lignes directrices de l'ORECE : « 91. En raison de l'exigence selon laquelle la gestion exceptionnelle du trafic peut seulement être appliquée si nécessaire et seulement le temps nécessaire, les ARN devraient considérer que dans les cas où la gestion de la congestion appliquée de manière « agnostique » vis-à-vis des applications (c'est-à-dire une gestion de la congestion qui ne vise pas des applications spécifiques ou des catégories spécifiques d'applications) n'est pas suffisante, la congestion peut être gérée dans le respect de l'article 3, paragraphe 3, point (c). [...] 92. La gestion de la congestion peut être appliquée de façon générale, indépendamment des applications. Les ARN devraient évaluer si une telle gestion pourrait être suffisante et aussi efficace pour gérer la congestion, au regard du principe de proportionnalité. Pour la même raison, les ARN devraient évaluer si le ralentissement du trafic, par opposition au blocage du trafic, pourrait être suffisant et aussi efficace pour gérer la congestion. [...] »,

et cite expressément le ralentissement de catégories de services en tant que mesure interdite aux fournisseurs de services d'accès à l'internet à moins que les **[Or. 21]** conditions de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous a) à c) du règlement (UE) 2015/2120 soient remplies.

Voir aussi, à cet égard, les lignes directrices de l'ORECE :  
 « 55. Un accord ou une pratique impliquant une discrimination technique constituerait un traitement inégal incompatible avec l'article 3, paragraphe 3. C'est particulièrement le cas pour les exemples suivants : Une pratique par laquelle un FAI bloque, ralentit, restreint, perturbe, dégrade ou traite de manière discriminatoire l'accès à des contenus spécifiques, à une ou plusieurs applications spécifiques (ou des catégories spécifiques), sauf lorsque cela se justifie en référence aux exceptions du troisième alinéa de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa. [...] »

(b) En se basant sur ces postulats, la juridiction de céans estime toutefois qu'en l'espèce, le règlement (UE) 2015/2120 ne permet pas de déduire avec suffisamment de clarté en l'espèce si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante doit être qualifiée de ralentissement d'une catégorie de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

La juridiction de céans ne saurait déjà raisonnablement considérer, avec certitude, qu'une limitation de la bande passante, qui s'applique exclusivement au streaming vidéo, concerne une catégorie de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 (« specific content, applications or services, or specific categories thereof » ; « des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services »). La notion de catégorie de services n'est pas définie à l'article 2 du règlement (UE) 2015/2120. En outre, l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, et l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 recouvrent, avec les notions de catégories spécifiques de trafic, d'une part, et de catégories équivalentes de trafic, d'autre part, d'autres notions. Celles-ci ne sont pas définies à l'article 2 du règlement (UE) 2015/2120 et, de surcroît, ne contribuent pas à la compréhension de la notion de catégorie de services, car les versions linguistiques faisant foi du règlement (UE) 2015/2120 utilisent des termes partiellement similaires à la notion de catégorie de services (« specific categories of traffic », « certaines catégories spécifiques de trafic », « equivalent categories of traffic », « les catégories équivalentes de trafic »). **[Or. 22]**

Même si la juridiction de céans considère que, eu égard à la mention des expressions « des contenus, des applications ou des services spécifiques » et « des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services » à l'article 3,

paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, tout indique qu'une limitation de la bande passante applicable uniquement au streaming vidéo relève du champ d'application de cette disposition, il résulte du considérant 11 du règlement que l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 n'interdit pas les techniques de compression de données non discriminatoires qui réduisent la taille des fichiers de données sans en modifier le contenu. Selon la juridiction de céans, tout laisse à penser que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante n'est pas une technique de compression de données non discriminatoire entendue en ce sens, puisque, selon le considérant 11 du règlement (UE) 2015/2120, une telle compression de données permet une utilisation plus efficace de ressources limitées et sert l'intérêt des utilisateurs finals en réduisant le volume de données, en augmentant la vitesse et en améliorant l'expérience de l'utilisateur lors de l'utilisation des contenus, applications ou services en question. La juridiction de céans considère que ces conditions ne sont pas remplies dans une situation telle que celle en cause au principal s'agissant de la limitation de la bande passante.

Néanmoins, le considérant 11 du règlement (UE) 2015/2120 précise que l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 n'exclut pas toutes les mesures prises par les fournisseurs de services d'accès à l'internet visant à une utilisation plus efficace de ressources limitées. Compte tenu de cette circonstance, la juridiction de céans ne peut pas, tout au moins pas raisonnablement, partir d'emblée du principe que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante constitue un ralentissement d'une catégorie de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120. Par conséquent, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de préciser si la limitation de la bande passante doit être considérée comme un ralentissement d'une catégorie de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120. **[Or. 23]**

(3) En outre, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de clarifier plusieurs points concernant l'interprétation des dispositions de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120.

Il en est ainsi, tout d'abord, en ce qui concerne la question de savoir si l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 doit être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante viole l'exigence selon laquelle le ralentissement d'une catégorie de services n'est autorisé que pour prévenir une congestion imminente du réseau ou pour atténuer les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau, pour autant que les catégories équivalentes de trafic fassent l'objet d'un traitement égal [question préjudicielle 1, sous c)].

Conformément au considérant 11 du règlement (UE) 2015/2120, les dispositions de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous a) à c), du règlement (UE) 2015/2120 sont soumises à une interprétation stricte et à des exigences strictes en

matière de proportionnalité. Les contenus, applications et services spécifiques, de même que les catégories spécifiques de contenus, d'applications et de services, devraient être protégés en raison de l'incidence négative de mesures de blocage, ou d'autres mesures restrictives ne relevant pas des exceptions justifiées, sur le choix offert aux utilisateurs finals et sur l'innovation. Sur la base de ce qui précède, la juridiction de céans considère que tout indique que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante ne répond pas aux exigences de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120. En effet, selon le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120, l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), prévoit les mesures nécessaires pour éviter une congestion imminente, à savoir des situations où la congestion est sur le point de se produire, ainsi que pour atténuer les effets d'une congestion du réseau, lorsque celle-ci ne se produit que temporairement ou dans des circonstances exceptionnelles. Il précise que, par congestion temporaire, on devrait entendre des situations spécifiques de courte durée dans lesquelles une augmentation soudaine du nombre d'utilisateurs venant s'ajouter aux utilisateurs habituels, ou une augmentation soudaine de la demande de contenus, d'applications ou de services spécifiques, peut saturer la capacité de transmission de certains éléments du réseau et diminuer la capacité de réaction du reste du réseau. En outre, le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120 indique que la congestion exceptionnelle doit être comprise comme faisant référence à des situations imprévisibles et inévitables de congestion. **[Or. 24]** Les causes possibles de ces situations, incluent une défaillance technique comme une panne due à une rupture de câbles ou la destruction d'autres éléments d'infrastructure, des modifications inattendues dans l'acheminement du trafic ou d'importantes augmentations du trafic sur le réseau dans des situations d'urgence ou d'autres situations échappant au contrôle des fournisseurs de services d'accès à l'internet.

La juridiction de céans estime que la limitation de la bande passante applicable dans le cas de l'option complémentaire pour le streaming vidéo ne respecte pas ces prescriptions, ne serait-ce que parce qu'elle n'est pas appliquée uniquement dans des circonstances temporaires ou exceptionnelles. Selon les informations fournies par la requérante, la limitation de la bande passante s'explique plutôt par le fait que les capacités du réseau existantes sont destinées à ne permettre l'utilisation permanente et illimitée du streaming vidéo qu'avec un débit maximal de 1,7 Mbit/s. Indépendamment du point de savoir si l'on peut considérer qu'il y a une congestion imminente du réseau sur la base d'une déclaration aussi générale, on ne saurait conclure qu'il s'agit là de circonstances temporaires ou exceptionnelles au sens du considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120.

Toutefois, la juridiction de céans ne saurait raisonnablement partir d'emblée du principe que la notion de congestion imminente du réseau au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 ne concerne que la congestion imminente temporaire ou exceptionnelle du réseau.

À cet égard, lignes directrices de l'ORECE : « 89. Le considérant 15 se concentre sur la congestion temporaire et exceptionnelle du réseau ; ainsi, les actions de prévention d'une congestion imminente du réseau s'appliquent uniquement dans les cas d'une telle congestion. »

En effet, les dispositions de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 citent la congestion imminente, d'une part, et les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau, d'autre part. C'est pourquoi la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de préciser si les adjectifs « exceptionnel » et « temporaire » se rapportent aussi à la notion de congestion imminente du réseau. **[Or. 25]**

Selon la juridiction de céans, le fait que le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120 indique succinctement que des mesures de gestion du trafic allant au-delà des mesures appropriées de gestion du trafic sont admissibles « afin d'éviter une congestion temporaire ou exceptionnelle du réseau ou d'en atténuer les effets » milite en ce sens. Il semble que les congestions imminentes du réseau ne relèvent du champ d'application de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 que lorsqu'elles sont exceptionnelles ou temporaires. En revanche, la précision figurant dans le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle, en cas de congestions répétées et plus longues du réseau, qui ne sont ni exceptionnelles ni temporaires, celles-ci ne devraient pas bénéficier de l'exception prévue à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120, mais devraient plutôt être résolues en augmentant la capacité du réseau, n'est pas significative. Selon la juridiction de céans, la référence à une augmentation de la capacité du réseau vise uniquement à créer une délimitation par rapport aux congestions exceptionnelles et temporaires, et est donc subordonnée à la question de savoir si la notion de congestion imminente du réseau ne couvre elle aussi que des situations exceptionnelles et temporaires.

Malgré les indications fournies par le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120 pour interpréter la disposition, la juridiction de céans ne considère pas que le libellé de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 soit clair. Sans clarification préalable de la Cour, la juridiction de céans ne peut donc pas interpréter la disposition en ce sens qu'elle ne couvre que les congestions (imminentes) exceptionnelles ou temporaires du réseau.

(4) Dans ce contexte, la juridiction de céans n'est pas non plus en mesure de répondre de manière définitive à la question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante est contraire à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 dans la mesure où les catégories équivalentes de trafic ne font pas l'objet d'un traitement égal [question préjudicielle 1 d)]. **[Or. 26]**

La juridiction de céans considère que le principal argument militant en ce sens réside dans le simple fait que l'application de la limitation de la bande passante ne constitue une inégalité de traitement de catégories équivalentes de trafic, dans une situation telle que celle en cause au principal, que dans le cas de l'option complémentaire « StreamON Music & Video », et non dans les autres cas, en particulier celui de l'option complémentaire « MangentaOne StreamOn Music & Video ». En effet, la limitation de la bande passante pour le streaming vidéo ne s'applique pas à tous les clients finals. Par conséquent, ce sont non seulement des catégories équivalentes de trafic, mais aussi des catégories similaires de trafic qui font l'objet d'un traitement inégal. En outre, selon la juridiction de céans, le fait que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante ne s'applique qu'au streaming vidéo constitue aussi une inégalité de traitement des catégories équivalentes de trafic entrant dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120.

