

Affaire C-5/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

7 janvier 2020

Juridiction de renvoi :

Oberlandesgericht Düsseldorf (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

17 décembre 2019

Demandeur, appelant et intimé :

Bundesverband der Verbraucherzentralen und
Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Défenderesse, appelante et intimée :

Vodafone GmbH

[OMISSIS]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (TRIBUNAL RÉGIONAL
SUPÉRIEUR DE DÜSSELDORF, ALLEMAGNE)**

ORDONNANCE

Dans le litige opposant

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., [OMISSIS] Berlin, Allemagne

demandeur, appelant et intimé,

[OMISSIS]

contre

Vodafone GmbH, [OMISSIS]

[OMISSIS] Düsseldorf, Allemagne

défenderesse, appelante et intimée,

[OMISSIS]

Autre partie à la procédure :

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (agence fédérale des réseaux de l'électricité, du gaz, des télécommunications, de la poste et des chemins de fer, Allemagne, ci-après la « Bundesnetzagentur »), [OMISSIS] Bonn, Allemagne, [Or. 2]

le 17 décembre 2019, après avoir entendu les parties, la vingtième chambre civile de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf) [OMISSIS]

a ordonné ce qui suit :

I.

Il est sursis à statuer.

II.

La Cour est saisie des questions préjudicielles suivantes portant sur l'interprétation du règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil, 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 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (JO 2015, L 310, p. 1) :

1. L'article 3, paragraphe 1, du règlement 2015/2120 doit-il être interprété en ce sens que le droit des utilisateurs finals d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet, comprend également le droit d'utiliser ledit service d'accès à l'internet, via un équipement terminal connecté directement à l'interface du réseau public de télécommunications (tel qu'un smartphone ou une tablette), avec d'autres équipements terminaux (autre tablette, autre smartphone) (partage de connexion ou « tethering ») ?
2. Dans l'hypothèse où il conviendrait de répondre par l'affirmative à la première question préjudicielle :

L'article 3, paragraphes 1 et 2, de ce règlement doit-il être interprété en ce sens que constitue une limitation interdite du droit des utilisateurs finals d'utiliser les équipements terminaux de leur choix le fait d'exclure contractuellement d'une offre incluant un accès gratuit [Or. 3] à certains

services (« zero-rating ») les volumes de données consommés via un partage de connexion, de les décompter du volume de données inclus dans le forfait et de les facturer en sus en cas de dépassement, contrairement aux volumes de données consommés sans partage de connexion, alors que le partage de connexion n'est ni contractuellement interdit ni restreint sur le plan technique ?

Motifs :

- 1 Le demandeur est la fédération qui regroupe l'ensemble des seize associations de défense des consommateurs et 25 autres organisations centrées sur les consommateurs et l'action sociale en Allemagne. Il figure dans la liste des organismes qualifiés au titre de l'article 4 du Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, ou Unterlassungsklagengesetz (loi allemande sur les actions en cessation d'infractions, notamment au droit de la consommation).
- 2 La défenderesse est un opérateur de téléphonie mobile. Pour quelques-uns de ses forfaits de téléphonie mobile, elle propose des options intitulées « Vodafone Pässe » (« Chat-Pass », « Social-Pass », « Music-Pass », « Video-Pass »). Pour tout contrat de base souscrit depuis octobre 2017, les consommateurs peuvent choisir d'activer gratuitement l'une de ces options ; l'activation d'options supplémentaires est également possible moyennant paiement. Lesdites options permettent aux consommateurs d'utiliser certains services de téléphonie mobile, par l'intermédiaire d'applications sélectionnées à ces fins par la défenderesse, sans que les volumes de données consommés à ce titre ne soient décomptés du volume de données inclus dans leur forfait de téléphonie mobile. À cet égard, les conditions générales de la défenderesse contiennent les clauses suivantes :
 - « b) La consommation de données lors de l'utilisation via un partage de connexion (point d'accès sans fil ou "hotspot") [...] est décomptée du volume de données inclus dans le forfait.
 - c) L'option "Vodafone Pass" n'est utilisable que sur le territoire national. À l'étranger, l'utilisation des applications incluses dans l'option est décomptée du volume de données inclus dans le forfait. »
- 3 Le demandeur conteste la validité de ces clauses, ainsi que d'autres clauses sans incidence sur l'espèce. Selon lui, elles sont incompatibles avec l'article 3 du règlement 2015/2120 [clause b)] et avec l'article 6 bis du règlement (UE) n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (JO 2012, L 172, p. 10) [clause c)]. La défenderesse conteste ce point de vue.
- 4 La Bundesnetzagentur, en sa qualité d'autorité de contrôle compétente, a clos une procédure concernant la clause b), mais a prononcé l'interdiction de la clause **[Or. 4]** c) au motif qu'elle contrevient à l'article 6 bis du règlement n° 531/2012.

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir introduit par la défenderesse, le Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne, Allemagne) n'a pas encore statué, ayant entre-temps, par ordonnance du 18 novembre 2019 [OMISSIS], sursis à statuer et saisi la Cour d'une ample demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de ce règlement.

- 5 De manière pertinente pour la présente demande de décision préjudicielle, le Landgericht (tribunal régional, Allemagne), après avoir entendu la Bundesnetzagentur, a condamné la défenderesse à cesser d'inclure la clause c) dans ses contrats de téléphonie mobile et a débouté le demandeur de sa demande au titre de la clause b).
- 6 Selon le Landgericht (tribunal régional), s'agissant de la clause b), le partage de connexion n'est pas contractuellement exclu et est en outre techniquement possible. La clause b) ne vise pas des équipements terminaux spécifiques, mais rend simplement moins attrayante, sur le plan économique, l'utilisation, via le partage de connexion, d'autres équipements terminaux, quels que soient leur type et leur provenance. En outre, la carte SIM avec laquelle l'option est utilisée peut, pour autant que cela soit possible techniquement, également être insérée dans d'autres équipements.
- 7 En revanche, toujours selon le Landgericht (tribunal régional), la clause c) est invalide au motif qu'elle contrevient à l'article 6 bis du règlement n° 531/2012. En effet, forfait de base et option correspondent à une seule et unique prestation d'un service de données en itinérance réglementé ; l'option « Vodafone Pass » ne peut être souscrite que dans le cadre d'un forfait de base et ne peut être maintenue indépendamment de celui-ci après la cessation du contrat.
- 8 Les parties ont toutes deux fait appel de cette décision, chacune dans la mesure où elle leur est défavorable. La Bundesnetzagentur a pris position. La décision de la juridiction de renvoi dépend de l'interprétation des dispositions citées dans les questions déférées. S'agissant de la clause c), la juridiction de renvoi renonce à saisir la Cour d'une nouvelle demande de décision préjudicielle, eu égard à la décision de renvoi du Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne) au sujet de cette même clause (voir point 4 ci-dessus). **[Or. 5]**
- 9 Les questions préjudicielles portent toutes deux sur la validité de la clause b) relative au partage de connexion au regard de l'article 3 du règlement 2015/2120. Les parties évoquent la question du partage de connexion dans deux configurations différentes :
 - d'une part, dans le cas où l'appareil de téléphonie mobile est utilisé comme un routeur et que les données sont transmises de celui-ci, sans fil ou par câble, à un autre équipement ;
 - d'autre part, dans le cas où l'appareil de téléphonie mobile est connecté à un routeur LTE mobile et que ce routeur a ainsi accès à l'internet via l'appareil de téléphonie mobile.

Sur la première question préjudicielle :

- 10 La première question déferée concerne le point de savoir si l'article 3, paragraphe 1, du règlement 2015/2120 prévoit ou non l'utilisation simultanée de plusieurs équipements terminaux (directement ou indirectement connectés au réseau public de télécommunications), les parties proposant à cet égard des réponses différentes.
- 11 D'après le demandeur, ledit article 3, paragraphe 1, inclut la possibilité d'utiliser simultanément plusieurs équipements terminaux ; cela ressort du choix du pluriel, lequel est également utilisé au considérant 4 du règlement 2015/2120. En outre, le considérant 5 de ce règlement renvoie à l'article 1^{er} de la directive 2008/63/CE de la Commission, du 20 juin 2008, relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications (JO 2008, L 162, p. 20), aux termes duquel constituent des équipements terminaux tous équipements connectés directement ou indirectement à l'interface d'un réseau public de télécommunications. Selon le demandeur, plaident également en faveur d'une telle interprétation les lignes directrices de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) sur la mise en œuvre, par les régulateurs nationaux, des règles européennes relatives à la neutralité de l'internet [BoR (16) 127] (ci-après les « lignes directrices de l'ORECE »), lesquelles précisent, au point 27 :

« For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on [choice of terminal equipment]. »

[« Par exemple, la pratique consistant à restreindre le partage de connexion est susceptible de constituer une restriction [au choix des équipements terminaux]. »

Le demandeur ajoute qu'il convient de prêter une attention particulière aux lignes directrices de l'ORECE lors de l'interprétation du règlement 2015/2120, car, aux termes du règlement (UE) 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 (JO 2018, L 321, p. 1), l'une des missions de l'ORECE est expressément d'œuvrer à la convergence des pratiques réglementaires au sein de l'Union. La Bundesnetzagentur partage, en substance, ce point de vue. **[Or. 6]**

- 12 La défenderesse, elle, estime que l'article 3 du règlement 2015/2120 n'autorise pas les utilisateurs finals à utiliser simultanément autant d'équipements terminaux qu'ils le souhaitent, en ce compris des équipements terminaux sans accès aux réseaux de téléphonie mobile et des équipements terminaux de tiers. En effet, selon la défenderesse, une telle interprétation aurait pour conséquence pratique de pouvoir faire profiter un grand nombre de tiers de la prestation proposée par l'opérateur de téléphonie mobile, ce qui aboutirait à une extension excessive des

services concernés. Or, il ressort du considérant 5 du règlement 2015/2120 que seuls sont concernés les équipements terminaux « connectés au réseau »¹.

Sur la seconde question préjudicielle :

- 13 En cas de réponse affirmative à la première question préjudicielle, se pose alors la question de savoir si la clause b) constitue une « limitation » au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120.
- 14 Le Landgericht (tribunal régional) considère que la clause b) n'interdit pas le partage de connexion et que celui-ci reste possible, y compris sur le plan technique, le partage de connexion n'étant entravé que d'un point de vue économique.
- 15 Le demandeur, lui, estime qu'une telle « limitation » existe dès lors que l'on dénie aux utilisateurs finals des avantages économiques normalement accordés. Selon lui, toute discrimination économique, quelle qu'elle soit, au détriment du partage de connexion suffit.
- 16 Pour la Bundesnetzagentur, le simple fait d'exclure, techniquement ou contractuellement, le partage de connexion ne constitue pas une « limitation », celle-ci devant toujours s'apprécier au regard des conséquences ; à cet égard, elle renvoie au point 45 (dont la portée est explicitée aux points 46 à 48) des lignes directrices de l'ORECE visées au point [11] ci-dessus, lequel est libellé dans les termes suivants :

« When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users' choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3(1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise [of the] end-users' rights under Article 3(1). »

[« Lorsqu'elles évaluent si un fournisseur d'accès à internet limite l'exercice des droits des utilisateurs finals, les autorités de régulation nationales devraient examiner la mesure dans laquelle le choix desdits utilisateurs finals est restreint par les conditions commerciales et techniques convenues ou par les pratiques commerciales du fournisseur. Il n'est pas vrai qu'il faille systématiquement considérer le moindre facteur affectant les choix des utilisateurs finals comme une limitation de l'exercice de leurs droits au titre de l'article 3, paragraphe 1, du

¹ Note du traducteur : Nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur le fait que l'expression utilisée dans la version allemande du règlement 2015/2120, « Endgerät[e], die Verbindung zum Netz herstellen », signifie littéralement « équipements terminaux qui établissent une connexion au réseau ».

règlement 2015/2120. Par ailleurs, ce règlement prévoit la possibilité de prendre des mesures dans le cas où de telles restrictions entraîneraient une réduction importante du choix des utilisateurs finals, mais aussi dans d'autres cas susceptibles d'être qualifiés de limitation de l'exercice de leurs droits au titre de l'article 3, paragraphe 1, dudit règlement. »]

La Bundesnetzagentur précise que, dans ce cas, il convient de garder à l'esprit que la clause b) ne vise pas des équipements terminaux spécifiques, mais d'autres équipements terminaux de tous types et de toutes [Or. 7] provenances. En outre, toujours selon elle, les utilisateurs qui disposent d'une ligne fixe avec un forfait illimité utiliseront celle-ci, et non des appareils de téléphonie mobile, pour le partage de connexion.

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL