

Affaire C-854/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

22. novembre 2019

Juridiction de renvoi :

Verwaltungsgericht Köln (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

18. novembre 2019

Partie requérante :

Vodafone GmbH

Partie défenderesse :

République fédérale d'Allemagne

Copie certifiée conforme

Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne, Allemagne)

Ordonnance

[OMISSIS] Dans la procédure devant la juridiction administrative opposant

Vodafone GmbH, [OMISSIS]

partie requérante,

[OMISSIS] à

la République fédérale d'Allemagne, représentée par la Bundesnetzagentur für

Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, [OMISSIS]

partie défenderesse,

portant sur le droit des télécommunications,

la neuvième chambre du Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne) a rendu,

le 18 novembre 2019

[OMISSIS] l'ordonnance suivante :

Il est sursis à statuer. [Or. 2]

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

1. a) Dans un cas où un tarif de communication mobile, qui peut être utilisé par un client à l'étranger et qui prévoit, pour le flux de données mobile, un volume mensuel de données compris dans le tarif après épuisement duquel a lieu une réduction de la vitesse de transfert, peut être accompagné d'une option tarifaire gratuite permettant d'utiliser, sur le territoire national, certains services d'entreprises partenaires de l'entreprise de télécommunication sans que le volume de données consommé par l'utilisation de ces services ne soit imputé sur le volume mensuel de données compris dans le tarif de communication mobile en question, alors qu'à l'étranger ce volume de données est imputé sur ledit volume mensuel de données compris dans le tarif de communication mobile, la notion de services de données en itinérance réglementés au sens de l'article 6 bis, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012 doit-elle être comprise dans le sens que le tarif de communication mobile et l'option tarifaire doivent être qualifiés conjointement de service de données en itinérance réglementé unitaire, avec la conséquence que l'absence d'imputation du volume de données consommé par l'utilisation des services des entreprises sur le volume mensuel de données compris dans le tarif partenaires, seulement sur le territoire national, est illicite ?

b) En cas de réponse affirmative à la question 1 a) : L'article 6 bis du règlement n° 531/2012 doit-il être interprété, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, dans le sens que l'imputation, à l'étranger, du volume de données consommé par l'utilisation des services d'entreprises partenaires sur le volume mensuel de données compris dans le tarif de communication mobile doit être qualifiée de facturation d'une redevance supplémentaire ?

c) En cas de réponse affirmative aux questions 1 a) et 1 b) : Est-ce qu'il en va de même, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, si l'option tarifaire est payante ?

2. a) En cas de réponse affirmative à la question 1 a) : L'article 6 ter, paragraphe 1, alinéa 1, du règlement n° 531/2012 doit-il être interprété, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, dans le

sens qu'une politique d'utilisation raisonnable en matière de consommation de services d'itinérance au détail réglementés peut être prévue [Or. 3] également pour l'option tarifaire en tant que telle ?

b) En cas de réponse affirmative à la question 1 a) et de réponse négative à la question 2 a) : L'article 6 ter, paragraphe 1, alinéa 1, du règlement n° 531/2012 doit-il être interprété, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, dans le sens qu'une politique commune d'utilisation raisonnable en matière de consommation de services d'itinérance au détail réglementés peut être prévue tant pour le tarif de communication mobile que pour l'option tarifaire, avec la conséquence que le volume de données qui doit être mis à la disposition dans le cadre d'une politique commune d'utilisation raisonnable doit se baser sur le prix total du tarif de communication mobile pour le client final, sur le territoire national, voire sur la somme des prix pour le client final du tarif de communication mobile et de l'option tarifaire, sur le territoire national ?

c) En cas de réponse affirmative à la question 1 a) et de réponses négatives aux questions 2 a) et 2 b) : L'article 6 ter, paragraphe 1, alinéa 1, du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, du règlement d'exécution n° 2016/2286 est-il applicable par analogie, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, de telle manière qu'une politique d'utilisation raisonnable peut être prévue pour l'option tarifaire en tant que telle ?

3. a) En cas de réponse affirmative à la question 2 a) ou c) : La notion de formule à volume non limité de données au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, alinéa 1, du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, et avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286 doit-elle être interprétée dans le sens qu'une option tarifaire payante doit être, en soi, qualifiée de formule à volume non limité de données ?

b) En cas de réponse affirmative à la question 3 a) : Est-ce qu'il en va de même, dans une situation comme celle en cause dans l'affaire au principal, lorsque l'option tarifaire n'est pas payante ?

4. En cas de réponse affirmative à la question 2 a) ou c) et de réponse négative à la question 3 a) ou b) : Dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, l'article 6 ter, paragraphe 1, alinéa 1, du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, du règlement d'exécution n° 2016/2286 doit-il être interprété dans le sens que le prix global [Or. 4] du tarif de communication mobile payé par le client final sur le territoire national doit être pris en compte pour le calcul également du volume qui doit être mis à la disposition du client en itinérance dans le cadre d'une politique d'utilisation raisonnable portant isolément sur l'option tarifaire ?

Motifs

I.

Les parties sont en désaccord quant à l'interprétation des dispositions du règlement (UE) n° 531/2012, du 13 juin 2012, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles, et du règlement d'exécution (UE) n° 2016/2286, du 15 décembre 2016, fixant des règles détaillées relatives à l'application de la politique d'utilisation raisonnable, à la méthode pour évaluer la viabilité de la suppression des frais d'itinérance supplémentaires au détail et aux informations que le fournisseur de services d'itinérance doit transmettre aux fins de cette évaluation (ci-après le « règlement d'exécution »).

La partie requérante est une entreprise de télécommunication qui propose à ses clients, entre autres, des services de communication mobile à des tarifs différents. En plus des tarifs « Red » et « Young », que les clients peuvent utiliser également à l'étranger, et qui prévoient respectivement un volume mensuel de données différent, compris dans le tarif, après épuisement duquel a lieu une réduction de la vitesse de transfert, les clients peuvent, depuis le 26 octobre 2017, souscrire à ce qu'on appelle des Vodafone Pass (passeports Vodafone, ci-après les « Vodafone Pass ») (« Chat-Pass », « Social-Pass », « Music-Pass » et « Video-Pass ») ; en revanche, la partie requérante ne propose pas ces Vodafone Pass en l'absence, à la base, d'un tarif de communication mobile. Le premier Vodafone Pass est déjà inclus dans les tarifs de communication mobile concernés. Les clients peuvent souscrire à des Vodafone Pass supplémentaires moyennant le paiement d'un supplément de prix. Le « Video-Pass » n'est proposé qu'avec les tarifs « Red S-L » et « Young M-XL ».

Un Vodafone Pass permet, selon la « liste des prix de la communication mobile » de la partie requérante

[OMISSIS] [d'octobre 2018]

d'utiliser les services d'entreprises partenaires de la partie requérante avec la particularité que le volume de données consommé par l'utilisation de ces services n'est pas imputé sur le **[Or. 5]** volume de données compris dans le tarif de communication mobile de base. La réduction de la vitesse de transfert prévue lors de l'épuisement du volume de données compris dans le tarif s'applique toutefois également à l'utilisation des services des entreprises partenaires. Toujours selon la « liste des prix de la communication mobile » de la partie requérante, les Vodafone Pass ne sont valables que sur le territoire national. À l'étranger, en revanche, le volume de données consommé pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires est imputé sur le volume de données compris dans le tarif de communication mobile. En outre, la partie requérante se réserve de proposer, dans le futur, les Vodafone Pass également dans les autres pays européens. Dans ce cas une politique d'utilisation raisonnable prévoyant une utilisation maximale

des Vodafone Pass dans les autres pays européens de cinq gigaoctets de volume de données par Pass et par mois devrait être appliquée.

[OMISSIS]

Le 15 juin 2018 la Bundesnetzagentur (agence fédérale des réseaux, Allemagne) a rendu la décision litigieuse dont le dispositif est le suivant :

« 1. a) Il est constaté que telle qu'elle est actuellement concrètement conçue, l'option de souscription Vodafone Pass [OMISSIS] est contraire à l'article 6 bis, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous r), du règlement sur l'itinérance. b) Il est interdit à [la partie requérante] de continuer à proposer l'option de souscription Vodafone Pass telle qu'elle est actuellement [OMISSIS] concrètement conçue, c) Il est interdit à [la partie requérante] d'appliquer une clause contraire à l'article 6 bis, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous r), du règlement sur l'itinérance prévoyant l'utilisation de l'option de souscription Vodafone Pass exclusivement sur le territoire national ou une clause contraire au point 1 b) ci-dessus, dans des contrats avec des clients qui souscrivent à l'option Vodafone Pass.

2. a) Il est constaté que la limite forfaitaire d'utilisation (politique d'utilisation raisonnable) de 5 GB, notifiée à la Bundesnetzagentur conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement d'exécution [OMISSIS] est contraire à l'article 6 ter, paragraphe 1, du règlement sur l'itinérance, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, du règlement d'exécution [OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS], b) Il est interdit à la [requérante] d'appliquer une clause contenant une réserve d'application d'une limitation d'utilisation raisonnable de l'option de souscription Vodafone Pass, en cas d'utilisation à l'étranger, contraire à l'article 6 ter, paragraphe 1, du règlement sur l'itinérance, dans des contrats avec des clients qui souscrivent à l'option Vodafone Pass. »

Le 9 juillet 2018, la requérante a introduit une réclamation contre la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018. [OMISSIS] Par décision du 23 novembre 2018, la Bundesnetzagentur a rejeté ladite réclamation. Le 11 décembre 2018, la requérante a formé un recours contre cette décision. [OMISSIS]

La requérante fait valoir, en substance, que les Vodafone Pass constituent un service de transmission de données autonome et ne font pas partie intégrante d'un service de données en itinérance réglementé unitaire, au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. Cela ressortirait de la lettre de l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012, de la combinaison, dans l'économie du règlement, entre l'article 2, paragraphe 2, sous m), et l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, ainsi que de la finalité des dispositions en cause. En outre, les Vodafone Pass seraient des « Add-Ons » (suppléments) au sens des lignes directrices de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). Le fait de constater l'existence d'un service d'itinérance réglementé unitaire constituerait en outre une violation de sa liberté d'entreprise.

De plus, les Vodafone Pass doivent être, selon elle, qualifiés de formule à volume non limité de données au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, car ils mettent à disposition un volume de données illimité. Pareillement, le paiement d'une redevance au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286 serait exigé. En tout état de cause, l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 devrait être appliqué par analogie dans le cas des Vodafone Pass, au motif qu'il s'agirait de « Add-Ons » (suppléments) au sens des lignes directrices de l'ORECE.

La partie défenderesse conteste les arguments de la requérante. **[Or. 7]**

II.

La procédure est suspendue. Conformément à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Cour de justice est saisie d'une demande de décision à titre préjudiciel sur les questions formulées dans le dispositif de la présente ordonnance.

1. Aux fins de l'appréciation juridique de l'action en annulation de la requérante dirigée contre la décision du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, 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 du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, avait été modifiée, en dernier lieu, par la loi du 1^{er} juin 2017 [OMISSIS], ainsi que celles du règlement n° 531/2012, tel que modifié par le 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 et le règlement (UE) n° 531/2012 [OMISSIS], et du règlement (UE) n° 2017/920, du 17 mai 2017, modifiant le règlement (UE) n° 531/2012 en ce qui concerne les règles applicables aux marchés de gros de l'itinérance (règlement sur l'itinérance), ainsi que du règlement d'exécution n° 2016/2286. En effet, selon la jurisprudence constante du Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Allemagne), le moment pertinent pour apprécier la situation factuelle et juridique ayant donné lieu à une action en contestation (même pendante) est celui de l'adoption de la dernière décision administrative.

[OMISSIS]

Ainsi, le cadre juridique pertinent du présent litige est formé par les dispositions suivantes du droit national :

L'article 126 du TKG, dans la version applicable, dispose : **[Or. 8]**

(1) Si la Bundesnetzagentur constate qu'une entreprise ne satisfait pas aux obligations imposées par la présente loi, par le règlement (UE) n° 531/2012 ou par le règlement (UE) n° 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 se mettre en conformité.

(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 doit alors être imparti 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 du présent recours, [OMISSIS] qui a été jugé recevable en tant qu'action en contestation, dépend de la question de savoir si la requérante viole l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 ainsi que l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286.

a) Le fondement juridique de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, est constitué par l'article 126 du TKG.

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

c) Ce qui est déterminant pour la licéité matérielle de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation c'est de savoir si la requérante ne respecte pas ses obligations découlant notamment du règlement n° 531/2012.

L'article 2 du règlement n° 531/2012, dans la version applicable en l'espèce, dispose : **[Or. 9]**

(1) Aux fins du présent règlement, les définitions figurant à l'article 2 de la directive « accès », à l'article 2 de la directive « cadre » et à l'article 2 de la directive « service universel » sont applicables.

(2) Outre les définitions visées au paragraphe 1, on entend par :

[...]

m) « service de données en itinérance réglementé » : un service d'itinérance permettant à un client en itinérance d'utiliser des données par commutation de paquets à l'aide de son appareil mobile lorsque celui-ci est connecté à un réseau

visité. Un service de données en itinérance réglementé ne comprend pas la transmission ni la réception d'appels ou de SMS en itinérance réglementés, mais comprend la transmission et la réception de MMS ;

[...]

r) « prix de détail national » : le tarif unitaire de détail appliqué au niveau national par le fournisseur de services d'itinérance aux appels passés, aux SMS envoyés (à partir et à destination de réseaux publics de communications différents dans un même État membre) et aux données consommées par le client ; lorsqu'il n'existe pas de tarif unitaire de détail spécifique au niveau national, le prix de détail national est réputé être basé sur une tarification identique à celle qui s'applique au client pour des appels passés, des SMS envoyés (à partir et à destination de réseaux publics de communications différents dans un même État membre) et des données consommées dans l'État membre de ce client ;

[...].

L'article 6 bis du règlement n° 531/2012, dans la version applicable en l'espèce, dispose : **[Or. 10]**

Avec effet au 15 juin 2017, pour autant que l'acte législatif devant être adopté à la suite de la proposition visée à l'article 19, paragraphe 2, soit applicable à cette date, les fournisseurs de services d'itinérance ne facturent pas de frais supplémentaires aux clients en itinérance dans un État membre en plus du prix de détail national pour des appels en itinérance réglementés passés ou reçus, pour l'envoi de SMS en itinérance réglementés et pour l'utilisation de services de données en itinérance réglementés, y compris les MMS, et ne facturent pas de frais généraux liés à l'activation des services ou des équipements terminaux à utiliser à l'étranger, sous réserve des articles 6 ter et 6 quater.

L'article 6 ter du règlement n° 531/2012, dans la version applicable en l'espèce, dispose :

(1) Les fournisseurs de services d'itinérance peuvent appliquer conformément au présent article et aux actes d'exécution visés à l'article 6 quinquies une politique d'utilisation raisonnable en matière de consommation de services d'itinérance au détail réglementés fournis au prix de détail national applicable, afin de prévenir toute utilisation anormale ou abusive des services d'itinérance au détail réglementés par les clients en itinérance, telle que l'utilisation de ces services par des clients en itinérance dans un État membre autre que celui de leur fournisseur national à des fins autres que des déplacements périodiques.

Toute politique d'utilisation raisonnable permet aux clients du fournisseur de services d'itinérance de consommer des volumes de services d'itinérance au détail réglementés au prix de détail national applicable qui correspondent à leurs plans tarifaires respectifs.

[...]

L'article 2 du règlement d'exécution n° 2016/2286 dispose :

(1) Aux fins du présent règlement, les définitions énoncées dans le règlement (UE) n° 531/2012 sont applicables.

(2) En outre, on entend par : **[Or. 11]**

[...]

c) « formule à volume non limité de données », une formule tarifaire prévoyant la fourniture d'un ou plusieurs services mobiles au détail, qui ne limite pas le volume de services de données mobiles au détail inclus contre paiement d'une redevance périodique fixe ou pour laquelle le prix national unitaire de ces services de données mobiles au détail, obtenu en divisant le prix de détail national global, hors TVA, des services mobiles pour l'ensemble de la période de facturation considérée par le volume total de services de données mobiles au détail disponible sur le plan national, ne dépasse pas le prix de gros maximal réglementé de l'itinérance visé à l'article 12 du règlement (UE) n° 531/2012 ;

[...].

L'article 4 du règlement d'exécution n° 2016/2286 dispose :

[...]

(2) Sans préjudice d'une éventuelle limitation nationale de volume applicable, dans le cas d'une formule à volume non limité de données, le client en itinérance se déplaçant ponctuellement dans l'Union doit pouvoir consommer, au prix de détail national, un volume de services de données en itinérance au détail équivalant à au moins deux fois le volume obtenu en divisant le prix de détail national global de cette formule, hors TVA, pour l'ensemble de la période de facturation en question, par le prix de gros maximal réglementé de l'itinérance visé à l'article 12 du règlement (UE) n° 531/2012.

[...].

aa) La juridiction de céans estime avoir des raisons sérieuses de considérer que la requérante enfreint l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. **[Or. 12]**

(1) (a) [OMISSIS] **[Or. 13]** [OMISSIS] [Résumé de la jurisprudence nationale concernant un cas comparable] [OMISSIS] Les tarifs de communication mobile de la requérante, en sus desquels il est possible de souscrire aux Vodafone Pass, constituent sans aucun doute, de l'avis de la juridiction de céans, des services de données en itinérance réglementés au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012. En effet, conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous m), du

règlement n° 531/2012, lesdits tarifs de communication mobile permettent à un client en itinérance d'utiliser des données par commutation de paquets lorsqu'il est connecté à un réseau visité.

Par rapport à cela, les Vodafone Pass proposés par la requérante ont simplement pour effet que le volume de données consommé par l'utilisation des services d'entreprises partenaires n'est pas pris en compte dans le calcul du volume de données compris dans le tarif de base. D'après la « liste des prix de la communication mobile » de la requérante, pertinente en l'espèce, les Vodafone Pass permettent, en effet, d'utiliser des services choisis d'entreprises partenaires, « sans consommer [le] volume de données compris dans le tarif [...] ».

[OMISSIS] De l'avis de la juridiction de céans, cette non-imputation du volume de données consommé sur le volume de données compris dans le tarif de communication mobile de base contredit l'avis de la requérante selon lequel les Vodafone Pass constituent des services de transmission de données exclusivement nationaux entraînant une mise à disposition d'un volume de données supplémentaire. Eu égard aux considérations précédentes, ils s'avèrent plutôt comme formant partie intégrante du tarif de communication mobile de base. Par voie de conséquence, les Vodafone Pass, en tant que partie intégrante d'un service de données en itinérance réglementé, relèvent (également) du champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. À cet égard, il est sans importance que la requérante demande le paiement d'une redevance supplémentaire, à l'exception du premier Vodafone Pass, en cas de souscription de nouveaux contrats pour des Vodafone Pass. **[Or. 14]**

Du moment que, d'après la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht (tribunal administratif supérieur, Allemagne) du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, le fait de soumettre uniquement les frais d'itinérance supplémentaires directs à l'interdiction des frais d'itinérance supplémentaires au détail est incompatible avec la finalité de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012,

Voir également les lignes directrices de l'ORECE sur le règlement n° 531/2012, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2120 et par le règlement d'exécution (UE) n° 2016/2286 (lignes directrices sur le marché de détail de l'itinérance), du 27 mars 2017, BoR (17) 56 : « 9. Aux termes de l'article 6 bis du règlement sur l'itinérance, les fournisseurs de services d'itinérance n'ont pas le droit de facturer de frais généraux pour permettre l'utilisation desdits services à l'étranger. L'ORECE interprète cette disposition dans le sens que les fournisseurs de services en itinérance ne peuvent pas facturer de frais supplémentaires qu'ils soient directs ou indirects pour l'accès à l'itinérance au sein de l'EEE. [...] ».

de l'avis de la juridiction de céans, la requérante enfreint, avec ses tarifs de communication mobile tels qu'ils sont présentement conçus, également l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. En partant du principe que les Vodafone Pass doivent être considérés comme faisant partie intégrante du tarif de

communication mobile de base, dans le champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, l'imputation du volume de données pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires dans les autres pays (européens) sur le volume de données compris dans le tarif de communication mobile de base entraîne une modification des modalités de calcul de la redevance qui est illicite en vertu de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. En effet, s'il est vrai qu'un client en itinérance ne paye pas directement une redevance plus élevée en cas d'utilisation dans un autre pays (européen), il se voit cependant fournir, pour la même redevance, une moindre prestation. À cet égard, ne saurait être retenu l'argument de la requérante selon lequel les Vodafone Pass sont au contraire avantageux du fait que, sur le territoire national, le volume de données consommé pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires n'est pas imputé sur le volume de données compris dans les tarifs de communication mobile et que, par voie de conséquence, une partie plus importante du volume de données compris dans les tarifs serait disponible pour une utilisation à l'étranger.

(2) (a) La juridiction de céans estime que la justesse de l'opinion selon laquelle la requérante enfreint l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 n'est cependant pas suffisamment évidente pour pouvoir renoncer, en vertu de la doctrine de l'acte clair, à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE. **[Or. 15]**

Certes, l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012 contient une définition de la notion de « service de données en itinérance réglementé », au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, selon laquelle un service de données en itinérance réglementé est un service d'itinérance permettant à un client en itinérance d'utiliser des données par commutation de paquets à l'aide de son appareil mobile lorsque celui-ci est connecté à un réseau visité. Néanmoins, la juridiction de céans ne saurait dire, du moins raisonnablement sans le moindre doute, si la notion de service de données en itinérance réglementé au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 doit être compris dans le sens que, dans une situation comme celle de la présente procédure, le tarif de communication mobile et l'option tarifaire en cause doivent être qualifiées comme un service de données en itinérance réglementé unitaire.

De l'avis de la juridiction de céans, la disposition de l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012, à la lumière du seul article 6 bis du règlement n° 531/2012, plaide contre l'admission du fait que seul le tarif de communication mobile de base, mais pas l'option tarifaire, relève du champ d'application de la disposition en question.

Voir notamment Commission européenne, Réponse à la question parlementaire E-007804/2017, 28 mai 2018 : « En vertu des règles de l'itinérance aux tarifs nationaux (roam-like-at-home – RLAH), en vigueur depuis le 15 juin 2017, et dès lors que des services d'itinérance sont fournis, des services en accès gratuit (zero-rated service) conformes au règlement n° 2015/2120 doivent être disponibles et ne pas être imputés sur le volume

données national en cas d'itinérance au sein de l'Union européenne, comme c'est le cas sur le territoire national. ».

En effet, l'option tarifaire se rapporte – comme nous le disions – exclusivement au tarif de communication mobile de base, en modifiant les modalités de calcul de la redevance correspondante. L'option tarifaire ne doit donc pas être considérée comme un service de transmission de données exclusivement national, mais comme une partie intégrante du tarif de communication mobile de base et donc d'un service de données en itinérance réglementé au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. Il s'ensuit que l'option tarifaire doit valoir pour une utilisation du service d'itinérance au détail également dans d'autres pays (européens), pour qu'il n'y ait pas d'infraction à l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. **[Or. 16]**

[OMISSIS] Eu égard à ce qui précède, il n'y a pas lieu d'accorder une importance décisive au fait que, selon le considérant 74 du règlement n° 531/2012, ce dernier couvre seulement la fourniture au détail de services de données en itinérance dans l'Union et que, par conséquent, il n'interdit pas des services de transmission de données limités au territoire national.

Voir également les lignes directrices de l'ORECE sur le règlement n° 531/2012, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2120 et par le règlement d'exécution (UE) n° 2016/2286 (lignes directrices sur le marché de détail de l'itinérance), du 27 mars 2017, BoR (17) 56 : « 188. L'ORECE considère que le règlement sur l'itinérance n'impose pas aux opérateurs d'offrir des services d'itinérance dans leurs plans tarifaires ».

La considération supplémentaire de la requérante, selon laquelle un raisonnement a maiore ad minus (qui peut le plus peut le moins) permet de tirer la conclusion que, dans une situation comme celle en cause dans la présente procédure, l'option tarifaire devrait également pouvoir être limitée au territoire national, ne saurait pas convaincre davantage, eu égard à ce qui précède.

Voir également les lignes directrices de l'ORECE sur le règlement n° 531/2012, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2120 et par le règlement d'exécution (UE) n° 2016/2286 (lignes directrices sur le marché de détail de l'itinérance), du 27 mars 2017, BoR (17) 56 : « 188. [...] Toutefois, conformément à l'article 6 bis du règlement sur l'itinérance, les fournisseurs de services d'itinérance ne peuvent pas facturer de frais généraux liés à l'activation des services ou des équipements terminaux à utiliser à l'étranger, c'est-à-dire que lesdits fournisseurs de services ne doivent pas proposer d'options d'itinérance (contre des frais généraux) séparément, en supplément d'abonnements sans itinérance [...]. Si l'opérateur décide d'offrir l'itinérance dans un plan tarifaire, il est soumis à toutes les exigences [...] ».

En outre, de l'avis de la juridiction de céans, les lignes directrices de l'ORECE, citées par la requérante et pertinentes en l'espèce,

Lignes directrices de l'ORECE sur le règlement n° 531/2012, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2120 et par le règlement d'exécution (UE) n° 2016/2286 (lignes directrices sur le marché de détail de l'itinérance), du 27 mars 2017, BoR (17) 56 : « 51. Lorsque des clients [Or. 17] souscrivent à des services additionnels de détail, en supplément par rapport à leur offre groupée et allant au-delà des volumes alloués dans leur offre groupée, un tel supplément doit être soumis à un traitement séparé mais similaire à celui de l'offre groupée pour pouvoir déterminer si le fournisseur de services d'itinérance peut appliquer des limites à la consommation de services de transmission de données en itinérance conformément à l'article 4, paragraphe 2, du règlement d'exécution »,

ne fournissent à cet égard aucun éclaircissement. En effet, indépendamment du fait de savoir si dans une situation comme celle en cause dans la présente procédure, l'option tarifaire doit être considérée comme un supplément au sens desdites lignes directrices, ces dernières suggèrent simplement une application par analogie de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286. Quant au fait de savoir si, dans une situation comme celle en cause dans la présente procédure, l'option tarifaire relève du champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, les lignes directrices ne se penchent pas sur la question.

Au reste, il est sans importance que l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 utilise les termes « services de données en itinérance réglementés » au pluriel (« regulated data roaming services », « regulierter Datenroamingdienst »), alors que l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012 définit cette catégorie de services en parlant du « service de données en itinérance réglementé » au singulier (« regulated data roaming service », « regulierter Datenroamingdienst »). En effet, la question de savoir si l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 permet la coexistence de plusieurs services de données en itinérance réglementés ne permet nullement d'établir si, dans une situation comme celle en cause dans la présente procédure, l'option tarifaire doit être considérée comme un service de transmission de données exclusivement national.

[OMISSIS]

Un point de vue selon lequel, contrairement à ce qui est soutenu ici, l'option tarifaire constituerait, en soi, un service de transmission de données exclusivement national qui ne relèverait pas du champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, s'avère finalement contraire à l'article 3, paragraphe 1, du règlement 2015/2120, selon lequel 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, **[Or. 18]** de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet. Si l'option tarifaire, considérée isolément, était effectivement un service de transmission de données exclusivement national, elle devrait alors se plier à ces exigences. Mais comme l'option tarifaire ne vise que l'utilisation des services d'entreprises partenaires de la requérante, lesdites exigences ne seraient pas respectées. Eu égard à ces considérations, la comparaison que la requérante s'efforce de faire entre les Vodafone Pass qu'elle propose « avec un simple tarif de données [...] limité à l'utilisation de certaines applications » ne semble pas pertinente.

Néanmoins, la juridiction de céans ne part pas du principe que le champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 peut être déterminé au-delà de tout doute raisonnable [questions préjudicielles 1 a) et c)]. En effet, la question de savoir si, dans une situation comme celle en cause dans l'affaire au principal, l'option tarifaire peut être considérée, en soi, comme un service de transmission de données exclusivement national ne relevant pas de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, soulève – comme nous le montrerons – au regard de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, des questions subséquentes propres à remettre en question la présente compréhension de la notion des services de données en itinérance réglementés au sens de l'article 6 bis, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012.

En outre, la juridiction de céans n'est pas en mesure de répondre, à tout le moins sans aucun doute raisonnable, à la question de savoir si l'on est en présence de frais d'itinérance au détail supplémentaires illicites au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, lorsqu'un client en itinérance qui utilise le service en cause dans un (autre) pays européen ne paye certes pas une redevance majorée, mais se voit fournir, pour le même prix, un service moindre [questions préjudicielles 1 b) et c)]. En effet, l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 régit, d'après son contenu littéral, expressément seulement l'illicéité notamment de frais supplémentaires par rapport au prix au détail pratiqué sur le territoire national d'un État membre. La définition de la notion de « prix de détail national » figurant à l'article 2, paragraphe 2, sous r), du règlement n° 531/2012 permet, en outre, simplement de conclure que le prix de détail national est le tarif unitaire de détail appliqué au niveau national par le fournisseur de services d'itinérance notamment aux données consommées par le client. Par conséquent, la juridiction de céans estime que, dans une situation comme celle en cause dans la présente procédure, **[Or. 19]** il n'est pas évident que l'imputation du volume de données pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires sur le volume de données compris dans le tarif de communication mobile de base à l'étranger, lorsque l'imputation de ce volume de données n'est pratiquée en cas d'utilisation sur le territoire national, peut être qualifiée de frais d'itinérance au détail supplémentaires illicites au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012.

(b) Les questions préjudicielles 1 a) à c) sont également déterminantes aux fins de la décision au principal. De la réponse qui leur sera apportée dépend le fait de savoir si la requérante enfreint l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. Si dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, l'option tarifaire devait être considérée comme un service de transmission de données exclusivement national, auquel l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 ne trouve pas à s'appliquer, une infraction à cet égard serait à exclure. La licéité des points 1 a) à c) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, ne peut donc être appréciée par la juridiction de céans qu'à la suite de la réponse aux questions préjudicielles 1 a) à c).

bb) La juridiction de céans part en outre du principe que la requérante enfreint l'article 6 ter du règlement n° 531/2012 en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286.

(1) [OMISSIS] **[Or. 20]** [OMISSIS]

Une politique licite d'utilisation raisonnable, au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, ne saurait, de l'avis de la juridiction de céans viser isolément les Vodafone Pass proposés par la requérante. En effet, ces Vodafone Pass doivent être considérés – comme nous le disions – comme faisant partie intégrante du tarif de communication mobile de base et donc d'un service (de données) en itinérance réglementé au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012. C'est pourquoi une politique d'utilisation raisonnable ne saurait viser les Vodafone Pass en tant que tels. En effet, l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012 permet expressément seulement une politique d'utilisation raisonnable visant la consommation de services (de données) en itinérance **[Or. 21]** réglementés, et non pas visant seulement des parties de ces services. Pour cette simple raison, de l'avis de la juridiction de céans, la requérante enfreint l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, en ce qu'elle prévoit, pour le cas où les Vodafone Pass seraient proposés, dans le futur, également dans les (autres) pays européens, une politique d'utilisation raisonnable avec une possibilité d'utilisation maximale des Vodafone Pass dans les (autres) pays européens à hauteur de cinq gigaoctets par Vodafone Pass et par mois.

De l'avis de la juridiction de céans, le fait que, selon les lignes directrices de l'ORECE, en appliquant ainsi l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, un supplément de service (dit « Add-On ») doit pouvoir être limité par une politique d'utilisation raisonnable, ne change rien à cette conclusion. En effet, sur la base de la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgerichts (tribunal administratif supérieur, Allemagne) du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, on n'est en présence d'un « Add-On » que lorsque un volume supplémentaire de données est souscrit contre une redevance, après épuisement du volume de données disponible compris dans le tarif. Or, cela n'est pas le cas des Vodafone Pass proposés par la requérante.

Sur la base de ce qui précède, il n'importe pas, en l'espèce, de savoir si la requérante, par sa politique d'utilisation raisonnable, enfreint (également) l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286. En effet, eu égard au fait qu'une politique d'utilisation raisonnable licite au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012 ne peut pas viser isolément les Vodafone Pass proposés par la requérante, il n'importe pas de savoir si la requérante a calculé le volume de données qu'elle a prévu jusqu'ici conformément aux dispositions de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa du règlement d'exécution n° 2016/2286.

(2) (a) Une violation de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa du règlement n° 531/2012, n'est pas non plus suffisamment évidente, de l'avis de la juridiction de céans, pour pouvoir se passer d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, en vertu de la doctrine dite de l'« acte clair ». **[Or. 22]**

Certes, l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, renvoie, s'agissant de la notion de « services d'itinérance au détail réglementés [...] », clairement à l'article 6 bis du règlement n° 531/2012 et donc (également) à la notion de service d'itinérance au détail réglementé qui s'y trouve, laquelle est définie à l'article 2, paragraphe 2, sous m), du règlement n° 531/2012. Par conséquent, beaucoup d'éléments plaident en faveur de l'idée qu'une politique d'utilisation raisonnable au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, ne peut pas se référer isolément à l'option tarifaire. L'opinion contraire selon laquelle une limite raisonnable d'utilisation peut être appliquée aussi à l'option tarifaire en tant que telle se heurte, en effet, au fait que l'option tarifaire fait partie intégrante du tarif de communication mobile de base et, par là-même d'un service de données en itinérance réglementé au sens de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, et donc d'un service d'itinérance réglementé également au sens de l'article 6 ter du règlement n° 531/2012. Comme en ce qui concerne le champ d'application de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012, la juridiction de céans n'est pas en mesure de répondre, en écartant le moindre doute raisonnable, en ce qui concerne le champ d'application de l'article 6 ter du règlement n° 531/2012, à la question de savoir si la notion de service (de données) en itinérance réglementé qui y est utilisée comprend également l'option tarifaire en tant que telle et si une politique d'utilisation raisonnable peut s'y référer isolément [question préjudicielle 2 a)].

Dans le champ d'application de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, une interprétation de cette notion dans le sens d'une politique d'utilisation raisonnable ne peut pas viser l'option tarifaire en tant que telle comporte, en outre, des incertitudes supplémentaires. En premier lieu, cela vaut pour la question de savoir si une politique d'utilisation raisonnable au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, laquelle – sans aucun doute – peut être prévue pour le tarif de communication mobile de base, peut

comprendre, dans le cadre d'une politique d'utilisation raisonnable commune, également l'option tarifaire en plus du tarif de communication mobile de base [question préjudicielle 2 b)]. L'Oberverwaltungsgericht (tribunal administratif supérieur, Allemagne) du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie a affirmé, à cet égard, qu'une politique d'utilisation raisonnable conformément à l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 visant l'option tarifaire proposée par une entreprise de télécommunication concurrente de la requérante **[Or. 23]** « en prenant en compte, dans le calcul, le tarif [de communication mobile] de base correspondant peut être licite ».

[OMISSIS] La Commission européenne a quant à elle également laissé entendre que les offres dites Zero-Rating doivent pouvoir faire l'objet d'une politique d'utilisation raisonnable.

Commission européenne, réponse à la question parlementaire E-007804/2017, 28 mai 2018 : « Pour les paquets de données illimités, les règles de l'itinérance aux tarifs nationaux (roam-like-at-home – RLAH) prévoient la possibilité d'appliquer une limitation des données dans le cadre d'une utilisation raisonnable pour la consommation d'itinérance sans frais supplémentaires. En tant que services de données illimités, les services zero-rated peuvent donc faire l'objet d'une limitation des données dans le cadre d'une utilisation raisonnable calculée conformément au règlement d'exécution n° 2016/2286 ».

En tout cas, la juridiction de céans ne saurait dire sans aucun doute raisonnable si une politique d'utilisation raisonnable pour le tarif de communication mobile et l'option tarifaire est conforme aux exigences de l'article 6 ter, paragraphe 1, deuxième alinéa du règlement n° 531/2012 selon lequel toute politique d'utilisation raisonnable permet aux clients du fournisseur de services d'itinérance de consommer des volumes de services d'itinérance au détail réglementés au prix de détail national applicable qui correspondent à leurs plans tarifaires respectifs.

La Bundesnetzagentur a soutenu, à l'audience, qu'une politique d'utilisation raisonnable commune au tarif de communication mobile et à l'option tarifaire peut être prévue. Dans ce contexte, il faut mettre à la disposition du client en itinérance, pour l'utilisation dans les autres pays (européens), un volume de données pour des services d'itinérance de détail, calculé en relation avec le tarif de communication mobile de base comprenant l'option tarifaire, lequel doit pouvoir être utilisé par ledit client qui se trouve temporairement à l'étranger au sein de l'Union au prix de détail national. (Feuille 482 du dossier de la procédure en référé). Selon la Bundesnetzagentur, le volume ainsi calculé est toutefois consommé par l'utilisation de tous les services de données en itinérance au détail, et donc aussi par l'utilisation des services d'entreprises partenaires de l'entreprise de télécommunication, bien que le volume de données consommé par l'utilisation **[Or. 24]** de ces services sur le territoire national ne soit pas imputé sur le volume de données compris dans le tarif de communication mobile.

La juridiction de céans n'est pas en mesure de dire de manière définitive si une telle politique d'utilisation raisonnable respecte suffisamment les exigences de l'article 6 ter, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement n° 531/2012. En effet, on peut se demander, à cet égard, si le client se voit offrir la possibilité d'utiliser des services de données en itinérance réglementés de détail au prix de détail applicable sur le territoire national au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement n° 531/2012, lorsque même le volume de données consommé pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires de l'entreprise de télécommunication est imputé sur le volume de services de données en itinérance de détail qui doit être mis à disposition dans les autres pays (européens). La particularité de l'option tarifaire consistant dans le fait que, sur le territoire national, le volume de données consommé pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires n'est pas imputé sur le volume compris dans le tarif de communication mobile, n'a pas été reflétée dans le cadre d'une politique d'utilisation raisonnable au sens précédemment indiqué, ce qui, d'ailleurs, pourrait être contraire également à la disposition de l'article 6 bis du règlement n° 531/2012.

Il est dès lors plus plausible de considérer qu'une politique d'utilisation raisonnable commune pour le tarif de communication mobile et pour l'option tarifaire ne soit pas compatible avec l'article 6 ter, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement n° 531/2012. Cela entraînerait, toutefois, que, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, aucune politique d'utilisation raisonnable imaginable ne pourrait comprendre également l'option tarifaire, avec la conséquence que l'utilisation des services d'entreprises partenaires de l'entreprise de télécommunication dans les autres pays (européens) serait possible de manière illimitée. Or, cela serait difficilement conciliable tant avec l'opinion de l'Oberverwaltungsgericht (tribunal administratif supérieur, Allemagne) du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie qu'avec les communications de la Commission européenne.

Pour autant que, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, il n'est possible ni d'appliquer à l'option tarifaire en tant que telle une politique d'utilisation raisonnable au sens de l'article 6 ter du règlement n° 531/2012, ni de prévoir une politique d'utilisation raisonnable commune pour le tarif de communication mobile et pour l'option tarifaire, la juridiction de céans ne saurait dire, sans le moindre doute raisonnable, **[Or. 25]** si l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, doit être appliqué à l'option tarifaire à tout le moins par analogie [question préjudicielle 2 c)].

À première vue, tout plaide contre l'applicabilité, ici, des lignes directrices de l'ORECE pertinentes en l'espèce, selon lesquelles, moyennant l'application correspondante de l'article 4, paragraphe 2, du règlement d'exécution n° 2016/2286, un « Add-On » devrait pouvoir être limité par une politique

d'utilisation raisonnable, pour la simple raison que l'option tarifaire – comme nous l'avons montré – ne peut pas être qualifié de « Add-On » à cet effet.

De toute façon, la juridiction de céans n'est pas liée par les lignes directrices de l'ORECE s'agissant d'interpréter le règlement d'exécution n° 2016/2286. C'est pourquoi il ne saurait être établi, sur la base de ces seules lignes directrices si l'article 4, paragraphe 2, du règlement d'exécution n° 2016/2286 doit être appliqué à seulement un « Add-On » au sens desdites lignes directrices. Ces dernières servent en effet seulement à contribuer à une application unitaire du règlement par les autorités de régulation nationales. Cependant, cela ne veut pas dire non plus qu'elles doivent totalement être ignorées lors de l'interprétation du règlement. Elles peuvent, au contraire, la stimuler utilement. 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] **[Or. 26]** [OMISSIS] À cela s'ajoute le fait que les lignes directrices en question de l'ORECE ne permettent pas de dire, sans le moindre doute raisonnable si l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 doit être appliqué par analogie également à l'option tarifaire, même lorsque celle-ci ne constitue pas un « Add-On » au sens de ces lignes directrices.

Ensuite, il n'est pas clair non plus si en cas d'une application (éventuellement par analogie) de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 à l'option tarifaire prise isolément, il y a lieu de considérer cette dernière comme une formule à volume non limité de données au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286 [questions préjudicielles 3 a) et b)]. Certes, la notion de formule à volume non limité de données est définie à l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286. Et il découle des lignes directrices de l'ORECE qu'il y a lieu de considérer comme des formules à volume non limité de données également les tarifs de communication mobile qui prévoient, après épuisement du volume de données compris dans le tarif une réduction de la vitesse de transfert.

Lignes directrices de l'ORECE sur le règlement n° 531/2012, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2120 et par le règlement d'exécution (UE)

n° 2016/2286 (lignes directrices sur le marché de détail de l'itinérance), du 27 mars 2017, BoR (17) 56 : « 41. Conformément aux définitions de l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution, une formule à volume non limité de données est une formule tarifaire prévoyant la fourniture d'un ou plusieurs services mobiles au détail, qui ne limite pas le volume de services de données mobiles au détail inclus contre paiement d'une redevance périodique fixe. [...] 45. L'ORECE considère qu'en cas de formules nationales prévoyant une réduction de la vitesse de transfert (au niveau national) lorsque la limite est atteinte, la limitation des données ne limite pas, en fait, les volumes consommés, et, partant, ces types d'abonnements doivent être considérés comme des formules à volume non limité de données aux fins de l'article 2 du règlement d'exécution (même s'il ne s'agit pas de tarifs illimités au sens large) ».

Eu égard à ces considérations, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, le tarif de communication mobile de base constitue en tout état de cause une formule à volume non limité de données au sens de l'article Art. 4, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286. **[Or. 27]**

En partant du fait que l'option tarifaire en cause – comme nous l'avons montré – doit être considérée comme faisant partie intégrante du tarif de communication mobile de base, elle ne devrait pas, en revanche, constituer, en tant que telle, une formule à volume non limité de données au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286. En effet, en soi, elle ne permet pas – comme nous l'avons montré – une transmission de données pour le client final. À cela s'ajoute le fait que l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286 cite, comme autre caractéristique d'une formule à volume non limité de données le paiement d'une redevance périodique fixe. Or, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire une telle redevance n'est pas demandée, à tout le moins lorsque l'option tarifaire est offerte gratuitement.

Dans le cas où, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 serait applicable (le cas échéant, par analogie) à l'option tarifaire, sans que cette dernière ne puisse être qualifiée, en soi, de formule à volume non limité de données au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286, la juridiction de céans ne saurait dire de manière définitive suivant quel critère il y a lieu de mesurer le volume visé par la politique d'utilisation raisonnable (question préjudicielle 4). En effet, l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 cite comme base de calcul expressément le « le prix de détail national global de *cette* formule, hors TVA » (c'est nous qui soulignons). Il s'agit donc de clarifier si le prix global de détail de l'option tarifaire peut également constituer la base du calcul du volume visé par la politique d'utilisation raisonnable.

Cela vaut d'autant plus, dans une situation comme celle en cause dans la présente affaire, où un prix de détail national global, hors TVA, précisément de cette formule à volume non limité de données fait défaut, du moment que l'option tarifaire est offerte gratuitement. En effet, d'un point de vue purement mathématique, il s'agirait alors de calculer, sur la base de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, un volume de données égal à « zéro » gigaoctets. Or cela irait illicitement au-delà de la finalité de protection expressément inscrite à l'article 6 ter, paragraphe 1, du règlement n° 531/2012, selon lequel une politique d'utilisation raisonnable, en tant que mesure d'accompagnement en vue de la suppression des frais d'itinérance au détail supplémentaires, est simplement censée prévenir une utilisation des services d'itinérance de détail qui soit abusive ou contraire aux finalités fixées, [Or. 28] utilisation qui dépasserait l'utilisation de ces services visée par le législateur de l'Union, avec les dispositions sur l'itinérance, durant des déplacements ponctuels au sein de l'Union. De la même manière, le considérant 4 du règlement d'exécution n° 2016/2286 affirme clairement que les dispositions sur les politiques d'utilisation raisonnable sont simplement censées éviter que des clients en itinérance utilisent des services d'itinérance réglementés de détail aux tarifs nationaux abusivement ou pour d'autres fins que des déplacements ponctuels. Les mesures d'exécution devraient garantir que la possibilité d'appliquer une politique d'utilisation raisonnable de l'itinérance pour atteindre cet objectif n'est pas utilisée par les fournisseurs de services d'itinérance à d'autres fins, aux dépens des clients en itinérance effectuant un quelconque déplacement ponctuel. Conformément à cela, il découle de l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exécution n° 2016/2286 qu'une politique d'utilisation raisonnable doit aussi garantir que des clients en itinérance puissent utiliser des services d'itinérance réglementés de détail lors de déplacements ponctuels au sein de l'Union aux mêmes conditions que lors d'une utilisation de ces services sur le territoire national. Cela vaut, comme le montre le considérant 13 du règlement d'exécution n° 2016/2286, notamment aussi au regard des politiques d'utilisation raisonnable au titre de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286. Le législateur européen part certes ici du principe de la nécessité d'adopter des mesures supplémentaires contre les risques importants liés à une utilisation abusive de formules à volume non limité de données. Le client en itinérance se déplaçant ponctuellement dans l'Union doit néanmoins pouvoir consommer au détail des volumes de ces services équivalents à deux fois les volumes qui peuvent être achetés, au plafond tarifaire de gros applicable aux données en itinérance, avec une somme égale au prix de détail national global de la partie de la formule tarifaire nationale constituée par les services mobiles pour l'intégralité de la période de facturation en question.

[OMISSIS] La juridiction de céans ne saurait dire au-delà de tout doute raisonnable si, pour ces motifs, seul le prix du tarif de communication mobile de base doit être pris en considération en tant que prix de détail national global au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, aux fins du calcul du volume d'une [Or. 29] politique d'utilisation raisonnable visant seulement l'option tarifaire.

(b) Les questions préjudicielles 2 à 4 sont également décisives aux fins de la solution du litige.

Certes, eu égard à ce qui précède, nombre d'éléments plaident en faveur du fait que les points 2 a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, sont contraires au droit, puisque la Bundesnetzagentur considère que la limite forfaitaire d'utilisation raisonnable à hauteur de cinq gigaoctets de volume de données par Vodafone Pass et par mois appliquée par la requérante, enfreint l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement sur l'itinérance, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, précisément en ce que le volume de données concerné est contraire au critère de calcul de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286. La requérante enfreint donc, de l'avis de la juridiction de céans, l'article 6 ter du règlement n° 531/2012 du simple fait qu'elle a mis en place, dans sa « liste des prix de la communication mobile » une politique d'utilisation raisonnable visant exclusivement les Vodafone Pass qu'elle propose ; en revanche, il est sans importance que – comme l'affirme la Bundesnetzagentur – le volume correspondant est contraire à la méthode de calcul prévue par l'article 4, paragraphe 2, alinéa premier, du règlement d'exécution n° 2016/2286. La Bundesnetzagentur n'a dès lors pas, à tout le moins au sens de l'article 126, paragraphe 2, première phrase, du TKG, ordonné les mesures nécessaires aux fins du respect des obligations découlant du règlement n° 531/2012.

La Bundesnetzagentur ne saurait pas non plus faire valoir le fait que les points 2 a) et b) de sa décision du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation se réfèrent également à une violation, par la requérante, de l'article 6 ter du règlement n° 531/2012, résultant de ce que la requérante a mis en place, dans sa « liste des prix de la communication mobile » une politique d'utilisation raisonnable visant exclusivement les Vodafone Pass qu'elle propose. D'après la juridiction de céans, on ne saurait tirer une telle affirmation du contenu de la décision en question. Certes, selon la jurisprudence du Bundesverwaltungsgericht Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Allemagne), le contenu normatif d'un acte administratif ne doit pas découler directement et exclusivement du dispositif. Il suffit que la règle édictée puisse résulter sans le moindre doute de [Or. 30] l'ensemble du contenu de la décision, notamment de sa motivation ainsi que des autres circonstances connues des parties concernées.

[OMISSIS] En l'espèce, au regard des points 2a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, il ne saurait être tiré rien tel de ces éléments. En effet, même dans les motifs de ladite décision il est fait référence de manière déterminante au fait que la requérante n'a pas respecté la formule de calcul de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286. En partant de ce constat, la Bundesnetzagentur affirme, en

renvoyant exclusivement à l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286, que les Vodafone Pass ne sont pas des formules à volume non limité de données au sens de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 2, paragraphe 2, sous c), du règlement d'exécution n° 2016/2286 et que l'application du critère de calcul de l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement d'exécution n° 2016/2286 conduirait dans la plupart des cas à des résultats qui ne sont pas respectés par la requérante. La Bundesnetzagentur affirme, en conclusion, que la requérante serait libre d'introduire une limite d'utilisation raisonnable « se référant à l'ensemble du service de données en itinérance fourni avec les tarifs Red ou Young ainsi qu'avec les Vodafone Pass de manière conforme au règlement ». Il s'ensuit que les motifs de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation ne font apparaître à aucun endroit que la Bundesnetzagentur considère que la requérante enfreint l'article 6 ter du règlement n° 531/2012 simplement en mettant en place, dans sa « liste des prix de la communication mobile » une politique d'utilisation raisonnable visant exclusivement les Vodafone Pass qu'elle propose.

Néanmoins, la juridiction de céans ne pourra constater avec certitude l'illicéité des points 2 a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation qu'après une réponse aux questions préjudicielles 2 à 4. En effet, la question de savoir si la notion de services d'itinérance au détail au sens de l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012 doit être comprise dans le sens que les Vodafone Pass [Or. 31] proposés par la requérante peuvent faire, en soi, l'objet d'une politique d'utilisation raisonnable, s'avère – comme nous l'avons montré – insuffisamment éclaircie.

La juridiction de céans n'est pas non plus en mesure, en l'absence d'une réponse aux questions préjudicielles 2 à 4, de déterminer l'illicéité des points 2 a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation. Certes, il est des éléments indiquant que la Bundesnetzagentur, au regard des points 2 a) et b) de sa décision du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation a illicitement omis de considérer que la « liste des prix de la communication mobile » de la requérante ne prévoit aucune politique d'utilisation raisonnable pour les tarifs Red et Young qu'elle propose. Le volume mensuel compris dans les tarifs de communication concernés est mis à disposition, par conséquent, indistinctement pour une utilisation sur le territoire national comme dans les autres pays (européens), et son épuisement entraîne, également indistinctement, une réduction de la vitesse de transfert. La politique d'utilisation raisonnable prévoyant l'utilisation d'un volume maximal de données, pour les Vodafone Pass, dans les autres pays (européens), de cinq gigaoctets par Pass et par mois, ne fait que décrire la limite à partir de laquelle, dans les autres pays (européens), contrairement au territoire national, le volume de données consommé pour l'utilisation des services d'entreprises partenaires de la requérante est imputé sur le volume mensuel compris dans le tarif de base.

Même en tenant compte de cette circonstance, les points 2 a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation ne sont pas nécessairement illicites. En particulier, dans le cas où l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n° 531/2012 devait être appliqué aux Vodafone Pass proposés par la requérante, en tant que tels, il n'est pas exclu que politique d'utilisation raisonnable prévue par la requérante, avec la possibilité d'utilisation d'un volume maximal de données, pour les Vodafone Pass, dans les autres pays (européens), de cinq gigaoctets par Pass et par mois, soit contraire à la méthode de calcul prévue par l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa du règlement d'exécution n° 2016/2286. Dans ce cas, les points 2 a) et b) de la décision de la Bundesnetzagentur du 15 juin 2018, dans sa version résultant de la décision du 23 novembre 2018 rendue sur la réclamation, seraient juridiquement incontestables. La juridiction de céans – comme nous l'avons montré – n'est pas en mesure de répondre sans le moindre doute raisonnable aux questions d'interprétation qui s'y réfèrent [questions préjudicielles 2 a) à 4)], concernant l'article 6 ter, paragraphe 1, premier alinéa, [Or. 32] du règlement n° 531/2012, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, premier alinéa du règlement d'exécution n° 2016/2286.

La présente ordonnance n'est pas susceptible de recours.

[OMISSIS]