Cependant, comme nous l'avons montré, la notion de catégories équivalentes de trafic (« specific categories of traffic ») n'est pas (non plus) définie dans l'article 2 du règlement (UE) 2015/2120. En outre, elle ne correspond pas à la notion de « certaines catégories spécifiques de trafic » au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, même si les versions linguistiques faisant foi du règlement (UE) 2015/2120 utilisent des expressions qui se recoupent partiellement (« specific categories of traffic », « certaines catégories spécifiques de trafic », « équivalent categories of traffic », « les catégories équivalentes de trafic »). Enfin, cette notion se distingue sur un plan terminologique de la notion de catégories de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

Indépendamment de cela, l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 prévoit qu'un ralentissement d'une catégorie de services peut être autorisé « pour autant que » nécessaire pour prévenir une congestion imminente du réseau et atténuer les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau. En outre, le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120 fait référence au principe de proportionnalité et relève, à cet égard, qu'il est nécessaire que les mesures de gestion du trafic fondées sur l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 traitent de manière égale des catégories de trafic équivalentes. Il est donc impossible pour la juridiction de céans de décider raisonnablement et avec certitude [Or. 27] si, dans ce genre de situations, l'application de la limitation de la bande passante exclusivement dans le cas d'une option complémentaire viole l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120. Bien que la juridiction de céans estime que peu d'éléments militent en ce sens, la référence au principe de proportionnalité en particulier pourrait suggérer qu'en cas de ralentissement d'une catégorie de services, des catégories équivalentes de trafic (voire similaires) n'auraient justement pas à faire l'objet d'un traitement égal dès lors qu'un ralentissement partiel d'une catégorie de services pourrait prévenir une congestion imminente du réseau.

À cet égard, voir aussi les lignes directrices de l'ORECE :  
 « 91. [...] De plus, dans de tels cas, les catégories équivalentes de trafic devraient être traitées de manière égale. Toute action de ralentissement devrait, si possible, être limitée à la portion du réseau où la congestion a lieu. »

Il convient donc de clarifier le point de savoir si l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 permet une interprétation dans ce sens. Ce n'est que si un ralentissement partiel entendu au sens indiqué ci-dessus était autorisé qu'il importerait de savoir si la limitation de la bande passante, applicable uniquement à l'option complémentaire « StreamOn Music&Video », et non, en particulier, à l'option complémentaire « MangentaEins StreamOn Music&Video », peut être valablement imputée à la circonstance que, comme le soutient la requérante, dans le cas de l'option complémentaire « MangentaEins StreamOn Music&Video », il est prévisible que le streaming vidéo ne se fera pas, pour partie, via le réseau de téléphonie mobile compte tenu de la connexion existante au réseau fixe.

(5) La juridiction de céans ne peut pas trancher la présente affaire de manière définitive en raison également des dispositions de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120, selon lesquelles un ralentissement d'une catégorie de services peut être autorisé « seulement le temps nécessaire » pour prévenir une congestion imminente du réseau et atténuer les effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau [question préjudicielle 1, sous e)].

À cet égard, lignes directrices de l'ORECE [Or. 28] :  
 « 79. Les trois exceptions exposées au troisième alinéa de l'article 3, paragraphe 3 sont soumises aux mêmes conditions préalables suivantes : la mesure de gestion du trafic doit être nécessaire à la réalisation de l'exception respective (« sauf si nécessaire ») et elle peut être appliquée « seulement le temps nécessaire ». Ces exigences découlent du principe de proportionnalité. De plus, en tant qu'exceptions, elles devraient être interprétées de manière stricte. »

De l'avis de la juridiction, c'est aussi le fait que l'exigence de délai fixée par l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120 ne soit pas respectée lorsque, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante est en principe permanente, même si elle dépend de l'activation de l'option complémentaire, d'une part, et que le client final peut la désactiver et la réactiver, d'autre part, qui milite essentiellement en ce sens.

[OMISSIS]

En effet, selon l'analyse de la juridiction de céans, une limitation permanente de la bande passante est manifestement incompatible avec la finalité de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, qui, selon le considérant 15 du règlement (UE) 2015/2120, ne doit pas donner aux fournisseurs de services d'accès à l'internet la possibilité de contourner l'interdiction générale de bloquer, ralentir, modifier, restreindre, perturber, dégrader ou traiter de manière discriminatoire des contenus, applications ou services spécifiques, ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services.

Concernant l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, voir aussi les lignes directrices de l'ORECE : « 73. Cela n'empêche pas, en soi, qu'une fonction de déclenchement soit mise en œuvre et opérationnelle (sans que la mesure de gestion du trafic ne soit encore effective) de manière continue, dès lors que la mesure de gestion [Or. 29] du trafic ne devient effective que si nécessaire. Une telle nécessité peut se présenter plusieurs fois, voire régulièrement, sur une période donnée. Cependant, lorsque les mesures de gestion du trafic sont effectives de manière permanente ou récurrente, leur nécessité pourrait être discutable et les ARN devraient, dans de tels scénarios, examiner si les mesures de gestion du trafic peuvent toujours être qualifiées de raisonnables au sens du deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 3. »

Cependant, les considérants du règlement (UE) 2015/2120 n'apportent aucune précision relative à la condition selon laquelle les mesures au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 sont autorisées « seulement le temps nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs spécifiés à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous a) à c), du règlement (UE) 2015/2120. Même si la juridiction de céans estime qu'il n'existe pas de raisons convaincantes militent dans ce sens, on ne saurait raisonnablement considérer, avec certitude, que, dans une situation telle que celle en cause au principal, l'exigence prévue à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) n° 2015/2120 est respectée par le seul fait que la limitation de la bande passante n'est appliquée que lorsque l'option complémentaire est activée et que, de surcroît, le client final peut la désactiver et la réactiver à tout moment.

Dans ces conditions, la juridiction de céans estime qu'il est également nécessaire d'apporter une clarification concernant l'interprétation de l'exigence de délai visée à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120.

(6) Dans l'hypothèse où, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante ne serait pas contraire à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans estime

qu'il convient de préciser, au-delà des questions préjudicielles 1 b) à e), si cette limitation est une mesure de gestion du trafic autorisée au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

(a) Dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 également, la juridiction de céans se fonde, à cet égard, sur certains postulats :

(aa) La juridiction de céans n'estime pas nécessaire, dans un premier temps, de préciser séparément si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante, qui ne s'applique qu'en cas d'option complémentaire mais pas autrement, satisfait à l'exigence de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être non discriminatoires. En effet, conformément au considérant 9 du règlement (UE) **[Or. 30]** 2015/2120, les mesures différenciées doivent donner lieu à un traitement égal des catégories de trafic équivalentes.

Voir aussi les lignes directrices de l'ORECE : « 60. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est non discriminatoire, les ARN devraient tenir compte des éléments suivants : [...] Des situations similaires en termes d'exigences techniques en matière de qualité de service devraient recevoir un traitement similaire ; Des situations différentes en termes d'exigences techniques objectives en matière de qualité de service peuvent être traitées de manières différentes si ce traitement est justifié objectivement ; [...] ».

Compte tenu du fait que l'exigence, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être non discriminatoires, s'entend dans le sens où des catégories de trafic équivalentes doivent faire l'objet d'un traitement égal, la juridiction de céans estime que cette exigence est conforme à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120, qui prévoit que les catégories équivalentes de trafic font l'objet d'un traitement égal. L'interprétation de cette exigence faisant déjà l'objet de la question 1, sous d), la juridiction de céans estime qu'il n'est pas nécessaire de préciser séparément si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante satisfait à l'exigence de non-discrimination prévue à l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Au contraire, la juridiction de céans espère qu'il n'y aura plus lieu de clarifier ce point au vu de la réponse à la question préjudicielle 1, sous d).

(bb) La juridiction de céans ne juge pas non plus nécessaire de préciser séparément si la limitation de la bande passante est compatible avec la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du

règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic ne sont pas maintenues plus longtemps que nécessaire.

À cet égard, lignes directrices de l'ORECE : « 72. L'ORECE comprend cette expression comme ayant trait à la proportionnalité des mesures raisonnables de gestion du trafic en termes de durée, parallèlement à la condition préalable explicite selon laquelle de telles mesures « sont proportionnées » [Or. 31] quant à leur champ (type et proportion du trafic affecté, impact sur le reste du trafic, traitement identique de situations comparables etc.). »

En effet, la juridiction de céans considère qu'il est évident que le contenu de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) 2015/2120 est identique, sur le fond, à celui de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, selon lequel les mesures qui y sont visées ne peuvent être prises que le temps nécessaire pour atteindre les objectifs énoncés dans cette disposition. L'interprétation de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120 faisant déjà l'objet de la question 1, sous e), la juridiction de céans estime qu'il n'est pas non plus nécessaire de préciser séparément à cet égard si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante satisfait à l'exigence de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Au contraire, la juridiction de céans espère qu'il n'y aura plus lieu de clarifier ce point au vu de la réponse à la question préjudicielle 1, sous e).

(b) En revanche, en se fondant sur ces postulats, la juridiction de céans n'est pas en mesure d'apprécier de manière concluante, dans le cadre du champ d'application de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante satisfait à l'exigence de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être fondées sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic [question préjudicielle 2, sous a)].

Conformément au considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120, afin d'optimiser la qualité globale de la transmission, les fournisseurs de services d'accès à l'internet peuvent mettre en œuvre des mesures de gestion du trafic qui établissent une distinction entre des catégories de trafic objectivement différentes. Pour optimiser la qualité globale et l'expérience des utilisateurs, une telle distinction ne devrait être autorisée que sur la base d'exigences techniques objectivement différentes en matière de qualité de service (par exemple, en termes de latence, de gigue, de pertes de paquets et de largeur de bande) relatives aux catégories spécifiques de trafic, et non sur la base de considérations commerciales. L'objectif déclaré d'une gestion [Or. 32] raisonnable du trafic est de contribuer à une utilisation efficace des ressources du réseau et à une optimisation de la qualité de transmission globale répondant aux différences objectives entre les exigences techniques en

matière de qualité de service propres à des catégories spécifiques de trafic et, donc, aux contenus, applications et services transmis.

Voir, à cet égard également, les lignes directrices de l'ORECE : « 62. Lorsqu'elles évaluent si une mesure de gestion du trafic est raisonnable, les ARN devraient analyser la justification avancée par le FAI. Afin d'être considérée comme raisonnable, une mesure de gestion du trafic doit être fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de catégories spécifiques de trafic. Les exigences techniques en matière de qualité de service peuvent porter par exemple sur des paramètres comme la latence, la gigue, la perte de paquets et le débit. 63. Les catégories de trafic devraient typiquement être définies en fonction d'exigences en matière de qualité de service, étant entendu qu'une catégorie de trafic contiendra un flux de paquets d'applications avec des exigences similaires. Par conséquent, si des FAI mettent en œuvre des exigences techniques différentes en matière de qualité de service pour des catégories spécifiques de trafic, cela devrait être fait objectivement en les basant sur la sensibilité des applications aux paramètres de qualité de service (soit la latence, la gigue, la perte de paquets et le débit). Par exemple, une telle catégorie peut être constituée d'applications en temps réel nécessitant un délai de transmission court entre l'expéditeur et le destinataire. [...] 66. Sur cette base, une gestion raisonnable du trafic peut être appliquée pour établir une distinction entre des « catégories de trafic » objectivement différentes, par exemple en référence à un protocole de couche d'application ou à des types d'applications génériques (comme le partage de fichiers, la VoIP ou la messagerie instantanée), uniquement dans la mesure où : le protocole de la couche application ou des types d'applications génériques sont liés à des exigences techniques en matière de qualité de service objectivement différentes ; les applications ayant des exigences équivalentes en matière de qualité de service sont traitées de la même façon dans la même catégorie de trafic ; et les justifications sont spécifiques aux objectifs poursuivis en mettant en œuvre des mesures de gestion du trafic fondées sur des catégories différentes de trafic.

Partant, selon la juridiction de céans, c'est le fait que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante ne soit pas fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120, qui milite essentiellement en ce sens. En effet, d'un point de vue matériel, **[Or. 33]** les exigences relatives au streaming vidéo en termes de latence, de gigue, de pertes de paquets et de largeur de bande ne se distinguent pas de la transmission de données pour l'utilisation d'autres applications ou de services. Le streaming vidéo ne diffère de la transmission de données pour l'utilisation d'autres applications ou de services que par l'utilisation régulière de la technologie dite de débit binaire adaptatif.

Voir aussi point 7.2 des « Conditions générales de participation des partenaires à l'offre de zero rating de Telekom Deutschland GmbH » : le partenaire de contenu met à disposition des vidéos sur le réseau mobile de TDG (société Telekom Deutschland) en utilisant la technologie de débit binaire adaptatif, étant précisé qu'il est prévu que la bande passante de la distribution sera adaptée à la capacité disponible de la connexion de données et/ou d'autres paramètres, ou qu'elle sera définie par le réseau mobile de TDG. »

Toutefois, la juridiction de céans estime qu'il ne s'agit pas d'une différence objective entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120. Comme l'affirme la requérante, il en va de même en ce qui concerne le fait que le streaming vidéo est une application potentiellement gourmande en bande passante. Selon la juridiction de céans, cela ne suffit pas à satisfaire à la condition que chaque mesure de gestion du trafic soit fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic.

Selon la juridiction de céans, le fait qu'une limitation de la bande passante pour le streaming vidéo ne soit pas fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, ressort par ailleurs du fait que la limitation de la bande passante ne s'applique que dans le cas d'une option complémentaire et non dans tous les autres cas, et que le client final peut en outre désactiver et réactiver l'option complémentaire à tout moment.

Toutefois, la juridiction de céans ne saurait raisonnablement se prononcer sur ce point avec certitude et de manière définitive. Cela tient tout d'abord au fait que, comme nous l'avons montré, la **[Or. 34]** notion de certaines catégories spécifiques de trafic (« specific categories of traffic ») n'est pas (non plus) définie à l'article 2 du règlement (UE) 2015/2120. En outre, elle ne correspond pas à la notion de catégories équivalentes de trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, sous c), du règlement (UE) 2015/2120, même si les versions linguistiques faisant foi du règlement (UE) 2015/2120 utilisent des expressions qui se recoupent partiellement (« specific categories of traffic », « certaines catégories spécifiques de trafic », « équivalent catégories of traffic », « les catégories équivalentes de trafic »). En outre, cette notion se distingue sur un plan terminologique de la notion de catégories de services au sens de l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

De surcroît, le considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120 décrit simplement à titre d'exemple l'exigence tirée de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être fondées sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service. Pour cette raison également, la juridiction de céans n'est pas en mesure de conclure de manière définitive que, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante n'est pas fondée sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic au sens de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement (UE) 2015/2120.

Le contenu de la notion de différences objectives entre les exigences techniques ne peut pas être considéré comme suffisamment clarifié également en raison du fait que le considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120 dispose que les fournisseurs de services d'accès à l'internet peuvent mettre en œuvre des mesures de gestion du trafic pour optimiser la qualité de transmission globale. Le considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120 prévoit également que les mesures de gestion du trafic doivent optimiser la qualité globale et l'expérience de l'utilisateur. De l'avis de la juridiction de céans, cela ne fournit pas, en soi, d'indications sur la manière dont il convient d'interpréter l'exigence de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être fondées sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic. Le considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120 ne fait lui-même référence à cette exigence que pour préciser que l'objectif **[Or. 35]** d'une gestion raisonnable du trafic est de « contribuer à l'utilisation efficace des ressources du réseau et à une optimisation de la qualité globale de transmission répondant aux différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service propres à des catégories spécifiques de trafic et, donc, aux contenus, applications et services transmis ». Par conséquent, même le recours au considérant 9 du règlement (UE) 2015/2120 ne permet pas de

définir suffisamment clairement le contenu de la notion de différences objectives entre les exigences techniques.

À la lumière de ce qui précède, il semble nécessaire de préciser si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante satisfait à l'exigence de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième phrase, du règlement (UE) n° 2015/2120, selon laquelle les mesures de gestion du trafic doivent être fondées sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic.

(7) La question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante est compatible avec l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) 2015/2120, selon lequel les mesures de gestion du trafic ne concernent pas la surveillance du contenu particulier du trafic de données [question préjudicielle 2, sous b)] est en outre directement liée à cette problématique.

L'article 2 du règlement (UE) 2015/2120 ne contient pas de définition à cet égard. Le considérant 10 du règlement (UE) 2015/2120 indique simplement qu'une gestion raisonnable du trafic ne nécessite pas de techniques qui surveillent le contenu spécifique du trafic des données transmis par l'intermédiaire du service d'accès à l'internet.

Plus largement, lignes directrices de l'ORECE : « 70. Inversement, les mesures de gestion du trafic qui surveillent des aspects autres que le contenu spécifique, c'est-à-dire le contenu générique, devraient être présumées autorisées. Les techniques de surveillance utilisées par les FAI qui dépendent des informations contenues dans l'en-tête du paquet IP et l'en-tête du protocole de couche transport (par exemple TCP) peuvent être considérées comme du contenu générique, contrairement au [Or. 36] contenu spécifique fourni par les utilisateurs finals eux-mêmes (comme du texte, des images et de la vidéo). »

Par conséquent, la juridiction de céans ne dispose pas de tous les éléments permettant de préciser le contenu de la réglementation de l'article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, troisième phrase, du règlement (UE) n° 2015/2120. Pour cette raison, la juridiction de céans ne saurait raisonnablement déterminer avec certitude si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante s'accompagne d'une surveillance illicite du contenu spécifique du trafic des données dans la mesure où des informations techniques provenant des adresses IP et/ou des protocoles et/ou des URL et/ou des SNI (pour le HTTPS) et/ou des clés publiques utilisées pour le cryptage HTTPS (le cas

échéant) et/ou des informations techniques utilisées par le fournisseur ou son prestataire de services sont utilisées pour identifier le trafic des données relatif au streaming vidéo.

[OMISSIS]

(8) Outre le besoin de clarification exprimé dans les questions préjudicielles 1 a) à e) et 2 a) et b), la juridiction de céans estime que d'autres éléments l'empêchent de rendre une décision définitive dans la présente affaire. En effet, si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante doit être évaluée uniquement au regard de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/2120, et non au regard des prescriptions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de préciser si la limitation de la bande passante porte atteinte aux droits des utilisateurs finals au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 (question préjudicielle 3). Conformément à cette disposition, les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet.

(a) La juridiction de céans estime que la question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante doit être qualifiée [Or. 37] de restriction des droits de l'utilisateur final au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 n'est pas suffisamment clarifiée sur la base des lignes directrices de l'ORECE. Certes, celles-ci indiquent que certaines conditions techniques sont contraires à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120.

Lignes directrices de l'ORECE : « 34. En ce qui concerne les caractéristiques des services d'accès à l'internet, s'accorder sur les tarifs de volumes de données et les débits spécifiques du service d'accès à l'internet ne représenterait pas une limitation de l'exercice des droits des utilisateurs finals (voir le considérant 7). L'ORECE considère que les droits des utilisateurs finals ne seront probablement pas affectés du moins lorsque les caractéristiques relatives au volume de données et au débit sont appliquées de manière « agnostique » (s'appliquant de la même manière à toutes les applications). 35. Sont probablement acceptables les exemples de pratiques commerciales suivants : les offres « agnostiques à l'égard des applications » (c'est à dire ne faisant pas de différence entre les applications), où un utilisateur final obtient un accès non plafonné à l'internet

(et pas uniquement pour certaines applications) pendant une durée limitée, par exemple pendant la nuit ou les week-ends (lorsque le réseau est moins occupé); la capacité pour un utilisateur final d'accéder au service client du FAI lorsque sa limite d'utilisation des données est atteinte afin d'acheter un accès à un volume de données supplémentaires. 37. Lorsqu'elles évaluent les accords ou les pratiques commerciales, les ARN devraient également prendre en compte l'article 3, paragraphe 3 étant donné que, généralement, les violations de l'article 3, paragraphe 3 (c'est-à-dire les pratiques techniques, telles que le fait de bloquer l'accès à des applications ou à des types d'applications) limiteront l'exercice des droits des utilisateurs finals, et constitueront une infraction aux articles 3, paragraphe 2, et 3, paragraphe 1. [...] 49. Un principe de base du règlement porte sur la gestion du trafic et prévoit l'obligation pour les FAI de traiter de façon égale l'ensemble du trafic dans le cadre de la fourniture d'un service d'accès à l'internet. Typiquement, les violations de ce principe qui ne sont pas justifiées conformément à l'article 3, paragraphe 3 constitueraient également une atteinte aux droits des utilisateurs finals énoncés à l'article 3, paragraphe 1. »

Toutefois, la juridiction de céans estime que l'on ne peut pas en déduire, du moins pas avec une certitude absolue, qu'une limitation de la bande passante en particulier est contraire à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120.

Il en va de même en ce qui concerne le postulat retenu par les lignes directrices de l'ORECE – qui n'est d'ailleurs pas expressément repris dans les dispositions du règlement (UE) 2015/2120 – selon lequel une violation de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120 peut également [Or. 38] constituer une infraction à l'article 3, paragraphe 1, dudit règlement.

Voir, à cet égard, les lignes directrices de l'ORECE : « 45. Lorsqu'elles évaluent si un FAI limite l'exercice des droits des utilisateurs finals, les ARN devraient apprécier dans quelle mesure le choix des utilisateurs finals est restreint par les conditions commerciales et techniques convenues ou par les pratiques commerciales du FAI. Tout facteur qui affecte les choix des utilisateurs finals ne doit pas nécessairement être considéré comme limitant l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3, paragraphe 1. Le règlement prévoit également une intervention du régulateur si de telles restrictions

entraînent une large réduction du choix, mais aussi dans d'autres situations qui pourraient être qualifiées de limitation de l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3, paragraphe 1. »

(b) Sur la base de ces considérations, la juridiction de céans ne peut pas non plus répondre à la question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante doit être qualifiée de restriction des droits des utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 sans renvoi à la Cour de justice, car l'option complémentaire est déjà parfois critiquée en tant que telle au motif qu'elle contraindrait les clients finals à utiliser les services de ce que l'on appelle les partenaires de contenu.

[OMISSIS]

En effet, d'après les lignes directrices de l'ORECE en particulier, les offres dites de zero rating ne sont pas en soi incompatibles avec l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120.

Voir les lignes directrices de l'ORECE : « 42. Le FAI pourrait appliquer ou offrir du zero rating soit pour toute une catégorie d'applications – par exemple toutes les applications de streaming vidéo ou audio – soit pour seulement certaines applications – par exemple ses propres services, une application spécifique de médias sociaux ou les applications vidéos ou musicales les plus populaires. Dans ce dernier cas, l'utilisateur final n'est pas [Or. 39] empêché d'utiliser d'autres applications musicales. Néanmoins, le prix nul appliqué au trafic de données de l'application musicale bénéficiant du zero rating (et le fait que le trafic des données de l'application musicale bénéficiant du zero rating ne soit pas comptabilisé dans la limite d'utilisation des données dans le cadre du service d'accès à l'internet) crée une incitation économique à l'utilisation de cette application musicale en particulier au détriment de ses concurrentes. Les effets d'une telle pratique appliquée à une application spécifique sont davantage susceptibles de « porter atteinte à l'essence des droits des utilisateurs finals » ou de donner lieu à « des situations où le choix des utilisateurs finals est largement réduit dans les faits » (considérant 7) que lorsqu'elle est appliquée à une catégorie entière d'applications [...] 46. À la lumière des considérations ci-dessus, l'ORECE considère qu'une évaluation exhaustive de telles conditions commerciales et techniques peut être requise, en prenant notamment en compte : les objectifs du règlement et le fait de savoir si les accords et/ou les pratiques commerciales en question

contournent ces objectifs généraux ; les positions sur le marché des FAI et des FCA impliqués : une limitation de l'exercice des droits de l'utilisateur final est plus probable lorsque le FAI ou le FCA a une position « forte » sur le marché (toutes choses étant égales par ailleurs) que lorsque le FAI ou le FCA a une position « faible » sur le marché. Les positions sur le marché devraient être analysées conformément aux principes du droit de la concurrence ; [...] »

Pour autant que l'accès non discriminatoire au zero rating soit garanti aux fournisseurs de contenu et qu'aucune redevance distincte ne soit perçue pour le zero rating auprès de ces fournisseurs, ces offres sont généralement considérées comme admissibles, même en dehors des lignes directrices de l'ORECE.

[OMISSIS]

(c) Enfin, il n'a cependant pas été établi de manière définitive si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante devait justement être considérée comme une restriction des droits des utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120. Les discussions sur ce point peuvent être résumées comme suit : l'élément déterminant réside dans la définition concrète du « traffic shaping » (régulation de flux). Si – comme c'est le cas ici – les utilisateurs finals sont en mesure de désactiver et de réactiver le traffic shaping (en combinaison avec le zero rating), la limitation de la bande passante n'est pas considérée comme une violation de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120, puisque – selon le raisonnement suivi – les [Or. 40] utilisateurs finals pourraient décider de manière privée et autonome de la manière dont ils utilisent leur accès à l'internet ; le fait que les clients se voient offrir une option supplémentaire et soient seuls maîtres de cette décision ne signifierait pas que leur liberté de choix est restreinte, mais plutôt que leurs possibilités d'option sont élargies.

[OMISSIS] D'une manière générale, voir aussi les lignes directrices de l'ORECE : « 45. Lorsqu'elles évaluent si un FAI limite l'exercice des droits des utilisateurs finals, les ARN devraient apprécier dans quelle mesure le choix des utilisateurs finals est restreint par les conditions commerciales et techniques convenues ou par les pratiques commerciales du FAI. Tout facteur qui affecte les choix des utilisateurs finals ne doit pas nécessairement être considéré comme limitant l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3, paragraphe 1. Le règlement prévoit également une intervention du régulateur si de telles restrictions entraînent une large réduction du choix, mais aussi dans

d'autres situations qui pourraient être qualifiées de limitation de l'exercice par les utilisateurs finals des droits énoncés à l'article 3, paragraphe 1. 46. À la lumière des considérations ci-dessus, l'ORECE considère qu'une évaluation exhaustive de telles conditions commerciales et techniques peut être requise, en prenant notamment en compte : les objectifs du règlement et le fait de savoir si les accords et/ou les pratiques commerciales en question contournent ces objectifs généraux ; les positions sur le marché des FAI et des FCA impliqués : une limitation de l'exercice des droits de l'utilisateur final est plus probable lorsque le FAI ou le FCA a une position « forte » sur le marché (toutes choses étant égales par ailleurs) que lorsque le FAI ou le FCA a une position « faible » sur le marché. Les positions sur le marché devraient être analysées conformément aux principes du droit de la concurrence ; les effets sur les droits des consommateurs et des clients non résidentiels, ce qui implique d'évaluer entre autres : s'il y a un effet sur l'étendue et la diversité des contenus et des applications que les consommateurs utilisateurs finals peuvent utiliser et, le cas échéant, si l'étendue et la diversité des applications parmi lesquelles les utilisateurs finals peuvent choisir sont réduites en pratique ; si l'utilisateur final est incité à utiliser, par exemple, certaines applications ; si l'abonnement à un service d'accès à l'internet présente des caractéristiques qui réduisent largement le choix de l'utilisateur final (voir de manière plus détaillée le paragraphe 48). »

Toutefois, concernant les fournisseurs de contenus, il convient de relever que le trafic shaping peut en principe entraîner une restriction de [Or. 41] leurs droits car ils ne pourraient plus diffuser leurs offres auprès de tous les clients finals avec la meilleure qualité technique possible. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 n'a pas pour objet de donner aux fournisseurs de contenu un quelconque droit vis-à-vis des fournisseurs de services d'accès à l'internet à ce que leur contenu parvienne à chaque utilisateur final avec la meilleure qualité possible.

[OMISSIS]

Compte tenu de l'état d'avancement des discussions, la juridiction de céans ne saurait raisonnablement répondre, avec certitude, à la question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal, l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 peut être qualifié de restriction des droits de l'utilisateur final au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120.

Le libellé de cette disposition et les considérants du règlement (UE) 2015/2120 ne fournissent aucune indication concernant l'idée selon laquelle une atteinte aux droits des utilisateurs finals doit être exclue au motif que, dans une situation telle que celle en cause au principal, leurs possibilités d'option seraient élargies par l'option complémentaire. Il en va de même s'agissant de la question d'une atteinte aux droits des fournisseurs de contenu tenant au fait qu'ils ne peuvent plus diffuser leurs offres à tous les clients finals avec la meilleure qualité technique possible. Le fait que l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 indique précisément que les utilisateurs finals ont le droit d'accéder par l'intermédiaire de « leur » service d'accès à l'internet ne permet pas non plus de donner une réponse définitive à la question préjudicielle, car on ne peut en tirer aucune conclusion quant à une position juridique éventuelle des fournisseurs de contenu. En outre, pour autant que l'on puisse en juger, les débats concernant le traffic shaping n'ont pas encore tenu compte du fait qu'il existe actuellement une inégalité de traitement entre les fournisseurs de services de streaming vidéo et les autres fournisseurs de contenu.

Dans ce contexte, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de faire clarifier par la Cour si, dans une situation telle que celle en cause au principal, la limitation de la bande passante doit être qualifiée de restriction des droits des utilisateurs finals au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120. **[Or. 42]**

cc) Les questions préjudicielles sont également nécessaires à la résolution du litige. Les réponses qui y seront apportées détermineront si la requérante manque à ses obligations au titre du règlement (UE) 2015/2120. Par conséquent, la juridiction de céans ne pourra apprécier la légalité des points 1 a) à c) de la décision de l'Agence fédérale des réseaux du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018, qu'après avoir obtenu les réponses aux questions préjudicielles.

Il en va de même concernant la troisième question préjudicielle. L'Agence fédérale des réseaux n'a pas essentiellement basé les points 1 a) à c) de sa décision du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018, sur le fait que la limitation de la bande passante applicable à « StreamOn Music&Video » n'affectait pas les droits des utilisateurs finals au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120, et a, au contraire, laissé cette question ouverte, en soulignant qu'il y avait, en tout état de cause, une violation de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120. Dans ce contexte, on ne saurait exclure que l'Agence fédérale des réseaux complète les pouvoirs discrétionnaires dont elle dispose dans le cadre du champ d'application de l'article 126, paragraphe 2, de la TKG, conformément à l'article 114, deuxième phrase, de la Verwaltungsgerichtsordnung (code de procédure administrative, ci-après le « VwGO ») dans la procédure de contentieux administratif, pour que les points 1 a) à c) de sa décision du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018, soit fondés sur une violation des droits des utilisateurs finals au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE)

2015/2120, pour autant qu'il s'avère, au vu de la réponse aux autres questions préjudicielles, qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) 2015/2120, mais que les droits des utilisateurs finals au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 ont été violés.

La juridiction de céans ne voit pas comment le considérant 7 du règlement (UE) 2015/2120 pourrait empêcher l'Agence fédérale des réseaux de le faire. Conformément à ce considérant, les autorités réglementaires nationales et les autres autorités compétentes devraient être habilitées à prendre des mesures à l'encontre d'accords ou de pratiques commerciales qui, en raison de leur ampleur, donnent lieu à des situations où le choix des utilisateurs finals est largement réduit dans les faits. Le fait que le considérant 7 empêche l'Agence fédérale des réseaux de fonder, a posteriori, les points 1 a) à c) de sa décision du 15 décembre 2017, dans la version de la décision rendue sur réclamation du 8 juin 2018, [Or. 43] sur une violation des droits des utilisateurs finals au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/2120 ne s'impose pas avec une telle évidence que la troisième question préjudicielle puisse sembler dénuée de pertinence aux fins de la solution du litige.

La présente ordonnance n'est pas susceptible de recours.

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL