



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 4. marts 2020¹

Forenede sager C-807/18 og C-39/19

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn))

»Præjudiciel forelæggelse – telekommunikation – forordning (EU) 2015/2120 – artikel 3 – slutbrugernes rettigheder – adgang til det åbne internet – neutralitet – aftaler eller handelspraksis, der begrænser udøvelsen af disse rettigheder – nultakst – begunstiget behandling af bestemte applikationer – blokering eller bremsning af trafikken«

1. EU-lovgiver traf med forordning (EU) 2015/2120² en politisk beslutning om at indføre fælles regler for at sikre »internettets åbenhed«³ i alle medlemsstaterne for bl.a. at undgå, at slutbrugere bliver »berørt af trafikstyringspraksis, der blokerer eller bremser bestemte applikationer eller tjenester«⁴.

2. I Ungarn tilbyder en udbyder af internetadgangstjenester sine kunder pakker med præferenceadgang (til en såkaldt »nultakst«), som har det særlige kendetegn, at download af data fra bestemte tjenester og applikationer ikke medregnes med henblik på det dataforbrug, som slutbrugeren har købt.

3. Den ungarske forvaltning var af den opfattelse, at dette tilbud, som jeg senere vil gøre rede for, var i strid med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120. Der blev anlagt sag til prøvelse af den ungarske forvaltnings afgørelse ved Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn), som har forelagt sin tvivl desangående for Domstolen, som for første gang får lejlighed til at udtale sig om fortolkningen af førnævnte forordning.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 25.11.2015 om foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet og om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og forordning (EU) nr. 531/2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen (EUT 2015, L 310, s. 1).

3 – Det begreb, der i almindelighed anvendes i den politiske, økonomiske, teknologiske og akademiske debat, er »netneutralitet«. Forordning 2015/2120 anvender imidlertid kun dette begreb, idet det i anden betragtning til forordningen anføres, at dens bestemmelser »respekterer princippet om teknologineutralitet, hvilket vil sige, at de hverken påtvinger eller diskriminerer til fordel for anvendelse af en bestemt type teknologi«. Der er dermed tale om en betegnelse, der anvendes med en meget specifik afgrænsning. Forordningens artikel 3, stk. 3, henviser derimod i et bredere perspektiv til princippet om *ligebehandling* i forbindelse med internettrafik samlet set, hvilket naturligvis omfatter »teknologineutralitet«, men også neutralitet, der følger af ikkediskriminerende behandling af afsendere, modtagere, indhold, applikationer og tjenester.

4 – Tredje betragtning til forordning 2015/2120.

I. Retsforskrifter

A. Forordning 2015/2120

4. Første, tredje, sjette, syvende, ottende, niende og ellefte betragtning har følgende ordlyd:

»(1) Formålet med denne forordning er at indføre fælles regler for at sikre lige og ikkediskriminerende behandling af trafikken ved levering af internetadgangstjenester og beskytte slutbrugeres hertil hørende rettigheder. Forordningen sigter mod at beskytte slutbrugerne, samtidig med at den sikrer, at internetøkosystemet fortsat kan fungere som en drivkraft for innovation. Reformer på roamingområdet bør give slutbrugerne tillid til at forblive opkoblede, når de rejser inden for Unionen, og bør efterhånden føre til konvergerende priser og andre vilkår i Unionen.

[...]

(3) I løbet af de seneste årtier har internettet udviklet sig som en åben platform for innovation med lave adgangsbarrierer for slutbrugere, udbydere af indhold, applikationer og tjenester og udbydere af internetadgangstjenester. De eksisterende rammebestemmelser har til formål at fremme slutbrugernes muligheder for at få adgang til og udbrede oplysninger eller bruge applikationer og tjenester efter eget valg. Imidlertid bliver et betydeligt antal slutbrugere berørt af trafikstyringspraksis, der blokerer eller bremser bestemte applikationer eller tjenester. Disse tendenser kræver fælles regler på EU-plan for at sikre internettets åbenhed og for at undgå opsplitning af det indre marked som følge af de foranstaltninger, der er vedtaget af de enkelte medlemsstater.

[...]

(6) Slutbrugerne bør have ret til at få adgang til og udbrede oplysninger og indhold og til at bruge og levere applikationer og tjenester uden forskelsbehandling via deres internetadgangstjeneste. Udøvelsen af denne ret bør ikke berøre EU-retten eller national ret, der er i overensstemmelse med EU-retten, vedrørende lovligheden af indhold, applikationer eller tjenester. Forordningen har ikke til formål at regulere lovligheden af indhold, applikationer eller tjenester eller til formål at regulere de dertil knyttede procedurer, krav og garantier. Disse forhold forbliver således omfattet af EU-retten eller national ret, der er i overensstemmelse med EU-retten.

(7) For at kunne udøve deres rettigheder til at få adgang til og udbrede oplysninger og indhold, samt til at bruge og levere applikationer og tjenester efter eget valg, bør slutbrugerne frit kunne indgå aftaler med udbydere af internetadgangstjenester om tariffer for nærmere bestemte datamængder og -hastigheder for internetadgangstjenesten. Sådanne aftaler og enhver handelspraksis fra udbydere af internetadgangstjenester bør ikke begrænse udøvelsen af disse rettigheder og dermed omgå bestemmelser i denne forordning, der beskytter adgang til det åbne internet. De nationale tilsynsmyndigheder og andre kompetente myndigheder bør have beføjelse til at gribe ind over for aftaler eller handelspraksis, der på grund af deres omfang fører til situationer, hvor slutbrugernes valg er væsentligt reduceret i praksis. Med henblik herpå bør der ved vurderingen af aftaler og handelspraksis bl.a. tages hensyn til de respektive markedsstillinger for disse udbydere af internetadgangstjenester og for de udbydere af indhold, applikationer og tjenester, der er involveret. Nationale tilsynsmyndigheder og andre kompetente myndigheder bør være forpligtet til, som led i deres overvågning og håndhævelse, at gribe ind, når aftaler eller handelspraksis ville føre til underminering af substansen i slutbrugernes rettigheder.

- (8) Ved levering af internetadgangstjenester bør udbydere af disse tjenester behandle al trafik lige uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding, uafhængigt af dens afsender eller modtager, indhold, applikation eller tjeneste eller terminaludstyr. Ifølge generelle principper i EU-retten og fast retspraksis bør sammenlignelige situationer ikke behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet.
- (9) Formålet med rimelig trafikstyring er at bidrage til effektiv udnyttelse af netværksressourcer og optimering af den samlede transmissionskvalitet og således opfylde de objektivt forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet for bestemte kategorier af trafik og dermed for transmitteret indhold og transmitterede applikationer og tjenester. Rimelige trafikstyringsforanstaltninger, der anvendes af udbydere af internetadgangstjenester, bør være gennemsigtige, ikkediskriminerende og forholdsmæssige og bør ikke være baseret på kommercielle overvejelser. Kravet om, at trafikstyringsforanstaltninger ikke må være diskriminerende, er ikke til hinder for, at udbydere af internetadgangstjenester for at optimere den samlede transmissionskvalitet kan gennemføre trafikstyringsforanstaltninger, der skelner mellem objektivt forskellige kategorier af trafik. En sådan differentiering bør for at optimere den samlede kvalitet og brugeroplevelse kun være tilladt på grundlag af objektivt forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet (f.eks. med hensyn til reaktionstid, jitter, pakkeab og båndbredde) for de bestemte kategorier af trafik, og ikke på grundlag af kommercielle overvejelser. En sådan differentiering af foranstaltninger bør stå i rimeligt forhold til formålet, som er at optimere den samlede kvalitet, og bør behandle ækvivalent trafik ens. Sådanne foranstaltninger bør ikke opretholdes længere end nødvendigt.

[...]

- (11) En eventuel trafikstyringspraksis, som er mere vidtgående end sådanne rimelige trafikstyringsforanstaltninger ved at blokere, bremse, ændre, begrænse, forstyrre, nedgradere eller diskriminere et bestemt indhold eller bestemte applikationer eller tjenester eller bestemte kategorier af indhold, applikationer eller tjenester, bør forbydes, uden at dette berører begrundede og afgrænsede undtagelser, der er fastsat i denne forordning. Disse undtagelser bør underlægges streng fortolkning og proportionalitetskrav. Et bestemt indhold og bestemte applikationer og tjenester samt bestemte kategorier heraf bør beskyttes på grund af den negative påvirkning, som blokering eller andre restriktive foranstaltninger, der ikke falder ind under de begrundede undtagelser, kan have på slutbrugernes valg og på innovation. Reglerne om ikke at ændre indhold, applikationer eller tjenester refererer til en ændring af indholdet af meddelelsen, men indebærer ikke noget forbud mod ikkediskriminerende datakompressionsteknikker, der mindsker størrelsen af en datafil uden nogen ændring af indholdet. En sådan kompression gør det muligt at udnytte knappe ressourcer mere effektivt og tilgodeser slutbrugernes interesser ved at mindske datamængder, øge hastigheden og give en bedre oplevelse af anvendelsen af det pågældende indhold eller de pågældende applikationer eller tjenester.»

5. Artikel 1 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde«, stk. 1, er affattet således:

»Ved denne forordning fastsættes fælles regler for at sikre lige og ikkediskriminerende behandling af trafikken ved levering af internetadgangstjenester og slutbruges hertil hørende rettigheder.«

6. Artikel 2 med overskriften »Definitioner« bestemmer, at »[i] denne forordning gælder definitionerne i artikel 2 i direktiv 2002/21/EF^[5]«.

5 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33).

7. Artikel 3 med overskriften »Beskyttelse af adgang til det åbne internet« foreskriver:

»1. Slutbrugerne har ret til at have adgang til og udbrede oplysninger og indhold, bruge og levere applikationer og tjenester samt bruge terminaludstyr efter eget valg, uafhængigt af slutbrugerens eller udbyderens beliggenhed eller af oplysningernes, indholdets, applikationens eller tjenestens beliggenhed, oprindelse eller destination, via deres internetadgangstjeneste.

Dette stykke berører ikke EU-retten eller national ret, der er i overensstemmelse med EU-retten, vedrørende lovligheden af indhold, applikationer eller tjenester.

2. Aftaler mellem udbydere af internetadgangstjenester og slutbrugere om forretningsmæssige og tekniske betingelser og specifikationer for internetadgangstjenester såsom pris, datamængder eller hastighed og enhver handelspraksis, der følges af udbydere af internetadgangstjenester, må ikke begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder som fastsat i stk. 1.

3. Udbydere af internetadgangstjenester skal behandle al trafik ens, når de leverer internetadgangstjenester, uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding, og uafhængigt af afsender og modtager, tilgængeligheden eller udbredt indhold, anvendte eller leverede applikationer eller tjenester eller anvendt terminaludstyr.

Første afsnit er ikke til hinder for, at udbydere af internetadgangstjenester kan gennemføre rimelige trafikstyringsforanstaltninger. For at blive anset for at være rimelige skal sådanne foranstaltninger være gennemsigtige, ikkediskriminerende og forholdsmæssige og må ikke være baseret på kommercielle overvejelser, men på objektive forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet for bestemte kategorier af trafik. Sådanne foranstaltninger må ikke overvåge det konkrete indhold og må ikke opretholdes længere end nødvendigt.

Udbydere af internetadgangstjenester må ikke udføre trafikstyringsforanstaltninger, der er mere vidtgående end de foranstaltninger, der er fastsat i andet afsnit, og må navnlig ikke blokere, bremse, ændre, begrænse, forstyrre, nedgradere eller diskriminere et bestemt indhold eller bestemte applikationer eller tjenester eller bestemte kategorier heraf, undtagen i nødvendigt omfang og kun så længe, det er nødvendigt, for at:

- a) overholde EU-retsakter eller national lovgivning, der er i overensstemmelse med EU-retten, som udbyderen af internetadgangstjenester er underlagt, eller foranstaltninger, der er i overensstemmelse med EU-retten og gennemfører sådanne EU-retsakter eller sådan national lovgivning, herunder retskendelser eller afgørelser fra andre offentlige myndigheder med relevante beføjelser
- b) opretholde integriteten og sikkerheden i nettet af de tjenester, der udbydes via det pågældende net, og af slutbrugernes terminaludstyr
- c) forebygge truende overbelastning af nettet og afbøde virkningerne af ekstraordinære eller midlertidige overbelastninger af nettet, forudsat at ækvivalente kategorier af trafik behandles ens.

[...]

5. Udbydere af elektronisk kommunikation til offentligheden, herunder udbydere af internetadgangstjenester, og udbydere af indhold, applikationer og tjenester kan frit udbyde andre tjenester end internetadgangstjenester, der er optimeret for et bestemt indhold eller bestemte applikationer eller tjenester eller en kombination heraf, når optimeringen er nødvendig for at opfylde kravene om et bestemt kvalitetsniveau for dette indhold eller disse applikationer eller tjenester.

Udbydere af elektronisk kommunikation til offentligheden, herunder udbydere af internetadgangstjenester, må kun tilbyde eller formidle sådanne tjenester, såfremt der er tilstrækkelig netværkskapacitet til at levere dem i tillæg til de leverede internetadgangstjenester. Sådanne tjenester må ikke anvendes eller tilbydes som erstatning for internetadgangstjenester og må ikke være til skade for tilgængeligheden eller den generelle kvalitet af internetadgangstjenester for slutbrugere.«

8. Artikel 5 med overskriften »Tilsyn og håndhævelse«, stk. 1, første afsnit, bestemmer:

»De nationale tilsynsmyndigheder sikrer og overvåger nøje overholdelsen af artikel 3 og 4 og fremmer den fortsatte tilgængelighed af ikkediskriminerende internetadgangstjenester med kvalitetsniveauer, der afspejler de teknologiske fremskridt. Med henblik herpå kan de nationale tilsynsmyndigheder pålægge en eller flere udbydere af elektronisk kommunikation til offentligheden, herunder udbydere af internetadgangstjenester, krav vedrørende tekniske kendetegn, mindstekrav til tjenestekvalitet og andre passende og nødvendige foranstaltninger.«

B. Direktiv 2002/21

9. Artikel 2 indeholder følgende definitioner:

»h) »bruger«: en fysisk eller juridisk person, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste

i) »forbruger«: enhver fysisk person, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste til formål, der ikke har forbindelse med vedkommendes erhverv, forretning eller profession

[...]

n) »slutbruger«: bruger, der ikke udbyder offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester

[...]«

II. De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

A. Sag C-807/18

10. Telenor Magyarország Zrt. (herefter »Telenor«) er en af udbyderne af telekommunikationstjenester i Ungarn. Telenor tilbyder bl.a. tjenestepakken MyChat, hvorefter:

- Abonnementen har 1 GB data, som den pågældende mod betaling frit kan benytte sig af. Når denne datamængde er opbrugt, nedsættes internetadgangens hastighed markant⁶.
- Abonnementen har imidlertid altid ubegrænset adgang uden hastighedsbegrænsning til nogle af de førende applikationer fra sociale netværk eller beskedtjenester⁷, og denne datatrafik medregnes ikke med henblik på grænsen på 1 GB.

6 – Systemet nedsætter nærmere bestemt upload- og downloadhastigheden til højst 32 kbps.

7 – Facebook, Facebook Messenger, WhatsApp, Instagram, Twitter og Viber.

11. Når abonnenten har brugt 1 GB data, er der med MyChat-pakken således en begrænset adgang til den efterfølgende datatrafik i forbindelse med *ikkebegunstigede* applikationer med en meget lav hastighed, hvilket ikke gør sig gældende for de *begunstigede* applikationer (fra førnævnte sociale netværk).

12. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (den nationale medie- og kommunikationsmyndighed, Ungarn)⁸ var af den opfattelse, at MyChat-pakken kunne anses for at være en trafikstyringsforanstaltning i form af en handelspraksis, som giver abonnenterne en ubegrænset brug af ensartet kvalitet af særligt udvalgte applikationer, mens hastigheden for det øvrige internetindhold nedsættes.

13. Ifølge den nationale medie- og kommunikationsmyndighed er denne foranstaltning i strid med kravet om lige og ikkediskriminerende behandling, der følger af artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, og kan ikke støttes på nogen af de undtagelser, der er fastlagt i denne bestemmelse. Derfor pålagde myndigheden Telenor at fjerne den.

14. Telenor anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn).

B. Sag C-39/19

15. Telenor udbyder også den supplerende tjenestepakke MyMusic til forudbetalingskunder og abonnenter på månedsbasis. Denne pakke findes i tre versioner (Start, Nonstop og Deezer) og sikrer en mere fordelagtig datatrafik til modtagelse af musik- og radioindhold.

16. Afhængig af det beløb, der betales hver måned⁹, tilbyder Telenor abonnenter, der vælger disse tilbud, et begrænset dataforbrug (op til 500 Mb om måneden med MyMusic Start) eller et ubegrænset forbrug (med de to andre pakker), der kan anvendes til at benytte fire musikstreamingtjenester¹⁰ eller bestemte onlineradiostationer.

17. Den datatrafik, der genereres inden for rammerne af disse pakker, medregnes ikke med henblik på den datamængde, som abonnenterne har købt. Der er fortsat ubegrænset adgang til musikapplikationerne uden restriktion eller spærring af båndbredden, selv når abonnenterne har opbrugt den aftalte datamængde. Derimod genererer det øvrige internetindhold, som ikke er opregnet blandt de *begunstigede* applikationer, en datatrafik, der skal betales for, og har en begrænset tilgængelighed.

18. Den nationale medie- og kommunikationsmyndighed vedtog en afgørelse med hensyn til disse pakker, som lignede afgørelsen vedrørende MyChat-pakken (sag C-807/19). Telenor anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn).

19. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, som er identiske i de to sager:

»1) Skal en handelsaftale mellem en udbyder af internetadgangstjenester og en slutbruger, hvorefter udbyderen anvender en nultakst på slutbrugeren i forbindelse med bestemte applikationer (dvs. at den trafik, der genereres af en bestemt applikation, ikke medregnes med henblik på dataforbruget

8 – Den nationale medie- og kommunikationsmyndigheds oprindelige afgørelse blev bekræftet af Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (formanden for den nationale medie- og kommunikationsmyndighed).

9 – Taksten for MyMusic-pakkerne er betydelig lavere end taksten for pakkerne med 500 Mb data eller med ubegrænset data, som er tilgængelige med de samme abonnenter.

10 – Deezer, Apple Music, Tidal og Spotify.

og heller ikke nedsætter hastigheden, når den aftalte datamængde er brugt), og hvorefter denne udbyder udøver en forskelsbehandling i henhold til betingelserne i den handelsaftale, der er indgået med den endelige forbruger, som udelukkende vedrører den slutbruger, der er part i denne aftale, og ikke slutbrugere, der ikke er part heri, fortolkes i lyset af artikel 3, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2120 [...]?

- 2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, skal forordningens artikel 3, stk. 3, da fortolkes således, at det for at konstatere, at der foreligger en tilsidesættelse – ligeledes i betragtning af syvende betragtning til forordningen – er nødvendigt at foretage en vurdering på grundlag af indvirkningen og markedet med henblik på at afgøre, om de foranstaltninger, som udbyderen af internetadgangstjenester har truffet, reelt – og, i så fald, i hvilket omfang – begrænser de rettigheder, som slutbrugere er tillagt i henhold til forordningens artikel 3, stk. 1?
- 3) Skal forordningens artikel 3, stk. 3, uanset det første og det andet præjudicielle spørgsmål, fortolkes således, at det forbud, der er fastlagt i nævnte bestemmelse, er af generel og objektiv karakter^[11], således at dette forbyder enhver trafikstyringsforanstaltning, der indfører forskelle mellem bestemte former for internetindhold, uanset om udbyderen af internetadgangstjenester fastlægger disse forskelle gennem en aftale, en handelspraksis eller en anden form for adfærd?
- 4) Såfremt det tredje spørgsmål besvares bekræftende, kan det da også fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af forordningens artikel 3, stk. 3, alene på grundlag af den omstændighed, at der foreligger en forskelsbehandling, uden at det er nødvendigt herudover at foretage en vurdering af markedet og af indvirkningen, og at det derfor i så fald er unødvendigt at foretage en vurdering i henhold til forordningens artikel 3, stk. 1 og 2?»

III. Retsforhandlinger for Domstolen

20. De præjudicielle spørgsmål indgik til Domstolen den 20. december 2018 (sag C-807/18) og den 23. januar 2019 (sag C-39/19).

21. Telenor, den nationale medie- og kommunikationsmyndighed, den ungarske, den tyske, den østrigske, den tjekkiske, den slovenske, den finske, den nederlandske og den rumænske regering samt Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

22. Der blev afholdt et retsmøde den 14. januar 2020 med deltagelse af Telenor, den nationale medie- og kommunikationsmyndighed, den ungarske, den tyske, den nederlandske og den slovenske regering samt Kommissionen.

IV. Bedømmelse

A. Indledende betragtninger

23. De omtvistede takster i disse to præjudicielle forelæggelser giver kunder, som har valgt dem, adgang til bestemte applikationer, uden at den datatrafik, der genereres ved denne brug, modregnes i den aftalte datamængde, som kun modregner data fra brugen af andre applikationer.

11 – Spørgsmålet i sag C-39/19 indeholder adjektivet »ubetinget«.

24. »Nultaksten« medfører en nedsættelse af downloadhastigheden for tjenester og applikationer, der ikke er omfattet af tilbuddet, så snart den mængde data, der er købt til den almindelige takst, er opbrugt. Mens ophøret af de aftalte data hverken berører adgangen til de *begunstigede* applikationer eller deres brugshastighed, blokeres eller nedsættes hastigheden for de øvrige applikationer fra dette øjeblik.

25. Ifølge den nationale medie- og kommunikationsmyndighed udgør disse tilbud trafikstyringsforanstaltninger, der er i strid med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120. Den forelæggende ret, som er blevet anmodet om at foretage prøvelse af denne vurdering, har forelagt fire præjudicielle spørgsmål, som kan deles op i to grupper:

- på den ene side spørgsmålet om, hvilket stykke (2 eller 3) i artikel 3 i forordning 2015/2120 der skal danne grundlag for undersøgelsen af taksterne (det første og det andet præjudicielle spørgsmål)
- på den anden side, såfremt artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 finder anvendelse, spørgsmålet om, hvorvidt denne bestemmelse indebærer et forbud af ubetinget, generel og objektiv karakter (det tredje spørgsmål), og, såfremt dette er tilfældet, om det ikke er nødvendigt at foretage en vurdering af omstændighederne for at afgøre, om slutbrugernes rettigheder er blevet tilsidesat (det andet og det fjerde spørgsmål).

1. Formålene med forordning 2015/2120

26. For at behandle disse spørgsmål må der tages højde for formålene med forordning 2015/2120 og navnlig ses nærmere på opbygningen af dens artikel 3.

27. Forordning 2015/2120 har et dobbelt formål om dels at sikre adgang til det åbne internet, dels at beskytte slutbrugerne. Disse to formål har efter min opfattelse ikke den samme specifikke vægt i forordningens opbygning, idet det fremgår af dens bestemmelser, at førstnævnte (sikring af adgang til det åbne internet) har forrang.

28. Ifølge titlen på forordning 2015/2120 er dens hovedformål at indføre »foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet« og dernæst at ændre direktiv 2002/22 »om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«¹².

29. I samme retning peger første betragtning til og artikel 1, stk. 1, i forordning 2015/2120, hvorefter der ved forordningen »fastsættes fælles regler for at sikre lige og ikkediskriminerende behandling af trafikken ved levering af internetadgangstjenester og *slutbrugerens hertil hørende rettigheder*«¹³.

30. De øvrige artikler i forordning 2015/2120 bekræfter, at målet om at sikre adgangen til det åbne internet er det vigtigste¹⁴. Dette gør sig navnlig gældende i artikel 3, hvis fortolkning den præjudicielle forelæggelse omhandler, og som ifølge dens sigende titel vedrører »[b]eskyttelse af adgang til det åbne internet«. Denne adgang nævnes også i andre af forordningens bestemmelser¹⁵.

12 – Det tredje formål med forordning 2015/2120, som ikke er relevant her, er at ændre Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 531/2012 af 13.6.2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen (EUT 2012, L 172, s. 10).

13 – Min fremhævelse. Dette led *nuancerer* så at sige slutbrugernes rettigheder, som nævnes i *forbindelse* med sikringen af behandlingen af trafik ved levering af internetadgangstjenester.

14 – Adgangen til det åbne internet har i sidste ende blot til formål at sikre, »at internetøkosystemet fortsat kan fungere som en drivkraft for innovation« (første betragtning), hvilket skal sikres ved, at det forbliver »en åben platform for innovation« (tredje betragtning). Alt dette er til gavn for den almene interesse og dermed, *indirekte*, for en lang række individuelle rettigheder, heriblandt retten til information og ytringsfrihed. De rettigheder, som forordning 2015/2120 anerkender slutbrugerne *direkte*, er rettigheder, som er snævert forbundet med adgangen til det åbne internet, og vedrører dermed typerne af og betingelserne for denne adgang.

15 – Artikel 4 i forordning 2015/2120 omhandler »gennemsigtighedsforanstaltninger for at sikre adgang til det åbne internet«. Artikel 5 og 6 vedrører henholdsvis »tilsyn og håndhævelse« og »sanktioner« med hensyn til opfyldelsen af artikel 3, 4 og 5.

2. Slutbrugernes rettigheder

31. Under denne overskrift opregner artikel 3, stk. 1, de såkaldte »slutbrugeres« rettigheder. For at identificere, hvem disse »slutbrugere« er, må der i henhold til den udtrykkelige henvisning i artikel 2 i forordning 2015/2120 henvises til »definitionerne i artikel 2 i direktiv 2002/21[...]«.

32. Artikel 2, litra n), i direktiv 2002/21 definerer en »slutbruger« som en »bruger, der ikke udbyder offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester«.

33. En »slutbruger« er således ikke alene en »bruger« [som i artikel 2, litra h), i direktiv 2002/21 defineres som »en fysisk eller juridisk person, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste«] eller en »forbruger« [som artikel 2, litra i), i samme direktiv definerer som »enhver fysisk person, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste til formål, der ikke har forbindelse med vedkommendes erhverv, forretning eller profession«], men derimod, nærmere bestemt, såvel en forbruger, som har adgang til internettet, som en udbyder af indhold og applikationer.

34. Selv om terminologien kan forekomme tvetydig¹⁶, anses en person, der tilslutter sig internettet ved hjælp af sine faste eller mobile enheder, og en aktør, der udbyder indhold og applikationer, for »slutbrugere« i henhold til direktiv 2002/21 (og, afledt heraf, i henhold til forordning 2015/2120), eftersom de på samme måde *har adgang* til internettet – enten for at indhente information eller indhold, der leveres af bestemte udbydere, eller, i sidstnævntes tilfælde, for at deres applikationer, tjenester og indhold bliver tilgængelige for offentligheden.

35. Slutbrugernes rettigheder, som er fastlagt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, i forordning 2015/2120, er:

- retten til at have adgang til og udbrede oplysninger og indhold, der er tilgængelige på nettet
- retten til at bruge og levere applikationer og tjenester
- retten til at bruge terminaludstyr efter eget valg.

36. Disse rettigheder finder anvendelse »uafhængigt af slutbrugerens eller udbyderens beliggenhed eller af oplysningernes, indholdets, applikationens eller tjenestens beliggenhed, oprindelse eller destination, via deres internetadgangstjeneste«¹⁷. Desuden berører artikel 3, stk. 1, andet afsnit, »ikke EU-retten eller national ret, der er i overensstemmelse med EU-retten, vedrørende lovligheden af indhold, applikationer eller tjenester«.

37. Sammenfattende sikrer rettighederne i stk. 1 adgang til det åbne internet, for så vidt som slutbrugerne kan *få adgang* til alt indhold og alle applikationer og tjenester samt *levere og udbrede* disse uden begrænsninger, idet det forudsættes, at de er lovlige.

3. Artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120

38. Den forelæggende rets tvivl vedrører artikel 3, stk. 2 og 3, i forordning 2015/2120.

16 – Betegnelsen »slutbruger« er ikke så heldig, for så vidt som den ikke identificerer udbyderne som subjekter, der er omfattet af den kategori, som afgrænses ved dette udtryk. Den tyske, den østrigske, den tjekkiske og den slovenske regering har anført, at udbyderne *af indhold* også er »slutbrugere« i henhold til forordning 2015/2120. Kommissionen bekræftede dette i retsmødet med henvisning til det relevante afsnit i Retningslinjerne for de nationale tilsynsmyndigheders gennemførelse af reglerne om netneutralitet (BoR (16) 127), som er godkendt af Sammenslutningen af Europæiske Tilsynsmyndigheder inden for Elektronisk Kommunikation (BEREC).

17 – Bestemmelsen nævner »slutbrugere« og »udbydere« særskilt. Dette er efter min opfattelse en fejl, henset til definitionen af førstnævnte begreb i artikel 2, litra n), i direktiv 2002/21. Forordning 2015/2120's lovgiver forekommer at være havnet i den begrebsmæssige uklarhed vedrørende udtrykket »slutbruger«, som jeg nævnte i den foregående fodnote.

39. Stk. 2 indfører en specifik garanti for rettighederne i stk. 1, eftersom dets genstand som nævnt er beskyttelsen af internettets åbne karakter. I denne forbindelse fremgår det af stk. 2, at udøvelsen af disse rettigheder ikke må begrænses: a) af aftaler mellem udbydere af internetadgangstjenester og slutbrugere om »forretningsmæssige og tekniske betingelser og specifikationer for internetadgangstjenester« og b) af »enhver handelspraksis, der følges af udbydere af internetadgangstjenester«.

40. Forskellen mellem »aftaler« og »handelspraksis« drejer sig efter min opfattelse om den udtrykkelige eller stiltiende karakter af slutbrugernes samtykke til de forretningsmæssige og tekniske betingelser og specifikationer for internetadgangstjenester:

- For så vidt angår *aftalerne* har slutbrugeren udtrykkeligt givet samtykke til disse betingelser, idet den pågældende har indgået aftale herom med udbyderen.
- For så vidt angår *handelspraksis* følger samtykket af den anden parts stiltiende accept af de betingelser, som udbyderne ensidigt har fastsat¹⁸.

41. Artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 præciserer under alle omstændigheder, hvilke »forretningsmæssige og tekniske betingelser og specifikationer [...] for internetadgangstjenester« der ikke må begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder som fastsat i stk. 1: betingelser vedrørende »pris, datamængder eller hastighed«. Jeg er af den opfattelse, at denne opregning ikke er udtømmende, men for så vidt som det er relevant her, er disse tre elementer de vigtigste.

4. Artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120

42. Eftersom artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 indfører en specifik garanti for rettighederne i stk. 1, som dermed har til formål at beskytte *internettets åbne karakter*, pålægger stk. 3 udbyderne af internetadgangstjenester en pligt til at styre trafikken på nettet, som har til formål at sikre en *lige og ikkediskriminerende behandling af internettrafikken*¹⁹.

43. Artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 bestemmer, at udbydere af internetadgangstjenester, når de leverer disse tjenester, »skal behandle al trafik ens [...] uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding, og uafhængigt af afsender og modtager, tilgængeligheden eller udbredt indhold, anvendte eller leverede applikationer eller tjenester eller anvendt terminaludstyr«²⁰.

18 – Selv om den begrebsmæssige afgrænsning af »aftaler« og »praksis« ikke er afgørende i dette tilfælde, bør det fremhæves, at BEREC i punkt 33 (fodnote 10) i Retningslinjerne for de nationale tilsynsmyndigheders gennemførelse af reglerne om netneutralitet (BoR (16) 127) på trods af de åbenlyse forskelle nævner muligheden for at anvende definitionen af »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT 2005, L 149, s. 22). Den ensidige karakter er et af de afgørende elementer i begrebet: »en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne«.

19 – For at undgå forvirring, og selv om mange af parterne i disse procedurer anvender begrebet »neutralitet« (se fodnote 3 i dette forslag til afgørelse), vil jeg undgå det og udelukkende benytte formuleringen »princippet om ligebehandling« eller tilsvarende. Med hensyn til debatten i faglitteraturen om internettets neutralitet henvises til Margarita Robles Carrillo: »El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: Alcance y contenido«, i *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63 (2019), s. 449-488.

20 – Henvielsen til »anvendt terminaludstyr« formaliserer princippet om »teknologineutralitet«, som er nævnt i anden betragtning til forordningen. Resten af bestemmelsen fastsætter en generel pligt til at undgå forskelsbehandling. Dette bekræftes af ottende betragtning til forordningen, som efter at have gengivet ordlyden af artikel 3, stk. 3, i det væsentlige tilføjer, at »[i]følge generelle principper i EU-retten og fast retspraksis bør sammenlignelige situationer ikke behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet«.

44. Der er imidlertid ikke tale om en absolut pligt. Stk. 3 tillader, at udbydere af internetadgangstjenester »kan gennemføre rimelige trafikstyringsforanstaltninger«. Disse foranstaltninger »skal [...] være gennemsigtige, ikkediskriminerende og forholdsmæssige og må ikke være baseret på kommercielle overvejelser, men på objektive forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet for bestemte kategorier af trafik« og »må ikke overvåge det konkrete indhold og må ikke opretholdes længere end nødvendigt«.

45. Der tillades således en *differentieret* behandling (men ikke en forskelsbehandling) af trafikken, når dette kræves af hensyn til en teknisk effektiv trafikstyring.

46. Den hårfine balance mellem pligten til at yde den samme behandling af enhver form for adgang til internettet på den ene side og en effektiv styring af denne trafik på den anden side udmønter sig i opregningen af adfærd, som enten er tilladt eller forbudt, i artikel 3, stk. 3, tredje afsnit, i forordning 2015/2120.

47. Denne bestemmelse fastsætter følgende:

- Udbydere af internetadgangstjenester må ikke udføre trafikstyringsforanstaltninger, der er mere vidtgående end de foranstaltninger, der er fastsat i andet afsnit, idet det tilføjes, at de »navnlig ikke [må] blokere, bremse, ændre, begrænse, forstyrre, nedgradere eller diskriminere et bestemt indhold eller bestemte applikationer eller tjenester eller bestemte kategorier heraf [...]«.
- Dette forbud finder anvendelse »undtagen i nødvendigt omfang og kun så længe, det er nødvendigt« med henblik på bestemte formål, heriblandt, for så vidt som det er relevant i denne sag, at »[...] opretholde integriteten og sikkerheden i nettet af de tjenester, der udbydes via det pågældende net, og af slutbrugernes terminaludstyr[, samt at] forebygge truende overbelastning af nettet og afbøde virkningerne af ekstraordinære eller midlertidige overbelastninger af nettet, forudsat at ækvivalente kategorier af trafik behandles ens«²¹.

48. Selv om den finske regering har anført, at bestemmelserne i artikel 3, stk. 3, udgør en »selvstændig helhed« i forhold til bestemmelserne i samme artikels stk. 1 og 2²², tilslutter jeg mig snarere den ungarske regerings og Kommissionen opfattelse, hvorefter stk. 3, ligesom stk. 2, har til formål at garantere de i stk. 1 anerkendte rettigheder²³.

49. At sikre en lige og ikkediskriminerende styring af internettrafikken er en nødvendig forudsætning for, at nettet reelt er åbent for slutbrugerne. Denne *åbenhed* forudsætter en mulighed for at få adgang til tilgængeligt indhold, applikationer og tjenester samt at levere og udbrede disse uden begrænsninger på grundlag af de elementer, der er nævnt i artikel 3, stk. 1: »slutbrugerens eller udbyderens beliggenhed [og] [...] oplysningernes, indholdets, applikationens eller tjenestens beliggenhed, oprindelse eller destination« via internettet.

21 – Ud over disse betingelser findes der andre, som ikke er relevante her. Artikel 3, stk. 4, i forordning 2015/2120 bestemmer, at foranstaltninger, der medfører behandling af personoplysninger, kun er tilladt, hvis behandlingen er nødvendig og forholdsmæssig for at nå målene i stk. 3 og er i overensstemmelse med EU's databeskyttelseslovgivning. I henhold til artikel 3, stk. 5, er det tilladt at udbyde optimerede internetadgangstjenester bl.a. på betingelse af, at de ikke er »til skade for tilgængeligheden eller den generelle kvalitet af internetadgangstjenester for slutbrugere«.

22 – Punkt 15 i den finske regerings skriftlige indlæg.

23 – Den østrigske regering har i samme retning anført, at en overtrædelse af artikel 3, stk. 3, indebærer en krænkelse af rettighederne i samme artikels stk. 1, og har således afvist, at disse stykker er selvstændige.

50. Artikel 3, stk. 2 og 3, i forordning 2015/2120 fastsætter således forskellige garantier for de rettigheder, der anerkendes i samme artikels stk. 1²⁴.

51. På denne baggrund vil jeg behandle den forelæggende rets spørgsmål.

B. Spørgsmålet om, hvilken bestemmelse der skal anvendes til at bedømme, om den omtvistede takst er lovlig (det første og det andet præjudicielle spørgsmål)

52. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om de afgørelser, som den skal foretage prøvelse af, skal undersøges i lyset af artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 (det første spørgsmål), eller om samme artikels stk. 3 derimod finder anvendelse på sagen (det andet spørgsmål).

53. Ifølge den forelæggende ret foreligger der en »handelsaftale mellem en udbyder af internetadgangstjenester [Telenor] og en slutbruger, hvorefter [Telenor] anvender en nultakst på slutbrugeren i forbindelse med bestemte applikationer (dvs. at den trafik, der genereres af en bestemt applikation, ikke medregnes med henblik på dataforbruget og heller ikke nedsætter hastigheden, når den aftalte datamængde er brugt), og hvorefter [Telenor] udøver en forskelsbehandling i henhold til betingelserne i den handelsaftale, der er indgået med [slutbrugeren], som udelukkende vedrører den slutbruger, der er part i denne aftale, og ikke slutbrugere, der ikke er part heri«²⁵.

54. Således som den tyske regering har fremhævet, anvender udbyderen af internetadgangstjenesterne en trafikstyringsforanstaltning i henhold til denne aftale. Det fremgår netop af forelæggelsesafgørelserne, at Telenor ikke har benægtet, at der foretages en differentieret trafikstyring, alt efter om der er tale om de udvalgte applikationer eller andet internetindhold. Denne styring består navnlig af en nedsættelse af hastigheden for adgangen til sidstnævnte indhold.

55. Hvis det forholder sig sådan, udsættes udbydere af ikkeudvalgte applikationer, som er »slutbrugere«, for en forskelsbehandling i forhold til udbydere af applikationer, som begunstiges af handelsaftalen. Det er netop førstnævnte, som på den mest direkte måde skades af aftalen. Det er korrekt, at abonnenter, der indgår aftalen og dermed også er »slutbrugere«, ikke udsættes for denne direkte forskelsbehandling. Dette betyder imidlertid ikke, at de ikke indirekte berøres af konsekvenserne af den behandling, som de ikkebegunstigede udbydere udsættes for, eftersom deres muligheder for adgang til indhold, der er tilgængeligt på internettet, som er garanteret ved den i artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120 anerkendte rettighed, forringes.

56. Denne foranstaltning til nedsættelse af transmissionshastigheden, som objektivt og let kan fastslås, falder efter min opfattelse naturligt ind under artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, som nævner »bremsning« som en af de former for trafikstyringsforanstaltning, som i princippet er forbudt (bortset fra i undtagelsestilfælde, som efterfølgende præciseres af lovgiver)²⁶.

24 – Som det blev drøftet i retsmødet, er der en vis parallelitet mellem begge stykker i artikel 3 og artikel 4, stk. 1. Sidstnævnte, som præciserer de oplysninger, der skal fremgå af enhver kontrakt, der omfatter internetadgangstjenester, henviser til påvirkningen i praksis af såvel eventuelle trafikstyringsforanstaltninger (som er nævnt i artikel 3, stk. 3) som tjenestekvalitetsparametre, som parterne har aftalt (de aftalevilkår, som er omhandlet i artikel 3, stk. 2). I de to tilfælde forsøges det således at oplyse om de garantier, hvormed de to stykker i artikel 3 forsøger at beskytte de rettigheder, der er anerkendt i samme artikels stk. 1.

25 – Som nævnt (punkt 36) er en forbruger ifølge forordning 2015/2120 en af slutbrugerne, hvilken kategori også omfatter udbyderne af indhold og applikationer. Dermed må det forstås således, at den aftale, der er genstand for sagen, »udøver en forskelsbehandling i henhold til betingelserne i den handelsaftale, der er indgået med forbrugeren, som udelukkende vedrører denne forbruger«. De aftalte betingelser (heriblandt de trafikstyringsforanstaltninger, som nedsætter hastigheden for adgangen til bestemte applikationer) finder med andre ord kun anvendelse på forbrugere, der har indgået aftalen. Dermed bremses trafikken for alle de tilgængelige applikationer på internettet hverken generelt eller for alle slutbrugere, men kun trafikken mellem den slutbruger (abonnenten), som har indgået aftalen, og den slutbruger (udbyderen), som leverer de udelukkede applikationer.

26 – I denne retning henvises til BEREC's retningslinjer, idet parterne i retsmødet anerkendte deres generelle fortolkningsmæssige værdi, som dog ikke er bindende.

57. Der er indgået aftale om bremsning af adgangen til applikationer og indhold, som ikke er *begunstiget* i aftalen mellem Telenor og abonnenterne. Der bør således henvises til artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, som forbyder *aftaler* »om forretningsmæssige og *tekniske* betingelser«²⁷.

58. Dermed opstår spørgsmålet om, hvilket af de to stykker i artikel 3 der skal anvendes, når en trafikbremsningsforanstaltning er blevet indsat i en aftale mellem en udbyder af internetadgangstjenester og dennes abonnenter, således som det er tilfældet her.

59. Spørgsmålet er reelt ikke relevant med hensyn til de endelige virkninger: Uanset hvilket stykke der finder anvendelse, er følgevirkningen den samme (dvs. at den omtvistede foranstaltning er ulovlig, hvilket den aftale, hvorved foranstaltningen er blevet indført, dermed også er). Det kan imidlertid anvendes til at præcisere, hvilken faktiske omstændighed der ligger til grund for den ulovlige karakter:

- Anvendes artikel 3, stk. 2, skal de kompetente myndigheder i overensstemmelse med syvende betragtning til forordning 2015/2120 tage hensyn til aftalens »omfang« og »bl.a. [...] til de respektive markedsstillinger for [...] udbydere af internetadgangstjenester og for de udbydere af indhold, applikationer og tjenester, der er involveret«, og gribe ind, når aftalen kan »føre til underminering af substansen« i retten til adgang til det åbne internet²⁸.
- Anvendes artikel 3, stk. 3, derimod, udelukkes enhver form for afvejning af omstændighederne, eftersom pligten til ligebehandling gør sig gældende »uafhængigt af [trafikkens] afsender eller modtager, indhold, applikation eller tjeneste eller terminaludstyr«²⁹.

60. I denne forbindelse er jeg enig med den nederlandske regering i, at artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 bør gives forrang.

61. Eftersom en lige og ikkediskriminerende behandling er en forudgående og nødvendig forudsætning for adgangen til det åbne internet³⁰, kan det kun, når denne adgang er sikret *teknisk*, undgås, at den begrænses på anden vis, enten gennem en aftale eller i medfør af handelspraksis³¹.

62. Jeg er derfor af den opfattelse, at artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 fastlægger en generel bestemmelse, i henhold til hvilken alle aftaler og al handelspraksis bør undersøges på forhånd. Så snart de trafikstyringsforanstaltninger, som ikke er i overensstemmelse med betingelserne i denne artikels stk. 3, er udelukket, er det, hvis det er relevant, muligt at undersøge, om disse aftaler og denne praksis er lovlige set i lyset af stk. 2. Det er underforstået, at det, således som den rumænske regering har anført, ikke er muligt at indføre en undtagelse til forbuddet mod forskelsbehandling i stk. 3 i henhold til en aftale.

63. Afgrænsningen mellem stk. 2 og 3 i artikel 3 i forordning 2015/2120 vedrører ikke sontringen mellem aftaler (stk. 2) på den ene side og ensidige foranstaltninger (stk. 3) på den anden side, således som Telenor har anført. Den vedrører heller ikke forskellen mellem forretningsmæssige betingelser (stk. 2) og tekniske betingelser (stk. 3), idet stk. 2 nævner begge former for betingelser.

27 – Min fremhævelse.

28 – I retsmødet drøftedes den eventuelle indvirkning af sontringen i syvende betragtning mellem de tilfælde, hvor nationale tilsynsmyndigheder »*bør have beføjelse* til at gribe ind over for aftaler eller handelspraksis«, og de tilfælde, hvor disse myndigheder »*bør være forpligtet* til [...] at gribe ind«. I det første tilfælde drejer det sig efter min opfattelse om, at den nationale ret *tillader* disse myndigheder *at gribe ind* mod aftaler eller handelspraksis. I det andet tilfælde *skal* de tilsynsmyndigheder, som har beføjelse hertil, *gribe ind*, når de fastslår, at der foreligger aftaler eller praksis, der er i strid med forordning 2015/2120.

29 – Ottende betragtning til forordning 2015/2120.

30 – Jf. punkt 50.

31 – Jf. punkt 28 i den nederlandske regerings skriftlige indlæg.

64. Den relevante sondring foretages efter min opfattelse mellem direkte krænkelse af slutbrugernes rettigheder som fastsat i stk. 1 på den ene side og indirekte krænkelse af disse rettigheder ved hjælp af diskriminerende trafikstyringsforanstaltninger på den anden side:

- I sidstnævnte tilfælde er den diskriminerende trafikstyringsforanstaltning ulovlig, fordi den tilsidesætter stk. 3, idet pligten til ligebehandling, som er påkrævet med henblik på udøvelsen af rettighederne i stk. 1, herved er blevet tilsidesat.
- I førstnævnte tilfælde, hvor pligten i stk. 3 overholdes, kan disse rettigheder imidlertid være blevet krænket, hvis forbrugeren på trods af en lige trafikstyring på en eller anden måde tilskyndes til hovedsageligt eller udelukkende at benytte bestemte applikationer³².

C. Karakteren af forbuddet i artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 (det andet, det tredje og det fjerde spørgsmål)

65. Med ovenstående argumenter er den forelæggende rets spørgsmål med hensyn til forbuddet i artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 i det væsentlige blevet besvaret.

66. Jeg er af den opfattelse, at dette forbud er af generel, ubetinget og objektiv karakter, idet enhver trafikstyringsforanstaltning, som ikke er rimelig (som omhandlet i stk. 3) og ikke bidrager til en lige og ikkediskriminerende behandling af denne trafik, forbydes.

67. Jeg er enig med Kommissionen i, at det, når der er fastslået en overtrædelse af artikel 3, stk. 3, ikke er nødvendigt at afgøre, om der desuden er sket en tilsidesættelse af samme artikels stk. 2 (hvilket ville indebære en vurdering af markedsforholdene og af den omtvistede foranstaltnings indvirkning), med forbehold for, at andet kan følge af medlemsstaternes procesret.

V. Forslag til afgørelse

68. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn) forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2120 af 25. november 2015 om foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet og om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og forordning (EU) nr. 531/2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen skal fortolkes således, at:

En handelsaftale mellem en udbyder af internetadgangstjenester og en abonnent, hvorefter der anvendes en nultakst i forbindelse med bestemte applikationer, og hastigheden for adgang til andre applikationer nedsættes, når den aftalte datamængde er opbrugt, udgør en trafikstyringsforanstaltning, der tilsidesætter pligten til en lige og ikkediskriminerende behandling i artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, medmindre den kan henføres under de i nævnte bestemmelse fastsatte undtagelser, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

32 – Kommissionen har henvist til en situation med tilbud om nultakst kombineret med en meget lav grænse for trafik i forhold til den datatrafik, der er nødvendig for en gennemsnitlig brug af internetindhold, hvilket tilskynder forbrugeren til udelukkende at benytte det indhold, der er omfattet af nultaksten (punkt 51 i Kommissionens skriftlige indlæg). Eftersom den omtvistede aftale som nævnt indebærer en teknisk trafikstyringsforanstaltning, der er i strid med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, som er tilstrækkelig til, at den betegnes som ulovlig, er enhver anden betragtning med hensyn til en eventuel tilsidesættelse af samme artikels stk. 2 under alle omstændigheder hypotetisk og dermed overflødig med henblik på den forelæggende rets afgørelse.

Når denne overtrædelse er fastslået, er det hverken nødvendigt at afgøre, om der også er sket en tilsidesættelse af artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, eller at foretage en vurdering af markedsforholdene og af foranstaltningens indvirkning.«