



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

15. september 2020*

»Præjudiciel forelæggelse – elektronisk kommunikation – forordning (EU) 2015/2120 – artikel 3 – adgang til det åbne internet – artikel 3, stk. 1 – slutbrugernes rettigheder – retten til adgang til applikationer og tjenester og til at benytte disse – retten til at levere applikationer og tjenester – artikel 3, stk. 2 – forbud mod aftaler og handelspraksis, der begrænser udøvelsen af slutbrugernes rettigheder – begreberne »aftaler«, »handelspraksis«, »slutbrugere« og »forbrugere« – vurdering af, om der foreligger en begrænsning i udøvelsen af slutbrugernes rettigheder – nærmere fremgangsmåde – artikel 3, stk. 3 – pligt til lige og ikkediskriminerende behandling af trafikken – mulighed for at gennemføre rimelige trafikstyringsforanstaltninger – forbud mod foranstaltninger til blokering og bremsning af trafikken – undtagelser – handelspraksis bestående i at tilbyde pakker, hvori det er fastsat, at de kunder, der tegner abonnement på disse, køber et pakketilbud, der giver dem ret til uden begrænsninger at bruge en bestemt datamængde, uden at der sker fradrag for brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«, og at de, når denne datamængde er opbrugt, kan fortsætte med at bruge disse specifikke applikationer og tjenester uden begrænsninger, mens der anvendes foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige applikationer og tjenester«

I de forenede sager C-807/18 og C-39/19,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn) ved afgørelser af 11 september 2018, indgået til Domstolen henholdsvis den 20. december 2018 og den 23. januar 2019, i sagerne

Telenor Magyarország Zrt.

mod

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, S. Rodin og I. Jarukaitis samt dommerne E. Juhász, M. Ilešić, J. Malenovský (refererende dommer), L. Bay Larsen, F. Biltgen, A. Kumin, N. Jääskinen og N. Wahl,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig I. Illéssy,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. december 2019,

* Processprog: ungarsk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- Telenor Magyarország Zrt. ved A. Losonci og P. Galambos, bistået af ügyvéd M. Orbán,
- Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke ved I. Kun, som befuldmægtiget,
- den ungarske regering først ved M.Z. Fehér og Zs. Wagner, derefter ved M.Z. Fehér, som befuldmægtigede,
- den tjekkiske regering ved M. Smolek, J. Vlácil og A. Brabcová, som befuldmægtigede,
- den tyske regering ved J. Möller og D. Klebs, som befuldmægtigede,
- den nederlandske regering ved M.K. Bulterman og M.J. Langer, som befuldmægtigede,
- den østrigske regering først ved G. Hesse og J. Schmoll, derefter ved J. Schmoll, som befuldmægtigede,
- den rumænske regering først ved C.-R. Cantăr, E. Gane, R.I. Hațieganu og A. Wellman, derefter ved E. Gane, R.I. Hațieganu og A. Wellman, som befuldmægtigede,
- den slovenske regering ved N. Pintar Gosenca og A. Dežman Mušič, som befuldmægtigede,
- den finske regering ved M. Pere, som befuldmægtiget,
- Europa-Kommissionen ved G. Braun, L. Havas og L. Nicolae, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 4. marts 2020,
afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af 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 (EUT 2015, L 310, s. 1, berigtiget i EUT 2016, L 27, s. 14).
- 2 Disse anmodninger er blevet indgivet i forbindelse med to tvister mellem Telenor Magyarország Zrt. (herefter »Telenor«) og Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (formanden for den nationale medie- og kommunikationsmyndighed i Ungarn) vedrørende to afgørelser, hvorved denne myndighed har pålagt dette selskab at bringe visse af sine internetadgangstjenester til ophør.

Retsforskrifter

Forordning 2015/2120

3 1., 3., 6.-9. og 11. betragtning til forordning 2015/2120 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. [...]

[...]

(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 [...]

(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 [...]

(9) Formålet med rimelig trafikstyring er at bidrage til effektiv udnyttelse af netværksressourcer og optimering af den samlede transmissionskvalitet og således opfylde de objektive 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 [...]

[...]

(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 [...]

- 4 Artikel 1 i forordning 2015/2120, der har overskriften »Genstand og anvendelsesområde«, indeholder et stk. 1 med følgende ordlyd:

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

- 5 I henhold til denne forordnings artikel 2 gælder definitionerne i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33) ligeledes i denne forordning.

- 6 Den nævnte forordnings artikel 3, der har overskriften »Beskyttelse af adgang til det åbne internet«, fastsætter i stk. 1-3 følgende:

»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.

[...]

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.«
- 7 Samme forordnings artikel 5, der har overskriften »Tilsyn og håndhævelse«, bestemmer i stk. 1, første afsnit, følgende:

»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.«

Direktiv 2002/21

- 8 Artikel 2 i direktiv 2002/21 indeholder bl.a. 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

[...]«

Twisterne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 9 Telenor, der har hjemsted i Ungarn, er en større aktør inden for informations- og kommunikationsteknologisektoren. Selskabet leverer bl.a. internetadgangstjenester. Blandt de tjenester, der tilbydes selskabets potentielle kunder, indgår to pakker benævnt henholdsvis »MyChat« og »MyMusic«.

- 10 »MyChat« er en pakke, der for det første giver de kunder, der tegner abonnement på denne, mulighed for at købe en datamængde på 1 gigabit og at bruge denne datamængde uden begrænsninger, indtil den er opbrugt, ved at have fri adgang til de tilgængelige applikationer og tjenester, uden at der sker fradrag i denne datamængde for brugen af seks specifikke applikationer til onlinekommunikation, nemlig Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber og Whatsapp, som er omfattet af en takst benævnt »nultakst«. For det andet er det i denne pakke fastsat, at når den nævnte datamængde er opbrugt, kan de abonnerende kunder fortsætte med uden begrænsninger at bruge disse seks specifikke applikationer, hvorimod der anvendes foranstaltninger til bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester.
- 11 »MyMusic« er en pakke, som er opdelt i tre forskellige pakketilbud benævnt henholdsvis »MyMusic Start«, »MyMusic Nonstop« og »MyMusic Deezer«, som er tilgængelige for de kunder, der allerede benytter sig af et eksisterende pakketilbud med internetadgangstjenester, og som gør det muligt for abonnenterne for det første at lytte til musik online ved bl.a. at bruge fire musikoverførselsapplikationer, nemlig Apple Music, Deezer, Spotify og Tidal, samt seks radiotjenester, uden at brugen af disse applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«, fradrages i den datamængde, der er indeholdt i det købte pakketilbud. For det andet er det i denne pakke fastsat, at når denne datamængde er opbrugt, kan de abonnerende kunder fortsætte med uden begrænsninger at bruge disse specifikke applikationer og tjenester, hvorimod der anvendes foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester.
- 12 Efter at have indledt to procedurer til kontrol af, om henholdsvis »MyChat« og »MyMusic« var i overensstemmelse med artikel 3 i forordning 2015/2120, vedtog Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (den nationale medie- og kommunikationsmyndighed i Ungarn) to afgørelser, hvori den fastslog, at der med disse pakker blev opstillet trafikstyringsforanstaltninger, som ikke overholdt den pligt til lige og ikkediskriminerende behandling, der er fastsat i denne artikels stk. 3, og at Telenor skulle bringe disse foranstaltninger til ophør.
- 13 Disse to afgørelser blev senere tiltrådt ved to afgørelser fra formanden for den nationale medie- og kommunikationsmyndighed i Ungarn, som navnlig anførte, at undersøgelsen af, om trafikstyringsforanstaltningerne var forenelige med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, ikke krævede en vurdering af disse foranstaltningers indvirkning på udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, således som disse er fastsat i denne forordnings artikel 3, stk. 1.
- 14 Telenor har anlagt sag til prøvelse af disse to afgørelser fra formanden for den nationale medie- og kommunikationsmyndighed i Ungarn ved Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn).
- 15 Selskabet har i denne forbindelse i det væsentlige gjort gældende, at pakkerne »MyChat« og »MyMusic« udgør en del af aftaler, der er indgået med dets kunder, og at disse pakker som sådanne kun kan være omfattet af artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 og ikke af denne forordnings artikel 3, stk. 3, som udelukkende omhandler de trafikstyringsforanstaltninger, der er opstillet ensidigt af udbydere af internetadgangstjenester. For at afgøre, om sådanne pakker er forenelige med forordningens artikel 3, stk. 3, er det desuden og under alle omstændigheder nødvendigt at vurdere deres indvirkning på udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, på samme måde som ved undersøgelsen af, om de er forenelige med forordningens artikel 3, stk. 2. Følgelig kan de nævnte pakker ikke anses for at være uforenelige med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 alene med henvisning til, at de indfører trafikstyringsforanstaltninger, som ikke overholder den pligt til lige og ikkediskriminerende behandling, der er fastsat i denne bestemmelse, således som formanden for den nationale medie- og kommunikationsmyndighed i Ungarn har gjort gældende.
- 16 Heroverfor har formanden for denne myndighed bl.a. anført, at spørgsmålet om, ud fra hvilken bestemmelse i artikel 3 i forordning 2015/2120 en given adfærd skal undersøges, ikke afhænger af formen af denne adfærd, men af dens indhold. I øvrigt har formanden for denne myndighed anført, at

til forskel fra artikel 3, stk. 2, som kræver, at det vurderes, hvilken indvirkning de aftaler og den handelspraksis, der er opstillet af udbydere af internetadgangstjenester, har på udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, forbyder artikel 3, stk. 3, alle ulige eller diskriminerende trafikstyringsforanstaltninger, uden at det er relevant at sondre mellem dem, der er blevet opstillet ved en aftale, som en slutbruger har indgået med en leverandør, og dem, der støtter sig på en leverandørs handelspraksis. Endvidere er alle disse foranstaltninger forbudt som sådanne og følgelig uden, at det er nødvendigt at vurdere deres indvirkning på udøvelsen af slutbrugernes rettigheder.

- 17 Efter at have bemærket, at forordning 2015/2120 har til formål at sikre internetneutralitet, og at forordningen derved er af væsentlig betydning, har den forelæggende ret i det væsentlige anført, at de sager, der verserer for den, rejser to rækker af nye retlige spørgsmål vedrørende en central bestemmelse i denne forordning.
- 18 For det første har den forelæggende ret i denne forbindelse bemærket, at artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 fastsætter en almindelig pligt til lige og ikke-diskriminerende behandling af trafikken sideløbende med, at denne forordnings artikel 3, stk. 1 og 2, sikrer et vist antal rettigheder for slutbrugere af internetadgangstjenester og forbyder udbydere af sådanne tjenester at indføre aftaler eller handelspraksis, der begrænser udøvelsen af disse rettigheder. Teksten i denne forordning gør det imidlertid ikke muligt at afgøre, om pakker, som en udbyder af internetadgangstjenester stiller til rådighed gennem aftaler indgået med sine kunder, og hvori det angives, at kunderne er omfattet af en »nultakst«, der giver dem mulighed for uden begrænsninger at bruge visse specifikke applikationer og tjenester, uden at denne brug fradrages i den købte datamængde, og at når denne datamængde er opbrugt, anvendes der foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester, er omfattet af denne forordnings artikel 3, stk. 2, artikel 3, stk. 3, eller artikel 3, stk. 2 og 3.
- 19 Når det er afgjort, hvilket eller hvilke stykker der finder anvendelse på sådanne adfærdstyper, gør ordlyden af disse to stykker ifølge den forelæggende ret det for det andet heller ikke muligt at fastslå, hvilken metode der skal anvendes for at afgøre, om disse adfærdstyper er forenelige med forordning 2015/2120.
- 20 På denne baggrund har Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, der er affattet enslydende i de to sager C-807/18 og C-39/19:
 - »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 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 [forordning 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 slutbrugerne 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, 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?»
- 21 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8. marts 2019 er sagerne C-807/18 og C-39/19 blevet forenet med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og dommen.

Om de præjudicielle spørgsmål

- 22 Med sine fire spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 3 i forordning 2015/2120 skal fortolkes således, at pakker, som en udbyder af internetadgangstjenester stiller til rådighed gennem aftaler indgået med slutbrugere, og hvori det angives, at disse slutbrugere kan købe et pakketilbud, der giver dem ret til uden begrænsninger at bruge en bestemt datamængde, uden at der sker fradrag for brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«, og at de, når denne datamængde er opbrugt, kan fortsætte med at bruge disse specifikke applikationer og tjenester uden begrænsninger, mens der anvendes foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester, er uforenelige med denne artikels stk. 2, sammenholdt med artiklens stk. 1, og – alternativt eller kumulativt – med artiklens stk. 3.
- 23 Det følger af ordlyden af artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, at de aftaler, der indgås mellem udbydere af internetadgangstjenester og slutbrugere, og den handelspraksis, der følges af disse udbydere, ikke må begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder som fastsat i denne artikels stk. 1. Som det fremgår af artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120, der er belyst i sjette betragtning til forordningen, omfatter disse rettigheder bl.a. retten til at bruge indhold, applikationer og tjenester via en internetadgangstjeneste samt retten til at levere sådant indhold, sådanne applikationer og sådanne tjenester via denne internetadgangstjeneste.
- 24 I artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 er det indledningsvis fastsat i første afsnit, at udbydere af internetadgangstjenester skal behandle al trafik ens og uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding samt uafhængigt af bl.a. de leverede applikationer eller tjenester.
- 25 Det bestemmes dernæst i denne bestemmelses andet afsnit, at første afsnit ikke er til hinder for, at udbydere af internetadgangstjenester kan gennemføre rimelige trafikstyringsforanstaltninger, idet det præciseres, at sådanne foranstaltninger for at blive anset for at være rimelige for det første skal være gennemsigtige, ikkediskriminerende og forholdsmæssige og for det andet ikke må være baseret på kommercielle overvejelser, men på objektive tekniske forskelle mellem bestemte kategorier af trafik og for det tredje ikke må overvåge indholdet og ikke må opretholdes længere end nødvendigt.
- 26 Endelig fastsættes det i denne bestemmelses tredje afsnit, at udbydere af internetadgangstjenester ikke må udføre trafikstyringsforanstaltninger, der er mere vidtgående end de foranstaltninger, der er fastsat i andet afsnit, og at de navnlig ikke må blokere, bremse, ændre, begrænse, forstyrre, nedgradere eller diskriminere applikationer, kategorier af applikationer, tjenester eller bestemte kategorier af tjenester, undtagen i nødvendigt omfang og i et bestemt tidsrum, enten for at overholde EU-retsakter, national lovgivning, der er i overensstemmelse med EU-retten, eller foranstaltninger, der gennemfører sådanne

EU-retsakter eller sådan national lovgivning, eller for at opretholde integriteten og sikkerheden i nettet af de tjenester, der udbydes via det pågældende net, og af slutbrugernes terminaludstyr, eller for at forebygge overbelastning af nettet eller afbøde virkningerne heraf.

- 27 Disse forskellige bestemmelser tilsigter, som det fremgår af artikel 1 i forordning 2015/2120 – og som generaladvokaten har bemærket i punkt 27-29 i forslaget til afgørelse – at sikre lige og ikkediskriminerende behandling af trafikken ved levering af internetadgangstjenester og slutbrugeres hertil hørende rettigheder.
- 28 Eftersom de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til artikel 5 i forordning 2015/2120 skal sikre overholdelsen af de nævnte bestemmelser og derigennem de formål, der forfølges med denne forordning, tilkommer det disse myndigheder – under de nationale retters kontrol og i lyset af de præciseringer, som Domstolen har givet – i hvert enkelt tilfælde at afgøre, om den ene eller den anden adfærd fra en given udbyder af internetadgangstjenester under hensyntagen til de særlige kendetegn ved denne adfærd er omfattet af enten den nævnte forordnings artikel 3, stk. 2, eller af forordningens artikel 3, stk. 3, eller af begge disse bestemmelser, idet myndigheden i det sidstnævnte tilfælde skal indlede sin undersøgelse ud fra den ene eller den anden af disse bestemmelser. Når en national tilsynsmyndighed fastslår, at den ene eller den anden adfærd fra en given udbyder af internetadgangstjenester i sin helhed er uforenelig med artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, kan denne myndighed undlade at tage stilling til, om denne adfærd også er uforenelig med forordningens artikel 3, stk. 2.
- 29 I den foreliggende sag fremgår det af de oplysninger, der er blevet fremlagt for Domstolen, at de i hovedsagen omhandlede pakker frembyder fire særlige kendetegn, hvilket fremgår af ordlyden af de præjudicielle spørgsmål og af formuleringerne af de to forelæggelsesafgørelser, således som disse er sammenfattet i præmis 9-11 og 18 ovenfor. For det første tilbyder den udbyder af internetadgangstjenester, som har udformet pakkerne, disse over for sine potentielle kunder i Ungarn, inden de stilles til rådighed ved hjælp af bilaterale aftaler, som indgås med dem, der er interesserede. For det andet giver disse pakker hver af de abonnerende kunder ret til – uden begrænsninger og inden for rammerne af den datamængde, der er indeholdt i det pakketilbud, som kunden har købt af udbyderen af internetadgangstjenester – at bruge alle de tilgængelige applikationer og tjenester, uden at der dog sker fradrag for brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«. For det tredje er det i de omhandlede pakker fastsat, at enhver abonnerende kunde, når den købte datamængde er opbrugt, kan fortsætte med at bruge disse specifikke applikationer og tjenester uden begrænsninger. For det fjerde medfører det forhold, at den datamængde, der er indeholdt i det af disse vilkår omfattede pakketilbud, opbruges, at udbyderen af internetadgangstjenester på hver berørt kunde anvender foranstaltninger til blokering eller bremsning af den trafik, der er knyttet til brugen af alle andre applikationer og tjenester end dem, der er omfattet af den nævnte nultakst.
- 30 I første omgang og hvad angår artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, sammenholdt med denne forordnings artikel 3, stk. 1, skal det indledningsvis bemærkes, at det i den anden af disse bestemmelser er fastsat, at de rettigheder, som den sikrer for slutbrugere af internetadgangstjenester, skal udøves »via deres internetadgangstjeneste«, og at det i den første af disse bestemmelser kræves, at en sådan tjeneste ikke må indebære nogen begrænsning af udøvelsen af disse rettigheder.
- 31 I øvrigt følger det af artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 læst i lyset af syvende betragtning til denne forordning, at de tjenester, der leveres af en given udbyder af internetadgang, skal vurderes ud fra det nævnte krav af de nationale tilsynsmyndigheder – som agerer på grundlag af forordningens artikel 5 og står under de kompetente nationale retters kontrol – under hensyntagen til såvel de aftaler, som denne udbyder indgår med slutbrugere, som den handelspraksis, der følges af denne udbyder.

- 32 For det første skal det i denne forbindelse bemærkes, at artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 omhandler de »aftaler«, hvorved en udbyder af internetadgangstjenester på den ene side, og en slutbruger på den anden side, bliver enige om de forretningsmæssige og tekniske betingelser og specifikationerne for de internetadgangstjenester, som den første skal levere til den anden, såsom den pris, der skal betales, samt datamængder og den tilsvarende hastighed.
- 33 Som det fremgår af syvende betragtning til forordning 2015/2120, konkretiserer disse aftaler den frihed, som enhver slutbruger har til at vælge de tjenester, hvorigennem vedkommende ønsker at udøve de rettigheder, der er sikret ved denne forordning, afhængigt af deres egenskaber. Det tilføjes dog i denne samme betragtning, at sådanne aftaler ikke må begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder og dermed omgå bestemmelser i denne forordning, der beskytter adgang til det åbne internet.
- 34 Med hensyn til den »handelspraksis«, der er omtalt i artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, præciseres det i denne bestemmelse, at denne handelspraksis »følges« af udbydere af internetadgangstjenester. Denne handelspraksis forventes derfor ikke at være et udtryk for en fælles viljeserklæring mellem en sådan udbyder og en slutbruger, i modsætning til de »aftaler«, som den nævnte bestemmelse sideløbende henviser til.
- 35 Denne handelspraksis kan navnlig indbefatte adfærden hos en udbyder af internetadgangstjenester, som består i at tilbyde specifikke varianter eller kombinationer af disse tjenester til sine potentielle kunder med henblik på at tilgodese de forskellige kunders forventninger og præferencer, og eventuelt at indgå en individuel aftale med hver enkelt kunde med den mulige konsekvens, at der indgås et større eller mindre antal aftaler med identisk eller lignende indhold, på grundlag af disse forventninger og præferencer. I lighed med de aftaler, der er omtalt i artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120, må den nævnte handelspraksis dog ikke begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder og dermed omgå bestemmelser i denne forordning, der beskytter adgangen til det åbne internet.
- 36 For det andet følger det af artikel 2 i forordning 2015/2120 og af de bestemmelser i direktiv 2002/21, som denne artikel henviser til – navnlig af dette direktivs artikel 2, litra h), i) og n) – at begrebet »slutbrugere« omfatter alle fysiske eller juridiske personer, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, bortset fra de personer, som udbyder offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. Dette begreb omfatter således både forbrugere og erhvervsdrivende såsom ikke-profitsøgende virksomheder eller juridiske personer.
- 37 I øvrigt indbefatter det nævnte udtryk såvel de fysiske eller juridiske personer, der anvender eller anmoder om internetadgangstjenester med henblik på at opnå adgang til indhold, applikationer og tjenester, som de fysiske eller juridiske personer, der benytter sig af en internetadgang for at levere indhold, applikationer og tjenester.
- 38 Artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120 og sjette betragtning til denne forordning henviser også specifikt til disse to kategorier af slutbrugere, i forhold til hvilke de angiver retten til bl.a. at få adgang til oplysninger og indhold og at bruge applikationer og tjenester, men tillige at udbrede oplysninger og indhold og at levere applikationer og tjenester.
- 39 Det følger heraf, at en eventuel forbudt begrænsning af udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, således som præciseret i nærværende doms præmis 30, skal vurderes under hensyntagen til den indvirkning, som en given udbyder af internetadgangstjenesters aftaler eller handelspraksis har på de rettigheder, der tilkommer ikke blot de erhvervsdrivende og forbrugere, der anvender eller anmoder om internetadgangstjenester med henblik på at opnå adgang til indhold, applikationer og tjenester, men tillige de erhvervsdrivende, der benytter sig af sådanne internetadgangstjenester for at levere dette indhold og disse applikationer og tjenester. I denne henseende fremgår det af syvende betragtning til

forordning 2015/2120, at det under vurderingen af den pågældende udbyders aftaler og handelspraksis netop er nødvendigt – blandt andre forhold – at tage hensyn til denne kategori af erhvervsdrivendes markedsstilling.

- 40 For det tredje henviser artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 i den sammenhæng, der er omtalt i foregående præmis, til »aftaler« og »enhver handelspraksis« hos en given udbyder af internetadgangstjenester, idet der i et stort antal sprogversioner anvendes flertalsform.
- 41 Endvidere er det præciseret i syvende betragtning til forordning 2015/2120, at vurderingen af en eventuel begrænsning af udøvelsen af slutbrugernes rettigheder indebærer en fastlæggelse af, hvorvidt en sådan udbyders aftaler og handelspraksis på grund af deres »omfang« fører til situationer, hvor slutbrugernes valg er væsentligt reduceret, idet der bl.a. skal tages hensyn til de respektive markedsstillinger for disse udbydere af internetadgangstjenester og for de udbydere af indhold, applikationer og tjenester, der er involveret.
- 42 Det følger heraf, at EU-lovgiver ikke har ønsket at begrænse vurderingen af en given udbyder af internetadgangstjenesters aftaler og handelspraksis til den ene eller den anden aftale eller til den ene eller den anden handelspraksis individuelt betragtet, men at fastsætte, at der ligeledes skal foretages en samlet vurdering af denne udbyders aftaler og handelspraksis.
- 43 Henset til disse forskellige forhold skal det indledningsvis anføres, at en aftale, hvorved en given kunde tegner abonnement på en pakke, der indebærer, at denne kunde, når den datamængde, der er indeholdt i det købte pakketilbud, er opbrugt, kun har en adgang uden begrænsning til visse applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«, vil kunne medføre en begrænsning af udøvelsen af de rettigheder, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120. En sådan aftales forenelighed med denne forordnings artikel 3, stk. 2, skal vurderes fra sag til sag og i lyset af de parametre, der er anført i syvende betragtning til denne forordning.
- 44 Dernæst er sådanne pakker – der falder ind under en handelspraksis som omhandlet i artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120 – i betragtning af den samlede indvirkning fra de aftaler, som disse pakker kan føre til, egnede til at forstærke brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, dvs. dem, der kan bruges uden begrænsninger til en »nultakst«, når den datamængde, der er indeholdt i det af kunderne købte pakketilbud, er opbrugt, og tilsvarende egnede til at formindske brugen af de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester, henset til de foranstaltninger, hvormed den pågældende udbyder af internetadgangstjenester gør denne brug teknisk vanskeligere eller endog umulig.
- 45 Endelig forholder det sig således, at jo flere kunder der indgår aftaler, hvormed de tegner abonnement på sådanne pakker, desto mere sandsynligt bliver det, at den samlede indvirkning fra disse aftaler, henset til dens omfang, vil skabe en betydelig begrænsning af udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, eller endog vil føre til underminering af selve substansen i disse rettigheder, hvilket scenarie er udtrykkeligt angivet i syvende betragtning til forordning 2015/2120.
- 46 Det følger heraf, at indgåelsen af sådanne aftaler på en væsentlig del af markedet er egnet til at begrænse udøvelsen af slutbrugernes rettigheder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 2, i forordning 2015/2120.
- 47 I anden omgang og hvad angår artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 skal det indledningsvis bemærkes, at denne bestemmelses første afsnit læst i lyset af ottende betragtning til denne forordning – som det fremgår af nærværende doms præmis 24 – pålægger udbydere af internetadgangstjenester en almindelig pligt til at behandle trafikken lige og uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding, hvilken pligt der i intet tilfælde kan dispenseres fra gennem handelspraksis, der følges af disse udbydere, eller aftaler, som udbyderne indgår med slutbrugere.

- 48 Dernæst fremgår det af den nævnte bestemmelses andet afsnit såvel som af niende betragtning til forordning 2015/2120, i lyset af hvilken dette andet afsnit skal læses, at udbyderne af internetadgangstjenester samtidig med at skulle overholde denne almindelige pligt bevarer en mulighed for at fastsætte rimelige trafikstyringsforanstaltninger. Denne mulighed er dog navnlig underlagt den betingelse, at sådanne foranstaltninger skal være baseret på »objektivt forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet for bestemte kategorier af trafik« og ikke på »kommercielle overvejelser«. Navnlig må enhver foranstaltning fra en udbyder af internetadgangstjenester over for enhver slutbruger, således som defineret i nærværende doms præmiss 36 og 37, som uden at være baseret på sådanne objektive forskelle fører til, at det indhold, de applikationer eller de tjenester, som tilbydes af de forskellige udbydere af indhold, applikationer eller tjenester, ikke behandles lige og uden forskelsbehandling, anses for at være baseret på sådanne »kommercielle overvejelser«.
- 49 Endelig følger det af artikel 3, stk. 3, tredje afsnit, i forordning 2015/2120, at medmindre de er vedtaget for et bestemt tidsrum og er nødvendige for at gøre det muligt for en udbyder af internetadgangstjenester enten at opfylde en lovbestemt forpligtelse, at opretholde integriteten og sikkerheden i nettet eller at forebygge overbelastning af nettet eller afbøde virkningerne heraf, kan alle foranstaltninger, der består i at blokere, bremse, ændre, begrænse, forstyrre, nedgradere eller diskriminere navnlig bestemte applikationer eller tjenester, ikke anses for at være rimelige i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 3, andet afsnit, i forordning 2015/2120, og de skal følges som sådanne anses for være uforenlige med forordningens artikel 3, stk. 3.
- 50 Det følger heraf, at denne uforenelighed kan fastslås, uden at der kræves nogen vurdering af disse foranstaltningers indvirkning på udøvelsen af slutbrugernes rettigheder, idet artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120 ikke opstiller et sådant krav til bedømmelsen af, hvorvidt den almindelige pligt i denne bestemmelse er blevet overholdt.
- 51 For det første forholder det sig i den foreliggende sag således, at de i hovedsagen omhandlede adfærdstyper omfatter foranstaltninger til blokering eller bremsning af den trafik, der er knyttet til brugen af visse applikationer og tjenester, som er omfattet af artikel 3, stk. 3, i forordning 2015/2120, uafhængigt af hvorvidt disse foranstaltninger følger af en aftale indgået med udbyderen af internetadgangstjenester, en handelspraksis hos denne udbyder eller en teknisk foranstaltning fra denne udbyders side, som hverken er knyttet til en aftale eller en handelspraksis. Disse foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken anvendes i tillæg til den »nultakst«, som de omhandlede slutbrugere er omfattet af, og gør det teknisk vanskeligere eller endog umuligt for disse slutbrugere at bruge de applikationer og tjenester, som ikke er omfattet af denne takst.
- 52 Følgelig fremstår disse foranstaltninger ikke som baseret på objektivt forskellige tekniske krav til tjenestekvalitet for bestemte kategorier af trafik, men på kommercielle overvejelser.
- 53 For det andet fremgår det ikke af nogen oplysninger i sagsakterne, at de nævnte foranstaltninger falder ind under en af de tre undtagelser, der er udtømmende opregnet i artikel 3, stk. 3, tredje afsnit, i forordning 2015/2120.
- 54 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 3 i forordning 2015/2120 skal fortolkes således, at pakker, som en udbyder af internetadgangstjenester stiller til rådighed gennem aftaler indgået med slutbrugere, og hvori det angives, at disse slutbrugere kan købe et pakketilbud, der giver dem ret til uden begrænsninger at bruge en bestemt datamængde, uden at der sker fradrag for brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, som er omfattet af en

»nultakst«, og at de, når denne datamængde er opbrugt, kan fortsætte med at bruge disse specifikke applikationer og tjenester uden begrænsninger, mens der anvendes foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester:

- er uforenelige med denne artikels stk. 2, sammenholdt med artiklens stk. 1, eftersom disse pakker, disse aftaler og disse foranstaltninger til blokering eller bremsning begrænser udøvelsen af slutbrugernes rettigheder
- er uforenelige med denne artikels stk. 3, eftersom de nævnte foranstaltninger til blokering eller bremsning er baseret på kommercielle overvejelser.

Sagsomkostninger

- 55 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

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 pakker, som en udbyder af internetadgangstjenester stiller til rådighed gennem aftaler indgået med slutbrugere, og hvori det angives, at disse slutbrugere kan købe et pakketilbud, der giver dem ret til uden begrænsninger at bruge en bestemt datamængde, uden at der sker fradrag for brugen af visse specifikke applikationer og tjenester, som er omfattet af en »nultakst«, og at de, når denne datamængde er opbrugt, kan fortsætte med at bruge disse specifikke applikationer og tjenester uden begrænsninger, mens der anvendes foranstaltninger til blokering eller bremsning af trafikken på de øvrige tilgængelige applikationer og tjenester:

- er uforenelige med denne artikels stk. 2, sammenholdt med artiklens stk. 1, eftersom disse pakker, disse aftaler og disse foranstaltninger til blokering eller bremsning begrænser udøvelsen af slutbrugernes rettigheder
- er uforenelige med denne artikels stk. 3, eftersom de nævnte foranstaltninger til blokering eller bremsning er baseret på kommercielle overvejelser.

Underskrifter