

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
présentées le 4 mars 2020 (1)

**Affaires jointes C-807/18 et C-39/19**

**Telenor Magyarország Zrt.**  
**contre**  
**Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke**

[demande de décision préjudicielle formée par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie)]

« Renvoi préjudiciel – Télécommunications – Règlement (UE) 2015/2120 – Article 3 – Droits des utilisateurs finals – Accès à un internet ouvert – Neutralité – Accords ou pratiques commerciales limitant l'exercice de ces droits – Tarif nul – Traitement privilégié accordé à certaines applications – Blocage ou ralentissement du trafic »

1. Avec le règlement (UE) 2015/2120 (2), le législateur de l'Union a pris la décision politique d'établir des règles communes pour garantir l'« ouverture de l'internet » (3) dans tous les États membres, en évitant, entre autres, que les utilisateurs finals soient affectés par « des pratiques de gestion du trafic qui bloquent ou ralentissent des applications ou des services spécifiques » (4).
2. En Hongrie, un fournisseur de services d'accès à l'internet propose à ses clients des offres groupées d'accès préférentiel (dites à « tarif nul ») ayant pour particularité que le trafic de données généré par certains services et applications n'est pas compté dans la consommation de données prévue dans le contrat conclu par l'utilisateur final.
3. L'administration hongroise a estimé que cette offre, dont j'aborderai les détails ci-dessous, enfreint l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120. Sa décision a fait l'objet d'un recours devant la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie) qui a déferé ses doutes sur cette question à la Cour, lui donnant ainsi la possibilité de se prononcer, pour la première fois, sur l'interprétation de ce règlement.

## **I. Le cadre juridique**

### **A. Le règlement 2015/2120**

4. Aux termes des considérants 1, 3, 6, 7, 8, 9 et 11 du règlement 2015/2120 :

« (1) Le présent règlement vise à établir des règles communes destinées à garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits correspondants des utilisateurs finals. Il vise à protéger les utilisateurs finals et à garantir, en même temps, la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'internet en tant que moteur de l'innovation. Des réformes dans le domaine de l'itinérance devraient inspirer confiance aux utilisateurs finals pour qu'ils restent connectés lors de leurs déplacements au sein de l'Union et, à terme, jouer un rôle de catalyseur dans la convergence des prix et d'autres conditions dans l'Union.

[...]

(3) Au cours des dernières décennies, l'internet est devenu une plateforme ouverte d'innovation facile d'accès pour les utilisateurs finals, les fournisseurs de contenus, d'applications et de services et les fournisseurs de services d'accès à l'internet. Le cadre réglementaire existant vise à favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder aux informations de leur choix et à les diffuser, ou à utiliser les applications et les services de leur choix. Néanmoins, des pratiques de gestion du trafic qui bloquent ou ralentissent des applications ou des services spécifiques ont une incidence sur un nombre important d'utilisateurs finals. Au vu de ces évolutions, il est nécessaire d'adopter, au niveau de l'Union, des règles communes pour garantir le caractère ouvert de l'internet et éviter une fragmentation du marché intérieur due aux mesures prises individuellement par les États membres.

[...]

(6) Les utilisateurs finals devraient avoir le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, et d'utiliser et de fournir les applications et les services sans discrimination, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet. L'exercice de ce droit devrait être 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 ou des services. Le présent règlement ne vise pas à réglementer la légalité des contenus, des applications ou des services, pas plus qu'il ne cherche à réglementer les procédures, exigences et garanties y afférentes. Ces questions continuent donc de relever du droit de l'Union, ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union.

(7) 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, les utilisateurs finals devraient être 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. Ces accords, ainsi que les pratiques commerciales des fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne devraient pas limiter l'exercice de ces droits, ni, par conséquent, permettre de contourner les dispositions du présent règlement en matière de garantie d'accès à un internet ouvert. 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. À cette fin, il convient, entre autres, de tenir compte, dans le cadre de l'évaluation des accords et des pratiques commerciales, des positions respectives sur le marché de ces fournisseurs de services d'accès à

l'internet ainsi que des fournisseurs de contenus, d'applications et de services qui sont concernés. Les autorités réglementaires nationales et les autres autorités compétentes devraient être tenues, dans le cadre de leur mission de contrôle et de respect de la réglementation, d'intervenir lorsque les accords ou les pratiques commerciales auraient pour effet de porter atteinte à l'essence des droits des utilisateurs finals.

- (8) 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.
- (9) L'objectif d'une gestion 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. Les mesures raisonnables de gestion du trafic appliquées par les fournisseurs de services d'accès à l'internet devraient être transparentes, non discriminatoires et proportionnées, et ne devraient pas se fonder sur des considérations commerciales. L'obligation relative au caractère non discriminatoire des mesures de gestion du trafic n'empêche pas les fournisseurs de services d'accès à l'internet, pour optimiser la qualité de transmission globale, de 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. Ces mesures différenciées devraient être proportionnées par rapport à l'objectif d'optimisation de la qualité globale et devraient donner lieu à un traitement égal des catégories de trafic équivalentes. Ces mesures ne devraient pas être appliquées plus longtemps que nécessaire.

[...]

- (11) Toutes les pratiques de gestion du trafic qui vont au-delà de telles mesures raisonnables de gestion du trafic, en bloquant, en ralentissant, en modifiant, en restreignant, en perturbant, en dégradant ou en traitant de manière discriminatoire des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services, devraient être interdites, sous réserve des exceptions justifiées et définies prévues par le présent règlement. Ces exceptions devraient faire l'objet d'une interprétation stricte et être soumises à des exigences 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. Les règles interdisant la modification des contenus, des applications ou des services concernent les modifications du contenu de la communication, mais n'interdisent pas les techniques de compression de données non discriminatoires qui réduisent la taille des fichiers de données sans en modifier le contenu. Une telle compression permet une utilisation plus efficace de ressources limitées et sert l'intérêt des utilisateurs finals en réduisant les volumes de données, en augmentant la vitesse et en améliorant l'expérience concernant l'utilisation des contenus, des applications ou des services en question. »

5. En vertu de l'article 1<sup>er</sup> (« Objet et champ d'application »), paragraphe 1, du règlement 2015/2120 :

« Le présent règlement établit des règles communes destinées à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits connexes des utilisateurs finals. »

6. Conformément à l'article 2 (« Définitions ») du règlement 2015/2120, « aux fins du présent règlement, les définitions figurant à l'article 2 de la directive 2002/21/CE [(5)] s'appliquent ».

7. L'article 3 (« Garantir l'accès à un internet ouvert ») du règlement 2015/2120 dispose :

« 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 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 :

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

[...]

5. Les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet et les fournisseurs de contenus, d'applications et de services, sont libres de proposer des services autres que les services d'accès à l'internet qui sont optimisés pour des contenus, des applications ou des services spécifiques, ou une combinaison de ceux-ci, lorsque l'optimisation est nécessaire pour que les contenus, les applications ou les services satisfassent aux exigences correspondant à un niveau de qualité spécifique.

Les fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet, ne peuvent proposer ou faciliter ce type de services que si les capacités du réseau sont suffisantes pour les fournir en plus de tous services d'accès à l'internet fournis. Ces services ne sont pas utilisables comme services d'accès à l'internet ni proposés en remplacement de ces derniers, et ils ne sont pas proposés au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals. »

8. Aux termes de l'article 5 (« Surveillance et exécution »), paragraphe 1, premier alinéa, du règlement 2015/2120 :

« Les autorités réglementaires nationales surveillent étroitement l'application des articles 3 et 4 et veillent au respect de ces articles, et encouragent la disponibilité permanente de services d'accès à l'internet non discriminatoires à des niveaux de qualité qui correspondent à l'état d'avancement des technologies. À cette fin, les autorités réglementaires nationales peuvent imposer des exigences concernant des caractéristiques techniques, des exigences minimales de qualité du service et d'autres mesures adéquates et nécessaires à un ou plusieurs fournisseurs de communications électroniques au public, y compris les fournisseurs de services d'accès à l'internet. »

### **B. La directive 2002/21**

9. L'article 2 de la directive 2002/21 énonce les définitions suivantes :

- « h) "utilisateur": une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public ;
- i) "consommateur": toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles ;

[...]

- n) "utilisateur final": un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de services de communications électroniques accessibles au public ;

[...] »

## **II. Les faits et les questions préjudicielles**

### **A. Affaire C-807/18**

10. Telenor Magyarország Zrt. (ci-après « Telenor ») est un des fournisseurs de services de télécommunications en Hongrie. Elle propose, entre autres, l'offre groupée de services MyChat dans le cadre de laquelle :

- l'abonné bénéficie, contre paiement, d'un volume de données utilisable sans limites de 1 gigabit (Gb). Une fois ce volume de données épuisé, l'accès à internet est, dans une large mesure, ralenti (6) ;
- l'abonné peut cependant accéder à tout moment, sans limitations et sans restrictions de débit, à certaines des principales applications de réseaux sociaux ou de messagerie (7), sans que le trafic de données qu'elles génèrent soit pris en compte aux fins du plafond de 1 Gb.

11. Lorsque l'abonné a consommé 1 Gb de données, l'offre groupée MyChat soumet donc le trafic de données ultérieur correspondant aux applications *non privilégiées* à une accessibilité limitée, à très faible débit, ce qui n'est pas le cas pour les applications *privilégiées* (à savoir celles relatives aux réseaux sociaux précités).

12. La Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (autorité nationale des communications et des médias, Hongrie, ci-après l'« autorité ») (8) a considéré que l'offre groupée MyChat pouvait être considérée comme une mesure de gestion du trafic, réalisée sous la forme d'une pratique commerciale, proposant aux abonnés une utilisation illimitée et de qualité uniforme de certaines applications sélectionnées, tout en ralentissant l'accès au reste des contenus d'internet.

13. Pour l'autorité, cette mesure est contraire à l'exigence de traitement égal et non discriminatoire imposée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120, et ne saurait bénéficier d'aucune des exceptions prévues par cette disposition. L'autorité a par conséquent enjoint à Telenor d'y mettre un terme.

14. Telenor a formé un recours contre cette décision de l'autorité devant la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale).

### **B. Affaire C-39/19**

15. Telenor propose également l'offre groupée de services complémentaire MyMusic, sous un régime d'abonnement prépayé et d'abonnement mensuel. Cette offre groupée est déclinée sous trois modalités (Start, Nonstop et Deezer) qui garantissent un transfert de données plus favorables pour la réception de contenus musicaux et radiophoniques.

16. Selon le forfait mensuel choisi (9), Telenor propose à ceux qui souscrivent à ces offres une consommation de données limitée (jusqu'à 500 mégabits (Mb) par mois dans le cadre de la formule MyMusic Start) ou illimitée (dans le cadre des deux autres formules) pour accéder à quatre applications de musique (10) en flux continu, ou *streaming*, ainsi qu'à certaines stations de radio en ligne.

17. Le trafic de données généré dans le cadre de ces offres groupées n'est pas pris en compte dans le volume de données prévu dans les contrats souscrits par les abonnés. Ces derniers continuent à avoir accès à ces applications sans limitation de débit ni blocage de la bande passante, même après avoir épuisé le volume de données prévu par le contrat. En revanche, le reste des contenus de l'internet qui ne relèvent pas de ces applications *privilégiées* génèrent un trafic de données payant et voient leur disponibilité limitée.

18. L'autorité a rendu, pour ces offres groupées, une décision comparable à celle prise pour l'offre MyChat (affaire C-807/19). Telenor a contesté cette décision devant la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale).

19. Dans ces circonstances, la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes, identiques dans les deux affaires :

- « 1) Un accord commercial conclu entre un fournisseur d'accès à l'internet et un utilisateur final, en vertu duquel le fournisseur d'accès à l'internet, à l'égard de l'utilisateur final, applique, en ce qui concerne certaines applications, un tarif nul (en d'autres termes, le trafic généré par l'application donnée n'est pas compté dans la consommation de données éventuelles, et n'est pas non plus ralenti lorsque ce cadre de données est épuisé), et la différenciation n'est établie que selon les conditions fixées dans l'accord conclu avec l'utilisateur final, dans le cadre de cet accord et uniquement envers [cet utilisateur] final, et pas envers les utilisateurs finals qui ne sont pas parties à cet accord, doit-il être interprété conformément à l'article 3, paragraphe 2, du [règlement 2015/2120] ?
- 2) S'il convient de donner une réponse négative à la première question, faut-il interpréter l'article 3, paragraphe 3, du règlement en ce sens que, compte tenu également du considérant 7 de celui-ci, il est nécessaire, pour constater l'infraction, d'examiner, sur la base de l'impact et du marché, si les mesures du fournisseur d'accès à l'internet ont effectivement restreint, et dans quelle mesure, les droits des utilisateurs finals visés à l'article 3, paragraphe 1, du règlement ?
- 3) Indépendamment des [première et deuxième] questions, l'article 3, paragraphe 3, du règlement doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction qu'il contient a un caractère [(11)] général et objectif, en ce sens que, sur ce fondement, sont interdites toutes les mesures de gestion du trafic qui établissent une différenciation entre les différents contenus de l'internet, indépendamment de la question de savoir si le fournisseur d'accès à l'internet l'a par ailleurs fait par la voie d'un accord, d'une pratique commerciale ou d'un autre comportement ?
- 4) S'il convient de donner une réponse positive à la troisième question, peut-on également conclure sans procéder à d'autres examens du marché et de l'impact, en se fondant sur le fait de la discrimination en soi, à une violation de l'article 3, paragraphe 3, du règlement, et l'examen de la conformité à l'article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement est-il pour cette raison sans objet en pareil cas ? »

### III. La procédure devant la Cour

20. Les renvois préjudiciels ont été enregistrés à la Cour le 20 décembre 2018 (affaire C-807/18) et le 23 janvier 2019 (affaire C-39/19).

21. Des observations écrites ont été présentées par Telenor, l'autorité, les gouvernements hongrois, tchèque, allemand, néerlandais, autrichien, roumain, slovène et finlandais, ainsi que par la Commission européenne.

22. Telenor, l'autorité, les gouvernements hongrois, allemand, néerlandais et slovène, ainsi que la Commission, ont comparu lors de l'audience publique du 14 janvier 2020.

### IV. Analyse

#### A. Considérations préliminaires

23. Les forfaits en cause dans ces deux renvois préjudiciels permettent aux clients qui y souscrivent d'accéder à certaines applications sans que le trafic de données généré par leur utilisation soit déduit du volume de données contracté, qui ne prend en compte que les données correspondant à l'utilisation d'autres applications.

24. Le « tarif nul » entraîne le ralentissement du trafic avec les services et applications non inclus dans l'offre dès que le volume convenu au titre du forfait général est épuisé. Alors que l'épuisement du volume contractuel de données n'affecte ni l'accès aux applications *privilégiées* ni la rapidité de leur utilisation, les applications restantes sont, à partir de ce moment, bloquées ou ralenties.

25. Pour l'autorité, ces offres impliquent des mesures de gestion de trafic contraires à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120. La juridiction de renvoi, saisie d'un réexamen de cette appréciation, pose quatre questions préjudicielles qui peuvent être ramenées à deux interrogations :

- d'une part, au regard de quel paragraphe de l'article 3 du règlement 2015/2120 (le paragraphe 2 ou le paragraphe 3) faut-il analyser les forfait (première et deuxième questions) ;
- d'autre part, l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 impose-t-il, dans l'hypothèse où il est applicable, une interdiction à caractère général, objectif et inconditionnel (troisième question) et, dans l'affirmative, peut-on conclure que les droits des utilisateurs finals ont été lésés sans qu'il soit nécessaire d'examiner les circonstances (deuxième et quatrième questions) ?

#### 1. Les objectifs poursuivis par le règlement 2015/2120

26. L'analyse de ces questions impose de tenir compte des finalités du règlement 2015/2120 et, en particulier, de la structure de son article 3.

27. Le règlement 2015/2120 poursuit un double objectif, consistant à garantir l'accès à un internet ouvert et à protéger les utilisateurs finals. J'estime qu'ils n'ont pas le même poids spécifique dans l'économie du règlement dont les dispositions permettent de conclure que le premier objectif (la garantie d'un internet ouvert) est prioritaire.

28. Le titre même du règlement 2015/2120 lui assigne comme principal finalité l'instauration de « mesures relatives à l'accès à un internet ouvert » et, dans la foulée, la modification de la directive 2002/22/CE du parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel », JO 2002, L 108, p. 51) (12).

29. Le considérant 1 et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, du règlement 2015/2120 aux termes desquels ce dernier « établit des règles communes destinées à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et *les droits connexes des utilisateurs finals* » (13), s'inscrivent dans cette même ligne.

30. Le reste des articles du règlement 2015/2120 confirme le caractère principal de l'objectif consistant à garantir l'accès à un internet ouvert (14). C'est en particulier le cas de l'article 3, dont les renvois préjudiciels demandent l'interprétation, qui, conformément à son intitulé explicite, a pour objet de « garantir l'accès à un internet ouvert ». D'autres dispositions du texte font référence à ce même accès (15).

#### 2. Les droits des utilisateurs finals

31. L'article 3, paragraphe 1, du règlement 2015/2120 énumère, sous cet intitulé, les droits des utilisateurs dits « finals ». Pour identifier ces « utilisateurs finals », il convient de se référer aux « définitions figurant à l'article 2 de la directive 2002/21 » auxquelles l'article 2 dudit règlement

renvoie expressément.

32. L'article 2, sous n), de la directive 2002/21 définit l'« utilisateur final » comme « un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de services de communications électroniques accessibles au public ».

33. L'« utilisateur final » n'est donc pas seulement l'« utilisateur » [défini, à l'article 2, sous h), de la directive 2002/21, comme « une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public »] ou le « consommateur » [défini, à l'article 2, sous i), de la même directive, comme « toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles »], mais, pour éviter tout malentendu, à la fois le consommateur qui accède à internet et le fournisseur de contenus et d'applications.

34. Même si la terminologie peut paraître équivoque (16), la personne qui se connecte à internet par l'intermédiaire de ses appareils, fixes ou mobiles, et celle qui fournit les contenus et les applications sont réputées être des « utilisateurs finals » au sens de la directive 2002/21 (et, par répercussion, au sens du règlement 2015/2120), puisqu'elles *accèdent* à internet sur un pied d'égalité, que ce soit pour obtenir des informations et des contenus procurés par certains fournisseurs ou, dans le cas de ces derniers, pour rendre leurs applications, services et contenus accessibles au public.

35. Les droits de l'utilisateur final reconnus à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement 2015/2120 sont :

- le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser ;
- le droit d'utiliser et de fournir des applications et des services ;
- le droit d'utiliser les équipements terminaux de son choix.

36. Tous ces droits sont reconnus « 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 » (17). Conformément à l'article 3, paragraphe 1, second alinéa, du règlement 2015/2120, ils doivent par ailleurs s'entendre « 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 ».

37. Pour résumer, les droits visés au paragraphe 1 du règlement 2015/2120 garantissent l'accès à un internet ouvert, en ce sens que les utilisateurs finals peuvent *accéder* à tous les contenus, applications et services, ainsi que les *fournir* et les *diffuser*, et ce sans restrictions, pour autant qu'ils soient licites.

### 3. L'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120

38. Les doutes de la juridiction de renvoi concernent l'article 3, paragraphes 2 et 3, du règlement 2015/2120.

39. Le paragraphe 2 instaure une protection spécifique des droits énoncés au paragraphe 1 et a dès lors pour objet, comme je l'ai déjà indiqué, de garantir le caractère ouvert de l'internet. Dans cette logique, le paragraphe 2 prévoit que l'exercice de ces droits ne peut pas être limité : a) par des 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 », ni b) par « toutes pratiques commerciales mises en œuvre par les fournisseurs de services d'accès à l'internet ».

40. La différence entre les « accords » et les « pratiques commerciales » est, à mon avis, liée au caractère exprès ou tacite du consentement des utilisateurs finals aux conditions commerciales et techniques et aux caractéristiques des services d'accès :

- s'agissant des *accords*, l'utilisateur final aura expressément consenti à ces conditions, puisqu'il en aura convenu avec le fournisseur ;
- s'agissant des *pratiques commerciales*, le consentement résultera de l'acceptation tacite, par l'autre partie, des conditions unilatéralement fixées par les fournisseurs (18).

41. Quoi qu'il en soit, l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120 identifie les « conditions commerciales et techniques et les caractéristiques des services d'accès à l'internet » qui ne peuvent pas limiter l'exercice, par les utilisateurs finals, des droits énoncés au paragraphe 1, à savoir celles relatives aux « prix, [aux] volumes de données ou [au] débit ». J'estime que cette énumération n'est pas exhaustive mais, aux fins qui nous intéressent, ces trois éléments sont les plus importants.

### 4. L'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120

42. Si l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120 instaure une protection spécifique des droits énoncés au paragraphe 1, destinée par conséquent à préserver *le caractère ouvert de l'internet*, le paragraphe 3 impose aux fournisseurs de services d'accès à l'internet un devoir de gestion du trafic sur le réseau visant à garantir un *traitement égal et non discriminatoire du trafic internet* (19).

43. En vertu de l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120, les fournisseurs de services d'accès à l'internet sont tenus, dans le cadre de la fourniture de ces services, de traiter « 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 » (20).

44. Cette obligation n'est cependant pas absolue. Le paragraphe 3 permet aux fournisseurs de services d'accès à l'internet de « mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du trafic ». Celles-ci doivent être « transparentes, non discriminatoires et proportionnées, [...] fondées [non pas] 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 », et ne peuvent pas concerner « la surveillance du contenu particulier [ni être] maintenues plus longtemps que nécessaire ».

45. Un traitement *différencié* (mais pas discriminatoire) du trafic est donc admis lorsque la gestion techniquement efficace de celui-ci l'exige.

46. Le subtil équilibre entre l'obligation de traiter toutes les formes d'accès à l'internet de manière égale, d'une part, et l'obligation de gérer efficacement ce trafic, d'autre part, s'exprime dans l'énumération des comportements, autorisés ou interdits, figurant à l'article 3, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement 2015/2120.

47. En vertu de cette disposition :

- 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 [...] » ;

- cette interdiction ne s'applique cependant pas lorsque lesdites mesures sont « nécessaire[s] et [durent] seulement le temps nécessaire » à certaines fins parmi lesquelles il convient de relever « [la préservation de] l'intégrité et [de] la sûreté du réseau, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des équipements terminaux des utilisateurs finals[, ainsi que la prévention d'une] congestion imminente du réseau et [l'atténuation des] effets d'une congestion exceptionnelle ou temporaire du réseau, pour autant que les catégories équivalentes de trafic fassent l'objet d'un traitement égal » (21).

48. Même si le gouvernement finlandais estime que les dispositions de l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 forment un « ensemble autonome » par rapport aux dispositions de l'article 3, paragraphes 1 et 2, dudit règlement (22), je rejoins plutôt la position du gouvernement hongrois et de la Commission, en ce sens que le paragraphe 3, tout comme le paragraphe 2, a également pour but de garantir les droits reconnus au paragraphe 1 (23).

49. La garantie d'une gestion égale et non discriminatoire du trafic internet est une condition nécessaire d'un internet réellement ouvert aux utilisateurs finals. Cette *ouverture* suppose la possibilité d'accéder aux contenus, applications et services disponibles, ainsi que de les fournir et de les diffuser sans restrictions fondées sur n'importe lequel des facteurs mentionnés à l'article 3, paragraphe 1, à savoir « le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur[, ou] le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service » accessible par l'intermédiaire d'internet.

50. En définitive, les paragraphes 2 et 3 de l'article 3 du règlement 2015/2120 établissent différentes formes de protection des droits reconnus au paragraphe 1 de cet article (24).

51. C'est sur ces bases que j'analyse à présent les questions posées par la juridiction de renvoi.

### ***B. Sur la disposition pertinente en vue d'apprécier le caractère licite des offres groupées litigieuses (première et deuxième questions préjudicielles)***

52. La juridiction de renvoi souhaite savoir si les décisions soumises à son réexamen doivent être analysées au regard de l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120 (première question) ou si elles relèvent au contraire du paragraphe 3 de ce même article (deuxième question).

53. La juridiction de renvoi estime être en présence d'un « accord commercial conclu entre [le] fournisseur d'accès à l'internet [Telenor] et un utilisateur final, en vertu duquel [Telenor] applique [à l'égard de l'utilisateur final], en ce qui concerne certaines applications, un tarif nul (en d'autres termes, le trafic généré par [une] application donnée n'est pas compté dans la consommation de données éventuelles, et n'est pas non plus ralenti lorsque ce cadre de données est épuisé) et la différenciation n'est établie que selon les conditions fixées dans l'accord conclu avec l'utilisateur final, dans le cadre de cet accord et uniquement envers [cet utilisateur] final, et pas envers les utilisateurs finals qui ne sont pas parties à cet accord » (25).

54. Comme l'a souligné le gouvernement allemand, le fournisseur de services d'accès à l'internet applique, en vertu de cet accord, une mesure de gestion du trafic. Il ressort en effet des décisions de renvoi que Telenor ne conteste pas que le trafic est traité de manière différente pour ce qui est des applications sélectionnées et des autres contenus de l'internet. Ce traitement différencié se traduit, en particulier, par le ralentissement de l'accès à ces derniers contenus.

55. Si telle est bien la situation, les fournisseurs des applications non sélectionnées sont soumis, en tant qu'« utilisateurs finals », à un traitement discriminatoire par rapport aux fournisseurs des applications privilégiées par l'accord commercial. Les premiers sont, en définitive, ceux qui sont le plus directement préjudiciés par cet accord. Les abonnés ayant souscrit à l'accord, qui, par conséquent, sont également des « utilisateurs finals », ne souffrent certes pas de cette discrimination directe. Il n'en demeure pas moins qu'ils subissent indirectement les conséquences du traitement réservé aux fournisseurs non privilégiés puisque, en fin de compte, celui-ci réduit les possibilités d'accéder aux contenus disponibles sur le réseau qui leur sont garanties par le droit énoncé à l'article 3, paragraphe 1, du règlement 2015/2120.

56. À mon sens, cette mesure de diminution du débit, objective et facile à constater, s'inscrit naturellement dans le cadre de l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120, qui cite le « ralentissement » comme l'un des modes de gestion du trafic en principe interdits (sous réserve des exceptions que le législateur a ensuite établies) (26).

57. Le ralentissement de l'accès aux applications et contenus *non privilégiés* a été convenu dans l'accord entre Telenor et ses abonnés. Il convient donc de se référer à l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120, qui interdit les *accords* « portant sur des conditions commerciales et techniques » (27).

58. Se pose ensuite la question de savoir lequel des deux paragraphes de l'article 3 doit s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, une mesure visant à ralentir le trafic est prévue dans un accord entre un fournisseur de services d'accès à internet et ses abonnés.

59. La question n'est, en réalité, pas pertinente du point de vue des effets finaux : quel que soit le paragraphe applicable, la conclusion est la même (à savoir l'illégalité de la mesure en cause et, par conséquent, de l'accord qui l'établit). Elle peut cependant servir à clarifier l'élément factuel source d'illicéité :

- si l'on se réfère à l'article 3, paragraphe 2, les autorités compétentes devraient tenir compte, comme indiqué au considérant 7 du règlement 2015/2120, de l'« ampleur » de l'accord, en tenant compte, « entre autres [...] des positions respectives sur le marché des fournisseurs de services d'accès à l'internet ainsi que des fournisseurs de contenus, d'applications et de services qui sont concernés », lesdites autorités étant tenues d'intervenir lorsque l'accord est susceptible de « porter atteinte à l'essence » du droit d'accéder à un internet ouvert (28) ;
- en revanche, si l'on se réfère à l'article 3, paragraphe 3, toute prise en considération des circonstances est exclue puisque l'obligation de traitement égal s'impose « quels que soient l'expéditeur, le destinataire, le contenu, l'application, le service ou les équipements terminaux » (29).

60. Dans ce contexte, je considère, tout comme le gouvernement néerlandais, qu'il convient d'accorder la priorité à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120.

61. En effet, comme un traitement égal et non discriminatoire est une condition préalable et nécessaire à la sauvegarde d'un accès à un internet ouvert (30), ce n'est que lorsque cet accès est *techniquement* garanti qu'il convient d'éviter qu'il soit limité d'une autre manière, par voie contractuelle ou par des pratiques commerciales (31).

62. J'estime, par conséquent, que l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 contient une disposition générale, au regard de laquelle il convient d'analyser, à titre préalable, tous les accords et pratiques commerciales. Après avoir écarté les mesures de gestion du trafic non conformes aux conditions prévues par cette disposition, il devient possible d'examiner, s'il y a lieu, la licéité de ces accords ou pratiques au regard du paragraphe 2. Comme l'a signalé le gouvernement roumain, il est bien entendu qu'aucune exception à l'interdiction de tout traitement discriminatoire, instaurée par

le paragraphe 3, ne saurait être établie par la voie contractuelle

63. Contrairement à ce que soutient Telenor, la séparation entre le paragraphe 2 et le paragraphe 3 de l'article 3 du règlement 2015/2120 ne tient pas à la distinction entre les accords (paragraphe 2), d'une part, et les mesures unilatérales (paragraphe 3), d'autre part. Il ne s'agit pas non plus de la différence entre conditions commerciales (paragraphe 2) et techniques (paragraphe 3) puisque le paragraphe 2 fait référence aux unes et aux autres.

64. À mon sens, la distinction pertinente tient à l'atteinte immédiate aux droits des utilisateurs finals énoncés au paragraphe 1, d'une part, et à l'atteinte indirecte à ces droits par des mesures discriminatoires de gestion du trafic, d'autre part :

- dans ce deuxième cas de figure, la mesure discriminatoire de gestion du trafic est illégale, pour cause de violation du paragraphe 3, dans la mesure où elle enfreint une obligation d'égalité de traitement qui est une condition indispensable à la jouissance des droits visés au paragraphe 1 ;
- dans le premier cas de figure, il peut être porté atteinte à ces droits tout en respectant les dispositions du paragraphe 3 si, malgré une gestion égalitaire du trafic, le consommateur est incité, de quelque manière que ce soit, à utiliser, à titre principal ou exclusif, certaines applications déterminées (32).

### C. Sur la nature de l'interdiction instaurée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 (deuxième, troisième et quatrième questions)

65. Les développements qui précèdent répondent, en substance, aux doutes exprimés par la juridiction de renvoi au sujet de l'interdiction instaurée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120.

66. Je conclus que cette interdiction est de nature générale, inconditionnelle et objective, en ce qu'elle interdit toute mesure de gestion du trafic qui ne serait pas raisonnable (au sens dudit paragraphe 3) et ne contribuerait pas à un traitement égal et non discriminatoire de ce trafic.

67. Je considère, tout comme la Commission, que lorsqu'une infraction à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 est constatée, il n'est pas indispensable de vérifier par ailleurs si le paragraphe 2 dudit article a été enfreint (ce qui entraînerait une analyse circonstanciée du marché et de l'incidence de la mesure en cause), sans préjudice d'éventuelles dispositions divergentes prévues par le droit de la procédure des États membres.

## V. Conclusion

68. Eu égard à ce qui précède, je propose à la Cour de répondre à la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie) dans les termes suivants :

L'article 3 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 européenne, doit être interprété en ce sens que :

Un accord commercial conclu entre un fournisseur de services d'accès à l'internet et un abonné, en vertu duquel certaines applications se voient appliquer un tarif nul et la vitesse d'accès à d'autres applications est ralentie une fois que le volume de données contractuellement prévu a été consommé, comporte une mesure de gestion du trafic contraire à l'obligation de traitement égal et non discriminatoire prévue à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120, à moins que ladite mesure ne relève des exceptions figurant dans cette disposition, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Lorsque cette infraction est constatée, il n'est plus nécessaire de déterminer si les dispositions de l'article 3, paragraphe 2, du règlement 2015/2120 ont également été enfreintes ni de procéder à une évaluation circonstanciée du marché et de l'incidence de la mesure.

<sup>1</sup> Langue originale : l'espagnol.

<sup>2</sup> Règlement 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).

<sup>3</sup> Les termes communément utilisés dans le débat politique, économique, technologique et académique sont « neutralité du réseau ». Le règlement 2015/2120 n'utilise cependant le terme « neutralité » qu'au considérant 2 qui expose que les dispositions dudit règlement « respectent le principe de la neutralité technologique, c'est-à-dire qu'elles n'imposent ni ne favorisent l'utilisation d'aucun type particulier de technologie ». Il s'agit donc d'une dénomination utilisée dans un cadre très spécifique. L'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120 fait cependant plus largement référence au principe d'égalité de traitement en matière de trafic internet considéré dans son ensemble, en tenant certes compte de la « neutralité technologique », mais également de la neutralité résultant du traitement non discriminatoire des expéditeurs, des destinataires, des contenus, des applications et des services.

<sup>4</sup> Règlement 2015/2120, considérant 3.

<sup>5</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO 2002, L 108, p. 33).

<sup>6</sup> Concrètement, le système plafonne le débit de téléchargement descendant et ascendant à 32 kilobits par seconde.

<sup>7</sup> Facebook, Facebook Messenger, WhatsApp, Instagram, Twitter et Viber.

<sup>8</sup> La décision finale de l'autorité a été confirmée par le Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (président de l'autorité nationale des communications et des médias).

<sup>9</sup> Les tarifs des offres groupées MyMusic sont sensiblement inférieurs à ceux des forfaits de 500 Mb ou de volume de données illimité disponibles pour les mêmes abonnements.

---

[10](#) Deezer, Apple Music, Tidal et Spotify.

---

[11](#) La question posée dans l'affaire C-39/19 inclut le terme « inconditionnel ».

---

[12](#) La troisième finalité assignée au règlement 2015/2120, non pertinente en l'espèce, est la modification 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).

---

[13](#) Mise en italique par mes soins. Cette expression *nuance*, pour ainsi dire, les droits des utilisateurs finals, qui sont décrits comme *connexes* à la garantie du traitement réservé au trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet.

---

[14](#) L'accès à un internet ouvert n'a, en définitive, d'autre finalité que garantir « la continuité du fonctionnement de l'écosystème de l'internet en tant que moteur de l'innovation » (considérant 1), afin d'assurer qu'il continue d'être « une plateforme ouverte d'innovation » (considérant 3). Ces objectifs profitent à l'intérêt général et, par conséquent, *de manière indirecte*, à une pluralité de droits individuels, dont, entre autres, le droit à l'information et la liberté d'expression. Cela étant, les droits que le règlement 2015/2120 confère *de manière directe* aux utilisateurs finals sont ceux qui sont strictement liés à l'accès à un internet ouvert et qui, par conséquent, concernent les modalités et les conditions de cet accès.

---

[15](#) L'article 4 du règlement 2015/2120 est consacré aux « mesures de transparence garantissant l'accès à un internet ouvert ». Les articles 5 et 6 établissent, respectivement, des mesures de « surveillance et [d']exécution » ainsi que des « sanctions » relatives au respect des articles 3, 4 et 5.

---

[16](#) La dénomination « utilisateur final » n'est pas très heureuse, dans la mesure où elle détourne l'attention du fait que les fournisseurs sont identifiés comme appartenant à la catégorie définie par ces termes. Les gouvernements tchèque, allemand, autrichien et slovène ont insisté sur le fait que les fournisseurs *de contenus* sont également des « utilisateurs finals » aux fins du règlement 2015/2120. La Commission l'a confirmé lors de l'audience en citant le passage correspondant des lignes directrices pour la mise en œuvre par les régulateurs nationaux des règles européennes en matière de neutralité de l'internet [BoR (16) 127] approuvées par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

---

[17](#) Cette disposition mentionne séparément l'« utilisateur final » et le « fournisseur ». C'est, à mon sens, erroné, compte tenu de la définition de la première notion figurant à l'article 2, sous n), de la directive 2002/21. Le législateur à l'origine du règlement 2015/2120 semble avoir été victime de l'imprécision conceptuelle de l'expression « utilisateur final » que je viens d'évoquer dans la note précédente.

---

[18](#) Bien que la distinction conceptuelle entre « accords » et « pratiques » ne soit pas décisive en l'espèce, il y a lieu de relever que, au point 33 (note 10) des lignes directrices pour la mise en œuvre par les régulateurs nationaux des règles européennes en matière de neutralité de l'internet [BoR (16) 127], l'ORECE évoque la possibilité de se référer, *mutatis mutandis*, à la définition des « pratiques commerciales » énoncée à l'article 2, point d), de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, L 149, p. 22). Le caractère unilatéral est un des éléments déterminants de la définition : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ».

---

[19](#) Afin d'éviter toute confusion, et bien qu'il ait été choisi par de nombreuses parties à la présente procédure, j'éviterai le terme « neutralité » (voir note 3 des présentes conclusions) et n'utiliserai que l'expression « principe d'égalité de traitement » ou ses équivalents. Sur le débat doctrinal relatif à la neutralité d'internet, voir Robles Carrillo, M., « El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea : Alcance y contenido », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 63, 2019, p. 449 à 488.

---

[20](#) L'allusion aux « équipements terminaux utilisés » formalise le principe de « neutralité technologique » mentionné au considérant 2 du règlement. Le reste de la disposition impose une obligation de traitement non discriminatoire typique. Cela est confirmé au considérant 8 du règlement qui reprend, en substance, le libellé de l'article 3, paragraphe 3, puis ajoute que, « [e]n 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 ».

---

[21](#) Ces mesures doivent respecter d'autres conditions supplémentaires qui ne sont, en l'espèce, pas pertinentes. L'article 3, paragraphe 4, du règlement 2015/2120 prévoit ainsi que les mesures donnant lieu au traitement de données à caractère personnel ne sont admises que si ce traitement est nécessaire et proportionné à la réalisation des objectifs fixés au paragraphe 3 et qu'il est effectué conformément à la législation de l'Union en matière de protection des données. L'article 3, paragraphe 5, du règlement 2015/2120 permet d'offrir des services optimisés d'accès à l'internet, à condition, entre autres, qu'ils ne soient pas proposés « au détriment de la disponibilité ou de la qualité générale des services d'accès à l'internet pour les utilisateurs finals ».

---

[22](#) Observations du gouvernement finlandais, point 15.

---

[23](#) Dans le même ordre d'idées, le gouvernement autrichien a fait valoir que la violation de l'article 3, paragraphe 3, entraîne également une violation des droits énoncés à l'article 3, paragraphe 1, ce qui exclut, par conséquent, que les deux paragraphes puissent être autonomes.

---

[24](#) Comme cela a pu être débattu lors de l'audience, ces deux paragraphes de l'article 3 du règlement 2015/2120 présentent un certain parallélisme avec son article 4, paragraphe 1. Ce dernier précise les informations qui doivent être indiquées dans tout contrat de services d'accès à l'internet en faisant à la fois référence aux incidences concrètes des éventuelles mesures de gestion du trafic (évoquées à l'article 3, paragraphe 3) et aux incidences concrètes des paramètres de qualité des services convenus entre parties (c'est-à-dire aux conditions contractuelles, visées à l'article 3, paragraphe 2). Dans les deux cas, il s'agit, en définitive, de fournir des informations sur les garanties par lesquelles ces deux paragraphes tentent de protéger les droits énoncés à l'article 3,



paragraphe 1.

---

[25](#) Comme je l'ai déjà indiqué au point 36 des présentes conclusions, dans le cadre du règlement 2015/2120, le consommateur est un des utilisateurs finals et cette notion comprend également les fournisseurs de contenus et d'applications. Il y a dès lors lieu de comprendre que « la différenciation n'est établie que selon les conditions fixées dans l'accord conclu avec le consommateur, dans le cadre de cet accord et uniquement envers ce même consommateur ». En d'autres termes, les conditions stipulées (dont les mesures de gestion du trafic ralentissant l'accès à certaines applications) ne s'appliquent qu'au consommateur qui a conclu l'accord. Par conséquent, l'accord ne ralentit pas le débit de toutes les applications disponibles sur internet, de manière générale et pour tous les utilisateurs finals, mais seulement le trafic entre l'utilisateur final qui a conclu l'accord (l'abonné) et l'utilisateur final qui fournit les applications exclues (le fournisseur).

---

[26](#) Les lignes directrices de l'ORECE (dont les parties ont convenu, lors de l'audience, qu'elles ont une valeur interprétative générale bien qu'elles ne soient pas contraignantes) s'inscrivent dans le même ordre d'idée.

---

[27](#) Mise en italique par mes soins.

---

[28](#) L'éventuelle incidence de la distinction, opérée au considérant 7, entre les cas dans lesquels les autorités réglementaires nationales « *devraient être habilitées* à prendre des mesures à l'encontre d'accords ou de pratiques commerciales » et ceux dans lesquels elles « *devraient être tenues* d'intervenir » a été débattue lors de l'audience. Il me semble que le premier terme se réfère au fait que le droit national *permette* à ces autorités *de prendre des mesures* à l'encontre d'accords ou de pratiques commerciales. Le second se réfère au fait que les autorités réglementaires, une fois habilitées à cette fin, sont *impérativement tenues de prendre des mesures* lorsqu'elles constatent l'existence d'accords ou de pratiques contraires au règlement 2015/2120.

---

[29](#) Considérant 8 du règlement 2015/2120.

---

[30](#) Voir point 50 des présentes conclusions.

---

[31](#) Observations du gouvernement néerlandais, point 28.

---

[32](#) La Commission évoque l'hypothèse d'offres à tarif nul combinées à une limite de trafic très basse par rapport au trafic de données nécessaire à une utilisation moyenne des contenus d'internet, ce qui inciterait l'utilisateur final à n'utiliser que les contenus à tarif nul (point 51 des observations de la Commission). En tout état de cause, dès lors que, comme je l'ai déjà indiqué, l'accord litigieux comporte une mesure technique de gestion contraire à l'article 3, paragraphe 3, du règlement 2015/2120, et que cette mesure est suffisante pour qualifier ledit accord d'illicite, toute autre considération relative à une éventuelle violation de l'article 3, paragraphe 2, de ce règlement serait hypothétique et, par conséquent, superflue aux fins de la résolution du litige qui nous occupe.