



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
της 4ης Μαρτίου 2020¹

Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-807/18 και C-39/19

Telenor Magyarország Zrt.

κατά

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

[αίτηση του Fővárosi Törvényszék
(πρωτοδικείου περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία)
για την έκδοση προδικαστικής απόφασης]

«Προδικαστική παραπομπή – Τηλεπικοινωνίες – Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2120 – Άρθρο 3 – Δικαιώματα των τελικών χρηστών – Πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο – Ουδετερότητα – Συμφωνίες ή εμπορικές πρακτικές που περιορίζουν την άσκηση των εν λόγω δικαιωμάτων – Μηδενικό τέλος – Προνομιακή μεταχείριση ορισμένων εφαρμογών – Παρεμπόδιση ή επιβράδυνση της κίνησης»

1. Με τον κανονισμό (ΕΕ) 2015/2120², ο νομοθέτης της Ένωσης έλαβε την πολιτική απόφαση να θεσπίσει κοινούς κανόνες για τη διασφάλιση του «ανοικτού χαρακτήρα του διαδικτύου»³ σε όλα τα κράτη μέλη, μεριμνώντας, μεταξύ άλλων, ώστε ο τελικός χρήστης να μην «επηρεάζεται από τις πρακτικές διαχείρισης της κίνησης οι οποίες παρεμποδίζουν ή επιβραδύνουν συγκεκριμένες εφαρμογές ή υπηρεσίες»⁴.

2. Στην Ουγγαρία, ένας φορέας παροχής υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο παρέχει στους πελάτες του πακέτα προνομιακής πρόσβασης (τα καλούμενα «πακέτα μηδενικού τέλους»), η ιδιαιτερότητα των οποίων έγκειται στο ότι η λήψη δεδομένων ορισμένων υπηρεσιών και εφαρμογών δεν συνυπολογίζεται στην κατανάλωση του όγκου δεδομένων για τον οποίον συμβλήθηκε ο τελικός χρήστης.

3. Η ουγγρική διοίκηση έκρινε ότι η προσφορά αυτή, στην οποία θα αναφερθώ αναλυτικά κατωτέρω, αντίκειται στο άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120. Στο πλαίσιο προσφυγής κατά της σχετικής απόφασης ενώπιον του Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείου περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία), το εν λόγω δικαστήριο εκθέτει τις αμφιβολίες του στο Δικαστήριο, παρέχοντάς του τη δυνατότητα να τοποθετηθεί για πρώτη φορά επί της ερμηνείας του εν λόγω κανονισμού.

¹ Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

² Κανονισμός του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Νοεμβρίου 2015, για τη θέσπιση μέτρων σχετικά με την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο και την τροποποίηση της οδηγίας 2002/22/ΕΚ, για την καθολική υπηρεσία και τα δικαιώματα των χρηστών όσον αφορά δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, και του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 531/2012, για την περιαγωγή σε δημόσια δίκτυα κινητών επικοινωνιών εντός της Ένωσης (ΕΕ 2015, L 310, σ. 1).

³ Στο πλαίσιο του πολιτικού, του οικονομικού, του τεχνολογικού και του ακαδημαϊκού διαλόγου χρησιμοποιείται συνήθως ο όρος «ουδετερότητα του διαδικτύου». Ωστόσο, στο πλαίσιο του κανονισμού 2015/2120 ο εν λόγω όρος χρησιμοποιείται μόνο στην αιτιολογική σκέψη 2, κατά την οποία οι διατάξεις του κανονισμού «συμμορφώνονται με την αρχή της τεχνολογικής ουδετερότητας, δηλαδή δεν επιβάλλουν ούτε προβαίνουν σε διακρίσεις υπέρ της χρήσης ενός συγκεκριμένου είδους τεχνολογίας». Πρόκειται, επομένως, για όρο ο οποίος χρησιμοποιείται σε πολύ συγκεκριμένες περιπτώσεις. Αντιθέτως, το άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού αναφέρεται ευρύτερα στην αρχή της *ίσης μεταχείρισης* όσον αφορά την κίνηση στο διαδίκτυο συνολικά, λαμβάνοντας υπόψη όχι μόνο την «τεχνολογική ουδετερότητα», αλλά και την ουδετερότητα που απορρέει από την αντιμετώπιση των αποστολών, των παραληπτών, του περιεχομένου, των εφαρμογών και των υπηρεσιών κατά τρόπο που δεν εισάγει διακρίσεις.

⁴ Αιτιολογική σκέψη 3 του κανονισμού 2015/2120.

I. Νομικό πλαίσιο

A. Ο κανονισμός 2015/2120

4. Κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 1, 3, 6, 7, 8, 9 και 11:

«(1) Ο παρών κανονισμός αποσκοπεί στη θέσπιση κοινών κανόνων για τη διασφάλιση της ισότιμης και μη διακριτικής διαχείρισης της κίνησης κατά την παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των σχετικών δικαιωμάτων των τελικών χρηστών. Αποσκοπεί στο να προστατεύσει τους τελικούς χρήστες και παράλληλα να διασφαλίσει τη συνεχή λειτουργία του διαδικτυακού οικοσυστήματος ως κινητήριας δύναμης της καινοτομίας. Οι μεταρρυθμίσεις στον τομέα της περιαγωγής θα πρέπει να συμβάλουν στην εμπέδωση της εμπιστοσύνης των τελικών χρηστών, ώστε να παραμένουν συνδεδεμένοι όταν ταξιδεύουν εντός της Ένωσης, και με την πάροδο του χρόνου να καταστούν μοχλός για τη σύγκλιση των τιμών και άλλων όρων εντός της Ένωσης.

[...]

(3) Τις τελευταίες δεκαετίες, το διαδίκτυο έχει αναπτυχθεί ως μια ανοικτή πλατφόρμα καινοτομίας με χαμηλά εμπόδια πρόσβασης των τελικών χρηστών, των παρόχων περιεχομένου, εφαρμογών και υπηρεσιών και των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης διαδικτύου. Το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο στοχεύει στην προώθηση της δυνατότητας των τελικών χρηστών να έχουν πρόσβαση και να διανέμουν πληροφορίες ή να εκτελούν εφαρμογές και υπηρεσίες της επιλογής τους. Ωστόσο, σημαντικός αριθμός τελικών χρηστών επηρεάζεται από τις πρακτικές διαχείρισης της κίνησης οι οποίες παρεμποδίζουν ή επιβραδύνουν συγκεκριμένες εφαρμογές ή υπηρεσίες. Οι τάσεις αυτές απαιτούν κοινούς κανόνες σε επίπεδο Ένωσης για τη διασφάλιση του ανοικτού χαρακτήρα του διαδικτύου και για την αποφυγή του κατακερματισμού της εσωτερικής αγοράς που οφείλεται στα μέτρα που λαμβάνουν τα επιμέρους κράτη μέλη.

[...]

(6) Οι τελικοί χρήστες θα πρέπει να διαθέτουν το δικαίωμα πρόσβασης και διανομής πληροφοριών και περιεχομένου, όπως επίσης και να χρησιμοποιούν και να παρέχουν εφαρμογές και υπηρεσίες άνευ διακρίσεων, μέσω της υπηρεσίας τους πρόσβασης στο διαδίκτυο. Η άσκηση αυτού του δικαιώματος θα πρέπει να γίνεται με επιφύλαξη του ενωσιακού δικαίου ή του εθνικού δικαίου που συμμορφώνεται προς το ενωσιακό δίκαιο, όσον αφορά τη νομιμότητα του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών. Ο παρών κανονισμός δεν επιδιώκει να ρυθμίσει τη νομιμότητα, του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών, ούτε επιδιώκει να ρυθμίσει τις σχετικές διαδικασίες, απαιτήσεις και διασφαλίσεις. Τα θέματα αυτά παραμένουν ως εκ τούτου υπό το ενωσιακό δίκαιο ή το εθνικό δίκαιο που συμμορφώνεται προς το ενωσιακό δίκαιο.

(7) Προκειμένου να ασκήσουν τα δικαιώματά τους να έχουν πρόσβαση και να διανέμουν πληροφορίες και περιεχόμενο και να χρησιμοποιούν και να παρέχουν εφαρμογές και υπηρεσίες της επιλογής τους, οι τελικοί χρήστες θα πρέπει να είναι ελεύθεροι να συμφωνούν με τους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο σχετικά με τις τιμές των συγκεκριμένων όγκων δεδομένων και ταχυτήτων των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο. Οι συμφωνίες αυτές, καθώς και τυχόν εμπορικές πρακτικές που χρησιμοποιούνται από τους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, δεν θα πρέπει να περιορίζουν την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, παρακάμπτοντας έτσι τις διατάξεις του παρόντος κανονισμού που διασφαλίζουν την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο. Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές και οι λοιπές αρμόδιες αρχές θα πρέπει να είναι εξουσιοδοτημένες να παρεμβαίνουν κατά συμφωνιών ή εμπορικών πρακτικών οι οποίες, λόγω της κλίμακάς τους, οδηγούν σε καταστάσεις στις οποίες η επιλογή των τελικών καταναλωτών μειώνεται στην πράξη σημαντικά. Προς τον σκοπό αυτό, η αξιολόγηση των συμφωνιών και των εμπορικών πρακτικών θα πρέπει μεταξύ άλλων να λαμβάνει υπόψη τις αντίστοιχες θέσεις στην

αγορά των οικείων παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, καθώς και των οικείων παρόχων περιεχομένου, εφαρμογών και υπηρεσιών. Οι εθνικές ρυθμιστικές και οι λοιπές αρμόδιες αρχές θα πρέπει να οφείλουν, ως μέρος των υποχρεώσεων τους παρακολούθησης και επιβολής, να παρεμβαίνουν όταν συμφωνίες ή εμπορικές πρακτικές έχουν ως αποτέλεσμα την υπονόμευση της ουσίας των δικαιωμάτων των τελικών χρηστών.

- (8) Κατά την παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, οι πάροχοι των εν λόγω υπηρεσιών θα πρέπει να αντιμετωπίζουν την κίνηση στο διαδίκτυο ισότιμα, χωρίς διακρίσεις, περιορισμούς ή παρεμβάσεις, ανεξάρτητα από τον αποστολέα ή παραλήπτη, το περιεχόμενο, την εφαρμογή ή υπηρεσία ή τον τερματικό εξοπλισμό της. Σύμφωνα με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου και την παγιωμένη νομολογία, δεν θα πρέπει να αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο παρόμοιες καταστάσεις, ούτε να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο διαφορετικές καταστάσεις, εκτός αν μια τέτοια αντιμετώπιση δικαιολογείται αντικειμενικά.
- (9) Στόχος της εύλογης διαχείρισης της κίνησης είναι να συμβάλει σε αποτελεσματική χρήση των πόρων του διαδικτύου και σε βέλτιστη χρήση της συνολικής ποιότητας μετάδοσης, ανταποκρινόμενη στις αντικειμενικά διαφορετικές απαιτήσεις της τεχνικής ποιότητας των υπηρεσιών για τις επιμέρους κατηγορίες κίνησης και, ως εκ τούτου, για το περιεχόμενο, τις εφαρμογές και τις υπηρεσίες που μεταδίδονται. Τα εύλογα μέτρα διαχείρισης της κίνησης που εφαρμόζουν οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο θα πρέπει να είναι διαφανή, να μην προκαλούν διακρίσεις, να είναι αναλογικά και να μη βασίζονται σε εμπορικά κριτήρια. Η απαίτηση τα μέτρα διαχείρισης της κίνησης να μην προκαλούν διακρίσεις δεν παρεμποδίζει τους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο να εφαρμόζουν, προκειμένου να βελτιστοποιήσουν τη συνολική ποιότητα μετάδοσης, μέτρα διαχείρισης της κίνησης που διαφοροποιούν μεταξύ αντικειμενικά διαφορετικών κατηγοριών κίνησης. Κάθε τέτοια διαφοροποίηση θα πρέπει, προκειμένου να βελτιστοποιεί τη συνολική ποιότητα και εμπειρία του χρήστη, να επιτρέπεται μόνο βάσει αντικειμενικά διαφορετικών απαιτήσεων της τεχνικής ποιότητας των υπηρεσιών (για παράδειγμα, όσον αφορά τον χρόνο αναμονής, τις διακυμάνσεις χρόνου επιστροφής πακέτων, την απώλεια πακέτων και το ζωνικό εύρος) για τις συγκεκριμένες κατηγορίες κίνησης και όχι βάσει εμπορικών κριτηρίων. Τα εν λόγω μέτρα διαφοροποίησης θα πρέπει να είναι αναλογικά σε σχέση με τον σκοπό της βελτιστοποίησης της συνολικής ποιότητας και να μεταχειρίζονται ισότιμα την ισοδύναμη κίνηση. Τα εν λόγω μέτρα δεν θα πρέπει να διατηρούνται πέραν του απαιτούμενου.

[...]

- (11) Οι πρακτικές διαχείρισης της κίνησης που υπερβαίνουν αυτά τα εύλογα μέτρα διαχείρισης της κίνησης, παρεμποδίζοντας, επιβραδύνοντας, αλλοιώνοντας, περιορίζοντας, εισάγοντας παρεμβολές, υποβαθμίζοντας ή επιβάλλοντας διακρίσεις μεταξύ συγκεκριμένου περιεχομένου, εφαρμογών ή υπηρεσιών ή συγκεκριμένων κατηγοριών περιεχομένου, εφαρμογών ή υπηρεσιών, θα πρέπει να απαγορευθούν, με αιτιολογημένες και προσδιορισμένες εξαιρέσεις που θεσπίζονται στον παρόντα κανονισμό. Οι εν λόγω εξαιρέσεις θα πρέπει να υπόκεινται σε αυστηρή ερμηνεία και σε απαιτήσεις αναλογικότητας. Το συγκεκριμένο περιεχόμενο, οι συγκεκριμένες εφαρμογές και υπηρεσίες και οι συγκεκριμένες κατηγορίες τους θα πρέπει να προστατεύονται λόγω του αρνητικού αντικτύπου στην επιλογή των τελικών χρηστών και την καινοτομία από την παρεμπόδιση ή από άλλα περιοριστικά μέτρα που δεν περιλαμβάνονται στις αιτιολογημένες εξαιρέσεις. Οι κανόνες κατά της αλλοίωσης του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών παραπέμπουν σε τροποποίηση του περιεχομένου της ανακοίνωσης, αλλά δεν απαγορεύουν τις τεχνικές της μη διακριτικής συμπίεσης δεδομένων που μειώνουν το μέγεθος φακέλου δεδομένων χωρίς καμία τροποποίηση του περιεχομένου. Η συμπίεση αυτή καθιστά δυνατή την πλέον αποτελεσματική χρήση των πόρων που σπανίζουν και είναι προς όφελος των τελικών χρηστών, μειώνοντας τον όγκο των δεδομένων, αυξάνοντας την ταχύτητα και ενισχύοντας την εμπειρία από τη χρήση του σχετικού περιεχομένου, των σχετικών εφαρμογών ή των σχετικών υπηρεσιών».

5. Κατά το άρθρο 1 («Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής»), παράγραφος 1:

«Ο παρών κανονισμός θεσπίζει κοινούς κανόνες για τη διασφάλιση ισότιμης και μη διακριτικής διαχείρισης της κίνησης κατά την παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των σχετικών δικαιωμάτων των τελικών χρηστών».

6. Κατά το άρθρο 2 («Ορισμοί»), «για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού, ισχύουν οι ορισμοί του άρθρου 2 της οδηγίας 2002/21/EK ^[5]».

7. Το άρθρο 3 («Διασφάλιση πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο») ορίζει τα εξής:

«1. Μέσω της υπηρεσίας πρόσβασης στο διαδίκτυο που διαθέτουν, οι τελικοί χρήστες έχουν το δικαίωμα να έχουν πρόσβαση και να διανέμουν πληροφορίες και περιεχόμενο, να χρησιμοποιούν και να παρέχουν εφαρμογές και υπηρεσίες και να χρησιμοποιούν τερματικό εξοπλισμό της επιλογής τους, ανεξαρτήτως του τύπου του τελικού χρήστη ή του παρόχου ή του τύπου, της προέλευσης ή του προορισμού της πληροφορίας, του περιεχομένου, της εφαρμογής ή της υπηρεσίας.

Η παρούσα παράγραφος δεν θίγει το ενωσιακό δίκαιο ούτε το εθνικό δίκαιο που συμμορφώνεται με το ενωσιακό δίκαιο, σχετικά με τη νομιμότητα του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών.

2. Οι συμφωνίες μεταξύ των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των τελικών χρηστών σχετικά με τις εμπορικές και τεχνικές προϋποθέσεις και τα χαρακτηριστικά των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, όπως η τιμή, ο όγκος των δεδομένων ή η ταχύτητα, καθώς και οποιεσδήποτε εμπορικές πρακτικές των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, δεν περιορίζουν την άσκηση των δικαιωμάτων των τελικών χρηστών όπως προσδιορίζονται στην παράγραφο 1.

3. Οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, όταν παρέχουν υπηρεσίες πρόσβασης στο διαδίκτυο, αντιμετωπίζουν ισότιμα κάθε κίνηση, χωρίς αποκλεισμούς, περιορισμούς ή παρεμβάσεις και ανεξαρτήτως του αποστολέα και του παραλήπτη, του περιεχομένου στο οποίο έχει γίνει πρόσβαση ή του διανεμηθέντος περιεχομένου, των χρησιμοποιούμενων ή παρεχόμενων εφαρμογών ή υπηρεσιών ή του χρησιμοποιούμενου τερματικού εξοπλισμού.

Το πρώτο εδάφιο δεν εμποδίζει τους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο από το να εφαρμόζουν εύλογα μέτρα διαχείρισης της κίνησης. Για να θεωρηθούν εύλογα, τα μέτρα αυτά πρέπει να είναι διαφανή και αναλογικά, να μην εισάγουν διακρίσεις και να μη βασίζονται σε εμπορικά κριτήρια, αλλά σε αντικειμενικά διαφορετικές απαιτήσεις τεχνικής ποιότητας των υπηρεσιών για συγκεκριμένες κατηγορίες κίνησης. Τα εν λόγω μέτρα δεν παρακολουθούν το συγκεκριμένο περιεχόμενο και δεν διατηρούνται πέραν του απαιτούμενου.

Οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο δεν εφαρμόζουν μέτρα διαχείρισης της κίνησης που υπερβαίνουν αυτά που ορίζονται στο δεύτερο εδάφιο και, κυρίως, δεν παρεμποδίζουν, επιβραδύνουν, αλλοιώνουν, περιορίζουν, εισάγουν παρεμβολές, υποβαθμίζουν ή επιβάλλουν διακρίσεις έναντι συγκεκριμένου περιεχομένου, εφαρμογών ή υπηρεσιών ή συγκεκριμένων κατηγοριών αυτών, εκτός αν αυτό είναι αναγκαίο και μόνο για όσο διάστημα είναι αναγκαίο, ούτως ώστε:

α) να συμμορφωθούν με τις ενωσιακές νομοθετικές πράξεις ή την εθνική νομοθεσία που συμμορφώνεται με το ενωσιακό δίκαιο, στην οποία υπάγεται ο πάροχος υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, ή με τα μέτρα που συμμορφώνονται με το ενωσιακό δίκαιο που θέτει σε εφαρμογή τις εν λόγω ενωσιακές νομοθετικές πράξεις ή εθνική νομοθεσία, μεταξύ άλλων και με τις αποφάσεις δικαστηρίων ή δημόσιων αρχών που διαθέτουν τις σχετικές αρμοδιότητες·

5 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 7ης Μαρτίου 2002, σχετικά με κοινό κανονιστικό πλαίσιο για δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία πλαίσιο) (ΕΕ 2002, L 108, σ. 33).

- β) να διασφαλίσουν την ακεραιότητα και την ασφάλεια του δικτύου, των υπηρεσιών που παρέχονται μέσω του εν λόγω δικτύου και του τερματικού εξοπλισμού των τελικών χρηστών·
- γ) να προλάβουν την εμφάνιση εμποδίων λόγω συμφόρησης του δικτύου και να αμβλύνουν τις επιπτώσεις από τυχόν εξαιρετική ή προσωρινή συμφόρηση του δικτύου, υπό την προϋπόθεση ότι ανάλογες κατηγορίες κίνησης αντιμετωπίζονται ισότιμα.

[...]

5. Οι πάροχοι ηλεκτρονικών επικοινωνιών στο κοινό, συμπεριλαμβανομένων των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, και οι πάροχοι περιεχομένου, εφαρμογών και υπηρεσιών είναι ελεύθεροι να προσφέρουν υπηρεσίες πέραν των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, βελτιστοποιημένες για συγκεκριμένο περιεχόμενο, εφαρμογές ή υπηρεσίες ή συνδυασμό αυτών, εφόσον η βελτιστοποίηση είναι αναγκαία ώστε να ικανοποιείται η απαίτηση για συγκεκριμένο επίπεδο ποιότητας του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών.

Οι πάροχοι ηλεκτρονικών επικοινωνιών στο κοινό, συμπεριλαμβανομένων των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, μπορούν να προσφέρουν ή να διευκολύνουν τέτοιες υπηρεσίες μόνο εάν η χωρητικότητα του δικτύου επαρκεί για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών πέραν των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο. Τέτοιου είδους υπηρεσίες δεν χρησιμοποιούνται ούτε παρέχονται ως υποκατάστατο των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και δεν υπονομεύουν τη διαθεσιμότητα ή τη γενική ποιότητα των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο για τους τελικούς χρήστες».

8. Το άρθρο 5 («Εποπτεία και επιβολή»), παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, ορίζει τα εξής:

«Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές παρακολουθούν στενά και διασφαλίζουν τη συμμόρφωση προς τα άρθρα 3 και 4 και προάγουν τη συνεχή διαθεσιμότητα της χωρίς αποκλεισμούς πρόσβασης στο διαδίκτυο σε επίπεδα ποιότητας που αντικατοπτρίζουν τις εξελίξεις στην τεχνολογία. Για τους σκοπούς αυτούς, οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις σχετικά με τεχνικά χαρακτηριστικά, ελάχιστες απαιτήσεις ποιότητας υπηρεσιών και άλλα κατάλληλα και αναγκαία μέτρα σε έναν ή περισσότερους παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών στο κοινό, συμπεριλαμβανομένων των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο.»

B. Η οδηγία 2002/21

9. Το άρθρο 2 περιλαμβάνει τους ακόλουθους ορισμούς:

«η) “Χρήστης”: κάθε φυσικό πρόσωπο ή νομική οντότητα που χρησιμοποιεί ή ζητά διαθέσιμη στο κοινό υπηρεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

θ) “Καταναλωτής”: κάθε φυσικό πρόσωπο που χρησιμοποιεί ή ζητά διαθέσιμη στο κοινό υπηρεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών για σκοπούς που δεν εμπίπτουν στο πεδίο της εμπορικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς του ή του επαγγέλματός του.

[...]

ιδ) “Τελικός χρήστης”: χρήστης που δεν παρέχει δημόσια δίκτυα επικοινωνιών ή υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών διαθέσιμες στο κοινό.

[...]»

II. Τα πραγματικά περιστατικά και τα προδικαστικά ερωτήματα

A. Υπόθεση C-807/18

10. Η Telenor Magyarország Zrt. (στο εξής: Telenor) είναι ένας από τους παρόχους τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών στην Ουγγαρία. Προσφέρει, μεταξύ άλλων, το πακέτο υπηρεσιών MyChat, στο πλαίσιο του οποίου:

- Ο συνδρομητής δικαιούται, έναντι πληρωμής, 1 Gb δεδομένων που μπορεί να χρησιμοποιήσει κατά βούληση. Μόλις χρησιμοποιηθεί όλος αυτός ο όγκος δεδομένων, η πρόσβαση στο διαδίκτυο επιβραδύνεται σημαντικά⁶.
- Εντούτοις, ο συνδρομητής μπορεί ανά πάσα στιγμή να έχει απεριόριστη πρόσβαση, χωρίς περιορισμούς όσον αφορά την ταχύτητα, σε ορισμένες βασικές εφαρμογές κοινωνικής δικτύωσης ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου⁷, χωρίς αυτή η κίνηση δεδομένων να συνυπολογίζεται για τη συμπλήρωση του ανωτάτου ορίου του 1 Gb.

11. Έτσι, με το πακέτο My Chat, όταν ο συνδρομητής καταναλώσει 1 Gb δεδομένων, η επακόλουθη κίνηση δεδομένων που αντιστοιχεί σε εφαρμογές *οι οποίες δεν τυγχάνουν προνομιακής μεταχείρισης* έχει περιορισμένη προσβασιμότητα, με πολύ αργή ταχύτητα, πράγμα που δεν συμβαίνει όσον αφορά τις εφαρμογές *που τυγχάνουν προνομιακής μεταχείρισης* (εκείνες που σχετίζονται με τα προαναφερθέντα μέσα κοινωνικής δικτύωσης).

12. Ο Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Εθνικός Φορέας Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας, Ουγγαρία, στο εξής: Φορέας)⁸ έκρινε ότι το πακέτο MyChat μπορούσε να χαρακτηριστεί ως μέτρο διαχείρισης της κίνησης, υπό τη μορφή εμπορικής πρακτικής η οποία προσφέρει στους συνδρομητές απεριόριστη χρήση και ομοιόμορφη ποιότητα ορισμένων επιλεγμένων εφαρμογών, ενώ επιβραδύνει την πρόσβαση στο λοιπό περιεχόμενο του διαδικτύου.

13. Ο Φορέας θεώρησε ότι το εν λόγω μέτρο αντιβαίνει στις απαιτήσεις ισότιμης μεταχείρισης που δεν εισάγει διακρίσεις, τις οποίες επιβάλλει το άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120, χωρίς να υπάγεται σε καμία από τις προβλεπόμενες στην ως άνω διάταξη εξαιρέσεις. Ως εκ τούτου, διέταξε την Telenor να το καταργήσει.

14. Η Telenor άσκησε προσφυγή κατά της αποφάσεως του Φορέα ενώπιον του Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείου περιφέρειας πρωτεύουσας).

B. Υπόθεση C-39/19

15. Η Telenor προσφέρει επίσης το συμπληρωματικό πακέτο υπηρεσιών MyMusic έναντι προπληρωμής και μηνιαίας συνδρομής. Το πακέτο αυτό προσφέρεται σε τρεις μορφές (Start, Nonstop και Deezer) μέσω των οποίων εξασφαλίζεται ευνοϊκότερη κίνηση δεδομένων όσον αφορά τη λήψη μουσικού και ραδιοφωνικού περιεχομένου.

⁶ Ειδικότερα, το σύστημα μειώνει την ταχύτητα λήψης και αποστολής δεδομένων σε 32 kbit/s κατ' ανώτατο όριο.

⁷ Facebook, Facebook Messenger, Whatsapp, Instagram, Twitter και Viber.

⁸ Η αρχική απόφαση του Φορέα επικυρώθηκε από τον Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (πρόεδρο του εν λόγω Φορέα).

16. Αναλόγως της επιλεγόμενης μηνιαίας συνδρομής⁹, η Telenor προσφέρει στους συνδρομητές των ως άνω προσφορών περιορισμένη (έως 500 Mb μηνιαίως, στο πρόγραμμα MyMusic Start) ή απεριόριστη (στα άλλα δύο προγράμματα) κατανάλωση δεδομένων για την πρόσβαση σε τέσσερις πλατφόρμες μουσικής¹⁰ με συνεχή ροή ή streaming και σε ορισμένους διαδικτυακούς ραδιοφωνικούς σταθμούς.

17. Η κίνηση δεδομένων στο πλαίσιο των εν λόγω πακέτων δεν συνυπολογίζεται στον συμφωνηθέντα όγκο των δεδομένων των συνδρομητών. Οι τελευταίοι εξακολουθούν να έχουν πρόσβαση στις εφαρμογές μουσικής χωρίς περιορισμούς στην ταχύτητα ή αποκλεισμό της ευρυζωνικότητας, ακόμη και αφότου εξαντλήσουν τον συμφωνηθέντα όγκο δεδομένων. Αντιθέτως, το υπόλοιπο περιεχόμενο του διαδικτύου, το οποίο δεν περιλαμβάνεται στις εφαρμογές που τυγχάνουν προνομιακής μεταχείρισης, δημιουργεί κίνηση δεδομένων υποκείμενη σε πληρωμή και είναι περιορισμένα διαθέσιμο.

18. Ο Φορέας εξέδωσε, ως προς τα ως άνω πακέτα, απόφαση παρόμοια με την απόφασή του σχετικά με την προσφορά MyChat (υπόθεση C-807/19). Η Telenor προσέβαλε την απόφαση αυτή ενώπιον του Fővárosi Törbényszék (πρωτοδικείου περιφέρειας πρωτεύουσας).

19. Το εν λόγω δικαστήριο υπέβαλε στο Δικαστήριο, και για τις δύο υποθέσεις, τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Πρέπει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του άρθρου 3, παράγραφος 2, του κανονισμού (ΕΕ) 2015/2120 [...], η εμπορική συμφωνία μεταξύ του παρόχου υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και του τελικού χρήστη, βάσει της οποίας ο πάροχος υπηρεσιών χρεώνει στον τελικό χρήστη μηδενικό τέλος αναφορικά με ορισμένες εφαρμογές (δηλαδή, η κίνηση δεδομένων την οποία συνεπάγεται μια συγκεκριμένη εφαρμογή δεν υπολογίζεται στην κατανάλωση δεδομένων ούτε επιβραδύνει την ταχύτητά της μετά την εξάντληση του συμφωνηθέντος όγκου δεδομένων), και βάσει της οποίας ο εν λόγω πάροχος προβαίνει σε διάκριση η οποία περιορίζεται στους όρους της εμπορικής συμφωνίας που συνάπτεται με τον τελικό χρήστη και η οποία αφορά μόνο τον τελικό χρήστη που είναι συμβαλλόμενο μέρος στην εν λόγω συμφωνία και όχι τον τελικό χρήστη που δεν είναι συμβαλλόμενο μέρος σε αυτήν;
- 2) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, έχει η παράγραφος 3 του άρθρου 3 του κανονισμού την έννοια ότι, προκειμένου να διαπιστωθεί παράβαση –λαμβανομένης υπόψη και της αιτιολογικής σκέψης 7 του κανονισμού– απαιτείται αξιολόγηση βάσει του αντικτύπου και της αγοράς, ώστε να εξακριβωθεί αν τα μέτρα που έλαβε ο πάροχος υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο περιορίζουν ουσιωδώς –και, αν ναι, σε ποιον βαθμό– τα δικαιώματα που απονέμει στον τελικό χρήστη το άρθρο 3, παράγραφος 1, του κανονισμού;
- 3) Ανεξάρτητα από το πρώτο και το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, έχει η παράγραφος 3 του άρθρου 3 του κανονισμού την έννοια ότι η προβλεπόμενη από αυτήν απαγόρευση είναι γενικού και αντικειμενικού χαρακτήρα [¹¹], με αποτέλεσμα να απαγορεύεται κάθε μέτρο διαχείρισης της κίνησης δεδομένων το οποίο εισάγει διαφορές μεταξύ συγκεκριμένων περιεχομένων διαδικτύου, τούτο δε ανεξαρτήτως του αν ο πάροχος υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο εισάγει τις διαφορές αυτές μέσω συμφωνίας, εμπορικής πρακτικής ή άλλου είδους συμπεριφοράς;

⁹ Το τέλος των πακέτων MyMusic είναι σαφώς χαμηλότερο από το τέλος του πακέτου των 500 Mb ή του πακέτου απεριόριστων δεδομένων, τα οποία παρέχονται στο πλαίσιο των ίδιων συνδρομών.

¹⁰ Deezer, Apple Music, Tidal και Spotify.

¹¹ Το ερώτημα της υποθέσεως C-39/19 περιέχει και το επίθετο «ανεπιφύλακτου».

- 4) Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης στο τρίτο ερώτημα, μπορεί επίσης να συντρέχει παράβαση του άρθρου 3, παράγραφος 3, του κανονισμού εκ μόνου του λόγου ότι υπάρχει δυσμενής διάκριση, χωρίς να απαιτείται επιπλέον αξιολόγηση της αγοράς και του αντικτύπου, με αποτέλεσμα να μην είναι απαραίτητη στην περίπτωση αυτή η αξιολόγηση σύμφωνα με τις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 3 του κανονισμού;»

III. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

20. Οι αιτήσεις προδικαστικής αποφάσεως περιήλθαν στο Δικαστήριο στις 20 Δεκεμβρίου 2018 (υπόθεση C-807/18) και στις 23 Ιανουαρίου 2019 (υπόθεση C-39/19).

21. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν η Telenor, ο Φορέας, η Ουγγρική, η Γερμανική, η Αυστριακή, η Τσεχική, η Σλοβένικη, η Φινλανδική, η Ολλανδική και η Ρουμανική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή.

22. Στις 14 Ιανουαρίου 2020 έλαβε χώρα επ' ακροατηρίου συζήτηση της υποθέσεως, στην οποία παρέστησαν η Telenor, ο Φορέας, η Ουγγρική, η Γερμανική, η Ολλανδική και η Σλοβένικη Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή.

IV. Ανάλυση

A. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

23. Τα επίδικα, στο πλαίσιο των δύο υπό κρίση αιτήσεων προδικαστικής αποφάσεως, τέλη παρέχουν στους πελάτες που επιλέγουν την αντίστοιχη συνδρομή τη δυνατότητα πρόσβασης σε ορισμένες εφαρμογές χωρίς η απορρέουσα από τη χρήση των εν λόγω εφαρμογών κίνηση δεδομένων να αφαιρείται από τον συμφωνηθέντα όγκο δεδομένων, στον οποίο υπολογίζονται μόνον τα δεδομένα που αντιστοιχούν στη χρήση άλλων εφαρμογών.

24. Το «μηδενικό τέλος» συνεπάγεται την επιβράδυνση της λήψης δεδομένων από υπηρεσίες και εφαρμογές οι οποίες δεν συμπεριλαμβάνονται στην προσφορά, μόλις καταναλωθεί ο συμφωνηθείς όγκος δεδομένων που εμπίπτει στο γενικό τέλος. Μολονότι η κατανάλωση του συμφωνηθέντος όγκου δεδομένων δεν επηρεάζει ούτε την πρόσβαση στις εφαρμογές που τυγχάνουν προνομιακής μεταχείρισης ούτε την ταχύτητα χρήσης τους, από το χρονικό αυτό σημείο και έπειτα η χρήση των λοιπών εφαρμογών παρεμποδίζεται ή επιβραδύνεται.

25. Κατά την εκτίμηση του Φορέα, οι εν λόγω προσφορές συνεπάγονται μέτρα διαχείρισης της κίνησης δεδομένων που αντίκεινται στο άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120. Προκειμένου να αποφανθεί ως προς την εκτίμηση αυτή, το αιτούν δικαστήριο υποβάλλει τέσσερα προδικαστικά ερωτήματα, τα οποία μπορούν να συνενωθούν συνοψιζόμενα στα εξής δύο:

- Αφενός, υπό το πρίσμα ποιας παραγράφου (της 2 ή της 3) του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 πρέπει να εξεταστούν τα τέλη (πρώτο και δεύτερο ερώτημα).
- Αφετέρου, υποθεθείσθω ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120, αν η διάταξη αυτή επιβάλλει απαγόρευση γενικού, αντικειμενικού και ανεπιφύλακτου χαρακτήρα (τρίτο ερώτημα) και, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, αν παρέλκει η ανάγκη αξιολόγησης των εκάστοτε περιστάσεων προκειμένου να εξακριβωθεί τυχόν προσβολή των δικαιωμάτων των τελικών χρηστών (δεύτερο και τέταρτο ερώτημα).

1. Οι σκοποί του κανονισμού 2015/2120

26. Για την εξέταση των εν λόγω προδικαστικών ερωτημάτων πρέπει να ληφθούν υπόψη οι σκοποί του κανονισμού 2015/2120 και, ειδικότερα, η διάρθρωση του άρθρου 3 αυτού.

27. Ο κανονισμός 2015/2120 εξυπηρετεί τον διττό σκοπό της διασφάλισης της πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο και της προστασίας των τελικών χρηστών. Κατά την άποψή μου, οι εν λόγω δύο σκοποί δεν έχουν το ίδιο ειδικό βάρος στο πλαίσιο της οικονομίας του κανονισμού, από τις διατάξεις του οποίου συνάγεται ότι ο πρώτος (η διασφάλιση του ανοικτού διαδικτύου) έχει προτεραιότητα.

28. Στον ίδιο τον τίτλο του κανονισμού 2015/2120 δηλώνεται ως πρωταρχική του επιδίωξη η θέσπιση «μέτρων σχετικά με την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο» και, εν συνεχεία, η τροποποίηση της οδηγίας 2002/22 «για την καθολική υπηρεσία και τα δικαιώματα των χρηστών όσον αφορά δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών»¹².

29. Στην ίδια αυτή κατεύθυνση κινούνται η αιτιολογική σκέψη 1 και το άρθρο 1, παράγραφος 1, του κανονισμού 2015/2120, σύμφωνα με το οποίο ο τελευταίος «θεσπίζει κοινούς κανόνες για τη διασφάλιση ισότιμης και μη διακριτικής διαχείρισης της κίνησης κατά την παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των σχετικών δικαιωμάτων των τελικών χρηστών»¹³.

30. Τα υπόλοιπα άρθρα του κανονισμού 2015/2120 τεκμηριώνουν τον πρωταρχικό χαρακτήρα του σκοπού διασφάλισης της πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο¹⁴. Τούτο συμβαίνει, ιδίως, στην περίπτωση του άρθρου 3, την ερμηνεία του οποίου αφορά η προδικαστική παραπομπή, και το οποίο αφορά, όπως εύγλωττα δηλώνει ο τίτλος του, τη «διασφάλιση πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο». Στην πρόσβαση αυτή αναφέρονται και άλλες διατάξεις του κανονισμού¹⁵.

2. Τα δικαιώματα των τελικών χρηστών

31. Υπό τον ως άνω τίτλο, το άρθρο 3, παράγραφος 1, απαριθμεί τα δικαιώματα που έχουν οι επονομαζόμενοι «τελικοί χρήστες». Για να προσδιοριστεί ποιοι είναι αυτοί οι «τελικοί χρήστες» πρέπει να ληφθούν υπόψη, κατά ρητή παραπομπή του άρθρου 2 του κανονισμού 2015/2120, οι «ορισμοί του άρθρου 2 της οδηγίας 2002/21».

32. Ο «τελικός χρήστης» ορίζεται στο άρθρο 2, στοιχείο ιδ', της οδηγίας 2002/21 ως ο «χρήστης που δεν παρέχει δημόσια δίκτυα επικοινωνιών ή υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών διαθέσιμες στο κοινό».

33. Ο «τελικός χρήστης» δεν είναι, επομένως, μόνον ο [οριζόμενος στο άρθρο 2, στοιχείο η', της οδηγίας 2002/21 ως «κάθε φυσικό πρόσωπο ή νομική οντότητα που χρησιμοποιεί ή ζητά διαθέσιμη στο κοινό υπηρεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών»] «χρήστης» ή ο «καταναλωτής» [που ορίζεται στο άρθρο 2, στοιχείο θ', της ίδιας οδηγίας ως «κάθε φυσικό πρόσωπο που χρησιμοποιεί ή ζητά διαθέσιμη

¹² Η τρίτη επιδίωξη του κανονισμού 2015/2120, η οποία δεν ενδιαφέρει εν προκειμένω, είναι η τροποποίηση του κανονισμού 531/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουνίου 2012, για την περιαγωγή σε δημόσια δίκτυα κινητών επικοινωνιών εντός της Ένωσης (ΕΕ 2012, L 172, σ. 10).

¹³ Η υπογράμμιση δική μου. Η φράση αυτή διαβαθμίζει, κατά κάποιον τρόπο, τα δικαιώματα των τελικών χρηστών, τα οποία διακηρύσσονται σε συνάρτηση με τη διασφάλιση της μεταχείρισης που επιφυλάσσεται στην κίνηση δεδομένων κατά την παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο.

¹⁴ Ο σκοπός της πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο δεν είναι, εν τέλει, άλλος από τη διασφάλιση «τη[ς] συνεχ[ούς] λειτουργία[ς] του διαδικτυακού οικοσυστήματος ως κινητήριας δύναμης της καινοτομίας» (αιτιολογική σκέψη 1), προκειμένου να μπορεί να συνεχίσει να λειτουργεί ως «ανοικτή πλατφόρμα καινοτομίας» (αιτιολογική σκέψη 3). Τα παραπάνω προβλέπονται προς όφελος του γενικού συμφέροντος και, ως εκ τούτου, έμμεσα, προς όφελος πλείστων ατομικών δικαιωμάτων, μεταξύ των οποίων το δικαίωμα στην πληροφόρηση και η ελευθερία της έκφρασης. Τα δικαιώματα τα οποία αναγνωρίζονται έμμεσα στους τελικούς χρήστες από τον κανονισμό 2015/2120 είναι τα στενά συνδεδεμένα με την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο και, ως εκ τούτου, αφορούν τους τρόπους και τις προϋποθέσεις της εν λόγω πρόσβασης.

¹⁵ Το άρθρο 4 του κανονισμού 2015/2120 αφορά τα «μέτρα διαφάνειας για τη διασφάλιση της πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο». Τα άρθρα 5 και 6 προβλέπουν, αντίστοιχα, μέτρα για την «εποπτεία και επιβολή» και «κυρώσεις» όσον αφορά τη συμμόρφωση με τα άρθρα 3, 4 και 5.

στο κοινό υπηρεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών για σκοπούς που δεν εμπίπτουν στο πεδίο της εμπορικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς του ή του επαγγέλματός του»], αλλά, για να είναι απολύτως σαφές, τόσο ο καταναλωτής που χρησιμοποιεί το διαδίκτυο όσο και ο πάροχος περιεχομένου και εφαρμογών.

34. Μολονότι η ορολογία μπορεί να φαίνεται αμφίσημη¹⁶, το πρόσωπο το οποίο συνδέεται στο διαδίκτυο μέσω των σταθερών ή κινητών συσκευών του, καθώς και το πρόσωπο το οποίο παρέχει περιεχόμενο και εφαρμογές, χαρακτηρίζονται «τελικοί χρήστες», κατά την έννοια της οδηγίας 2002/21 (και, εξ αντανakλάσεως, του κανονισμού 2015/2120), καθώς έχουν *πρόσβαση* στο διαδίκτυο: είτε για την απόκτηση πληροφοριών και περιεχομένου που παρέχονται από ορισμένους παρόχους είτε, στην περίπτωση των τελευταίων, για να καταστούν οι εφαρμογές, οι υπηρεσίες και το περιεχόμενό τους προσβάσιμα στο κοινό.

35. Τα δικαιώματα του τελικού χρήστη, τα οποία ορίζονται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του κανονισμού 2015/2120 είναι:

- το δικαίωμα να έχει πρόσβαση και να διανέμει πληροφορίες και περιεχόμενο στο διαδίκτυο·
- το δικαίωμα να χρησιμοποιεί και να παρέχει εφαρμογές και υπηρεσίες·
- το δικαίωμα να χρησιμοποιεί τερματικό εξοπλισμό της επιλογής του.

36. Τα ως άνω δικαιώματα προβλέπονται «ανεξαρτήτως του τόπου του τελικού χρήστη ή του παρόχου ή του τόπου, της προέλευσης ή του προορισμού της πληροφορίας, του περιεχομένου, της εφαρμογής ή της υπηρεσίας»¹⁷. Κατά το δεύτερο δε εδάφιο του άρθρου 3, παράγραφος 1, τα δικαιώματα αυτά «δεν θίγ[ουν] το ενωσιακό δίκαιο ούτε το εθνικό δίκαιο που συμμορφώνεται με το ενωσιακό δίκαιο, σχετικά με τη νομιμότητα του περιεχομένου, των εφαρμογών ή των υπηρεσιών».

37. Εν συνόψει, τα δικαιώματα της παραγράφου 1 διασφαλίζουν την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο, υπό την έννοια ότι οι τελικοί χρήστες μπορούν να *έχουν πρόσβαση* σε κάθε περιεχόμενο, εφαρμογή και υπηρεσία, καθώς και να *τα παρέχουν και να τα διανέμουν* άνευ περιορισμών, εφόσον είναι νόμιμα.

3. Άρθρο 3, παράγραφος 2, του κανονισμού 2015/2120

38. Οι αμφιβολίες του αιτούντος δικαστηρίου αφορούν τις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120.

39. Η παράγραφος 2 καθιερώνει ειδική εγγύηση για τα δικαιώματα της παραγράφου 1 και έχει ως αντικείμενο, όπως προανέφερα, την προστασία του ανοικτού χαρακτήρα του διαδικτύου. Στο πλαίσιο αυτό, η παράγραφος 2 ορίζει ότι η άσκηση των εν λόγω δικαιωμάτων δεν μπορεί να περιορίζεται: α) από τις συμφωνίες μεταξύ των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των τελικών χρηστών σχετικά με τις «εμπορικές και τεχνικές προϋποθέσεις και τα χαρακτηριστικά των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο» και β) από «οποιοσδήποτε εμπορικές πρακτικές των παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο».

¹⁶ Ο χαρακτηρισμός «τελικός χρήστης» δεν είναι πολύ επιτυχής, καθόσον παραγνωρίζει την αναγνώριση των παρόχων ως υποκειμένων που εμπίπτουν στην οριοθετούμενη από την εν λόγω φράση κατηγορία. Η Γερμανική, η Αυστριακή, η Τσεχική και η Σλοβενική Κυβέρνηση τόνισαν ότι οι πάροχοι *περιεχομένου* είναι και αυτοί «τελικοί χρήστες», κατά την έννοια του κανονισμού 2015/2120. Η Επιτροπή επιβεβαίωσε τούτο κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, παραπέμποντας στο σχετικό χωρίο των Κατευθυντήριων γραμμών για την εφαρμογή των ευρωπαϊκών κανόνων δικτυακής ουδετερότητας από τις Εθνικές Ρυθμιστικές Αρχές [BoR (16) 127], που έχει θεσπίσει το Σώμα [Φορέας] ευρωπαϊκών ρυθμιστικών αρχών για τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες (BEREC).

¹⁷ Η διάταξη αναφέρεται χωριστά στον «τελικό χρήστη» και στον «πάροχο». Κακώς, κατά την άποψή μου, λαμβανομένου υπόψη του ορισμού της πρώτης έννοιας από το άρθρο 2, στοιχείο ιδ', της οδηγίας 2002/21. Φαίνεται ότι ο νομοθέτης του κανονισμού 2015/2120 υπήρξε θύμα της εννοιολογικής αοριστίας της έκφρασης «τελικός χρήστης», στην οποία αναφέρθηκα στην προηγούμενη υποσημείωση.

40. Η διαφορά μεταξύ των «συμφωνιών» και των «εμπορικών πρακτικών» αφορά, κατά την άποψή μου, τον ρητό ή σιωπηρό χαρακτήρα της συναίνεσης των τελικών χρηστών όσον αφορά τις εμπορικές και τεχνικές προϋποθέσεις και τα χαρακτηριστικά των υπηρεσιών πρόσβασης:

- Όσον αφορά τις *συμφωνίες*, ο τελικός χρήστης συναινεί ρητώς στους εν λόγω όρους, τους οποίους συνομολογεί με τον προμηθευτή.
- Όσον αφορά τις *εμπορικές πρακτικές*, η συγκατάθεση συνάγεται από τη σιωπηρή, εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου, αποδοχή των όρων που καθορίζονται μονομερώς από τους παρόχους¹⁸.

41. Εν πάση περιπτώσει, η παράγραφος 2 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 προσδιορίζει ποιες «εμπορικές και τεχνικές προϋποθέσεις και [τα] χαρακτηριστικά των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο» δεν μπορούν να περιορίσουν την άσκηση των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται στους τελικούς χρήστες από την παράγραφο 1: προϋποθέσεις και χαρακτηριστικά όπως η «τιμή, ο όγκος των δεδομένων ή η ταχύτητα». Η εν λόγω απαρίθμηση δεν είναι, φρονώ, εξαντλητική, εντούτοις, τα προαναφερθέντα τρία στοιχεία είναι τα πλέον κρίσιμα όσον αφορά την κρινόμενη υπόθεση.

4. Άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120

42. Ενώ η παράγραφος 2 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 θεσπίζει αναφορικά με τα δικαιώματα της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου ειδική εγγύηση, η οποία ως εκ τούτου αποσκοπεί στη διασφάλιση του *ανοικτού διαδικτύου*, η παράγραφος 3 επιβάλλει στους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο την υποχρέωση διαχείρισης της κίνησης δεδομένων στο διαδίκτυο, με απώτερο στόχο τη διασφάλιση της *ισότιμης διαχείρισης της κίνησης στο διαδίκτυο που δεν εισάγει διακρίσεις*¹⁹.

43. Σύμφωνα με το άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120, οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο οφείλουν, όταν παρέχουν τις εν λόγω υπηρεσίες, να αντιμετωπίζουν «ισότιμα κάθε κίνηση, χωρίς αποκλεισμούς, περιορισμούς ή παρεμβάσεις και ανεξαρτήτως του αποστολέα και του παραλήπτη, του περιεχομένου στο οποίο έχει γίνει πρόσβαση ή του διανεμηθέντος περιεχομένου, των χρησιμοποιούμενων ή παρεχόμενων εφαρμογών ή υπηρεσιών ή του χρησιμοποιούμενου τερματικού εξοπλισμού»²⁰.

18 Μολονότι η εννοιολογική οριοθέτηση μεταξύ «συμφωνιών» και «πρακτικών» δεν είναι κρίσιμη εν προκειμένω, δέον να επισημανθεί ότι στο σημείο 33 (υποσημείωση 10) των κατευθυντήριων γραμμών για την εφαρμογή των ευρωπαϊκών κανόνων δικτυακής ουδετερότητας από τις εθνικές ρυθμιστικές αρχές [BoR (16) 127], ο BEREC αναφέρεται στη δυνατότητα να παράσχει καθοδήγηση, τηρουμένων των αναλογιών, ο ορισμός για τις «εμπορικές πρακτικές» που περιέχεται στο άρθρο 2, στοιχείο δ', της οδηγίας 2005/29/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/EK, 98/27/EK και 2002/65/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου («Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές») (ΕΕ 2005, L 149, σ. 22). Ο μονομερής χαρακτήρας αποτελεί καθοριστικό στοιχείο της έννοιας: «κάθε πράξη, παράλειψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευμένου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές».

19 Προς αποφυγή σύγχυσης, θα αποφύγω τον όρο «ουδετερότητα», μολονότι τον χρησιμοποιούν πολλοί από τους εμπλεκόμενους στις σχετικές υποθέσεις (βλ. υποσημείωση 3 των παρούσων προτάσεων), και θα χρησιμοποιήσω αποκλειστικώς και μόνον την έκφραση «αρχή της ίσης μεταχείρισης» ή ισοδύναμες εκφράσεις. Για τη συζήτηση περί ουδετερότητας του διαδικτύου στη θεωρία, βλ. ενδεικτικά Robles Carrillo, Margarita, «El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: Alcance y contenido», σε *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63 (2019), σ. 449 έως 488.

20 Η αναφορά στον «χρησιμοποιούμεν[ο] τερματικ[ό] εξοπλισμ[ό]» εξειδικεύει την υπομνησθείσα στην αιτιολογική σκέψη 2 του κανονισμού αρχή της «τεχνολογικής ουδετερότητας». Η υπόλοιπη διάταξη θεσπίζει μια κλασική υποχρέωση ίσης μεταχείρισης. Τούτο επιρρωννύεται από την αιτιολογική σκέψη 8 του κανονισμού, η οποία, αφού επαναλαμβάνει κατ' ουσίαν το γράμμα του άρθρου 3, παράγραφος 3, προσθέτει εν συνεχεία ότι «σύμφωνα με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου και την παγιωμένη νομολογία, δεν θα πρέπει να αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο παρόμοιες καταστάσεις, ούτε να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο διαφορετικές καταστάσεις, εκτός αν μια τέτοια αντιμετώπιση δικαιολογείται αντικειμενικά».

44. Εντούτοις, η ως άνω επιταγή δεν είναι απόλυτη. Η παράγραφος 3 επιτρέπει στους παρόχους υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο «να εφαρμόζουν εύλογα μέτρα διαχείρισης της κίνησης». Τα μέτρα αυτά «πρέπει να είναι διαφανή και αναλογικά, να μην εισάγουν διακρίσεις και να μη βασίζονται σε εμπορικά κριτήρια, αλλά σε αντικειμενικά διαφορετικές απαιτήσεις τεχνικής ποιότητας των υπηρεσιών για συγκεκριμένες κατηγορίες κίνησης», και «δεν παρακολουθούν το συγκεκριμένο περιεχόμενο [ούτε] διατηρούνται πέραν του απαιτούμενου».

45. Χωρεί, επομένως, *διαφορετική* (αλλά μη συνεπαγόμενη διακρίσεις) αντιμετώπιση της κίνησης δεδομένων όταν τούτο επιτάσσει η τεχνικά αποτελεσματική διαχείριση της εν λόγω κίνησης.

46. Η λεπτή ισορροπία μεταξύ, αφενός, της υποχρέωσης όμοιας αντιμετώπισης κάθε τρόπου πρόσβασης στο διαδίκτυο και, αφετέρου, της αποτελεσματικής διαχείρισης της σχετικής κίνησης δεδομένων, αποτυπώνεται στην απαρίθμηση επιτρεπόμενων ή απαγορευμένων συμπεριφορών στο τέταρτο εδάφιο του άρθρου 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120.

47. Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη:

- Οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο δεν μπορούν να εφαρμόζουν μέτρα διαχείρισης της κίνησης που υπερβαίνουν αυτά που προβλέπονται στο δεύτερο εδάφιο, περαιτέρω δε «κυρίως, δεν παρεμποδίζουν, επιβραδύνουν, αλλοιώνουν, περιορίζουν, εισάγουν παρεμβολές, υποβαθμίζουν ή επιβάλλουν διακρίσεις έναντι συγκεκριμένου περιεχομένου, εφαρμογών ή υπηρεσιών ή συγκεκριμένων κατηγοριών αυτών [...]».
- Ωστόσο, η ως άνω απαγόρευση δεν ισχύει «αν αυτό είναι αναγκαίο και μόνο για όσο διάστημα είναι αναγκαίο [για]» ορισμένους σκοπούς, εκ των οποίων κρίσιμοι εν προκειμένω είναι «[...] [η διασφάλιση] τη[ς] ακεραιότητα[ς] και τη[ς] ασφάλεια[ς] του δικτύου, των υπηρεσιών που παρέχονται μέσω του εν λόγω δικτύου και του τερματικού εξοπλισμού των τελικών χρηστών· [και] [η πρόληψη] τη[ς] εμφάνιση[ς] εμποδίων λόγω συμφόρησης του δικτύου και [η άμβλυνση των] επιπτώσε[ων] από τυχόν εξαιρετική ή προσωρινή συμφόρηση του δικτύου, υπό την προϋπόθεση ότι ανάλογες κατηγορίες κίνησης αντιμετωπίζονται ισότιμα»²¹.

48. Μολονότι η Φινλανδική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι οι κανόνες της παραγράφου 3 του άρθρου 3 αποτελούν «αυτοτελές σύνολο» σε σχέση με τους κανόνες των παραγράφων 1 και 2 του ίδιου άρθρου²², συντάσσομαι μάλλον με την άποψη της Ουγγρικής Κυβέρνησης και της Επιτροπής, υπό την έννοια ότι η παράγραφος 3 έχει ως αντικείμενο, όπως και η παράγραφος 2, τη διασφάλιση των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στην παράγραφο 1²³.

49. Η διασφάλιση της ισότιμης διαχείρισης της κίνησης δεδομένων στο διαδίκτυο κατά τρόπο που να μην εισάγει διακρίσεις αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου το διαδίκτυο να είναι πράγματι ανοικτό για τους τελικούς χρήστες. Ο εν λόγω *ανοικτός χαρακτήρας* προϋποθέτει τη δυνατότητα πρόσβασης στο διαθέσιμο περιεχόμενο, εφαρμογές και υπηρεσίες, καθώς και την παροχή και διανομή αυτών χωρίς περιορισμούς βασιζόμενους σε οποιουσδήποτε από τους αναφερόμενους στην παράγραφο 1 του άρθρου 3 παράγοντες: «το[ν] τόπ[ο] του τελικού χρήστη ή του παρόχου ή το[ν] τόπ[ο], τη[ν] προέλευσ[η] ή το[ν] προορισμ[ό] της πληροφορίας, του περιεχομένου, της εφαρμογής ή της υπηρεσίας» τα οποία είναι προσβάσιμα μέσω του διαδικτύου.

21 Στις προϋποθέσεις αυτές προστίθενται και άλλες, οι οποίες δεν είναι κρίσιμες εν προκειμένω. Συγκεκριμένα, η παράγραφος 4 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 ορίζει ότι μέτρα τα οποία συνεπάγονται επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπονται μόνον εφόσον αυτή η επεξεργασία είναι απαραίτητη και αναλογική για την επίτευξη των σκοπών της παραγράφου 3 και συνάδουν προς τους κανόνες της Ένωσης για την προστασία προσωπικών δεδομένων. Η παράγραφος 5 του άρθρου 3 επιτρέπει την προσφορά βελτιστοποιημένων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, υπό την προϋπόθεση, μεταξύ άλλων, ότι οι εν λόγω υπηρεσίες δεν «υπονομεύουν τη διαθεσιμότητα ή τη γενική ποιότητα των υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο για τους τελικούς χρήστες».

22 Σημείο 15 του υπομνήματος γραπτών παρατηρήσεων της Φινλανδικής Κυβέρνησης.

23 Ακολουθώντας την ίδια συλλογιστική, η Αυστριακή Κυβέρνηση επισημαίνει ότι η παράβαση της παραγράφου 3 του άρθρου 3 συνεπιφέρει προσβολή των δικαιωμάτων της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου, αντικρούοντας, κατά τον τρόπο αυτόν, το επιχείρημα περί αυτονομίας μεταξύ των δύο παραγράφων.

50. Επομένως, οι παράγραφοι 2 και 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 θεσπίζουν διαφορετικές εγγυήσεις των δικαιωμάτων τα οποία κατοχυρώνονται στην παράγραφο 1 της ίδιας διάταξης²⁴.

51. Βάσει των προκειμένων αυτών, θα εξετάσω τα προδικαστικά ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου.

B. Επί της κρίσιμης διατάξεως για την εκτίμηση της νομιμότητας του επίδικου τέλους (πρώτο και δεύτερο προδικαστικό ερώτημα)

52. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν οι υποβληθείσες στην κρίση του αποφάσεις πρέπει να εξεταστούν υπό το πρίσμα της παραγράφου 2 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 (πρώτο προδικαστικό ερώτημα) ή αν, αντιθέτως, έχει εφαρμογή επ' αυτών η παράγραφος 3 του ίδιου άρθρου (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα).

53. Κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, υφίσταται «εμπορική συμφωνία μεταξύ του παρόχου υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο [Telenor] και του τελικού χρήστη, βάσει της οποίας [η Telenor] χρεώνει στον τελικό χρήστη μηδενικό τέλος αναφορικά με ορισμένες εφαρμογές (δηλαδή, η κίνηση δεδομένων την οποία συνεπάγεται μια συγκεκριμένη εφαρμογή δεν υπολογίζεται στην κατανάλωση δεδομένων ούτε επιβραδύνει την ταχύτητά της μετά την εξάντληση του συμφωνηθέντος όγκου δεδομένων), και βάσει της οποίας [η Telenor] προβαίνει σε διάκριση η οποία περιορίζεται στους όρους της εμπορικής συμφωνίας που συνάπτεται με τον τελικό χρήστη και η οποία απευθύνεται μόνο στον τελικό χρήστη που είναι συμβαλλόμενο μέρος στην εν λόγω συμφωνία και όχι στον τελικό χρήστη που δεν είναι συμβαλλόμενο μέρος σε αυτήν»²⁵.

54. Όπως τόνισε η Γερμανική Κυβέρνηση, δυνάμει της συμφωνίας αυτής, ο πάροχος υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο εφαρμόζει μέτρο διαχείρισης της κίνησης. Πράγματι, όπως αναφέρεται στις διατάξεις περί παραπομπής, η Telenor δεν αμφισβητεί ότι [...] συνεπάγεται διαφορετική διαχείριση της κίνησης δεδομένων αναλόγως του αν πρόκειται για τις επιλεγμένες εφαρμογές ή για άλλο περιεχόμενο του διαδικτύου. Ειδικότερα, η διαχείριση αυτή συνεπάγεται επιβράδυνση της πρόσβασης στο ως άνω περιεχόμενο.

55. Υπό τις συνθήκες αυτές, οι πάροχοι των μη επιλεγμένων εφαρμογών υφίστανται, ως «τελικοί χρήστες», δυσμενή μεταχείριση σε σχέση με τους παρόχους των εφαρμογών οι οποίες τυγχάνουν προνομιακής μεταχείρισης στο πλαίσιο της εμπορικής συμφωνίας. Οι πρώτοι είναι, εν τέλει, οι πλέον άμεσα θιγόμενοι από την εν λόγω συμφωνία. Είναι αληθές ότι οι συνδρομητές που συνάπτουν τη συμφωνία και, επομένως, είναι και αυτοί «τελικοί χρήστες», δεν υφίστανται αυτή την άμεση δυσμενή

²⁴ Όπως συζητήθηκε κατά την επ' ακροατηρίου διαδικασία, οι δύο παράγραφοι του άρθρου 3 προσομοιάζουν μέχρι ορισμένου βαθμού με την παράγραφο 1 του άρθρου 4. Η τελευταία αυτή διάταξη, στο πλαίσιο πρόβλεψης των πληροφοριών οι οποίες πρέπει να περιέχονται σε κάθε σύμβαση υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, κάνει μνεία των πρακτικών συνεπειών τόσο των ενδεχόμενων μέτρων διαχείρισης της κίνησης (στα οποία αναφέρεται η παράγραφος 3 του άρθρου 3), όσο και των συμφωνηθεισών μεταξύ των συμβαλλομένων παραμέτρων ποιότητας της υπηρεσίας (των συμβατικών όρων που αποτελούν αντικείμενο ρύθμισης της παραγράφου 2 του άρθρου 3). Σε αμφότερες τις περιπτώσεις πρόκειται, εν τέλει, για ενημέρωση σχετικά με τις εγγυήσεις βάσει των οποίων προστατεύονται, δυνάμει αμφοτέρων των ως άνω δύο παραγράφων του άρθρου 3, τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στην παράγραφο 1 της ίδιας διάταξης.

²⁵ Όπως προεκτέθηκε (σημείο 36 των παρούσων προτάσεων), σύμφωνα με τον κανονισμό 2015/2120, ο καταναλωτής περιλαμβάνεται στους τελικούς χρήστες, στην ίδια δε κατηγορία εντάσσονται και οι πάροχοι περιεχομένου και εφαρμογών. Επομένως, πρέπει να θεωρηθεί ότι η επίδικη συμφωνία «προβαίνει σε διάκριση η οποία περιορίζεται στους όρους της εμπορικής συμφωνίας που συνάπτεται με τον καταναλωτή και αφορά μόνο τον εν λόγω καταναλωτή». Με άλλα λόγια, οι προβλεπόμενοι όροι (μεταξύ των οποίων και τα μέτρα διαχείρισης της κίνησης δεδομένων τα οποία επιβραδύνουν την πρόσβαση σε ορισμένες εφαρμογές) ισχύουν μόνο για τον καταναλωτή που συνήψε τη συμφωνία. Κατά συνέπεια, δεν επιβραδύνεται γενικώς και για όλους τους τελικούς χρήστες η κίνηση δεδομένων όλων των διαθέσιμων στο διαδίκτυο εφαρμογών, αλλά μόνον η κίνηση δεδομένων μεταξύ του τελικού χρήστη (συνδρομητή) ο οποίος συνήψε τη συμφωνία και του τελικού χρήστη (προμηθευτή) ο οποίος παρέχει τις αποκλειόμενες εφαρμογές.

διάκριση. Ωστόσο, δεν παύουν να υφίστανται εμμέσως τις συνέπειες της αντιμετώπισης την οποία έχουν οι μη προνομιούχοι πάροχοι, καθώς μειώνεται εν τέλει η δυνατότητα πρόσβασής τους στο περιεχόμενο που είναι διαθέσιμο στο διαδίκτυο, την οποία εξασφαλίζει το δικαίωμα που κατοχυρώνεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120.

56. Κατά τη γνώμη μου, το ως άνω μέτρο μείωσης της ταχύτητας της μετάδοσης, που είναι αντικειμενικού χαρακτήρα και εύκολα διαπιστώσιμο, εμπίπτει αβίαστα στην παράγραφο 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120, το οποίο αναφέρει την «επιβράδυνση» ως έναν από τους κατ' αρχήν απαγορευόμενους (με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που προβλέπει εν συνεχεία ο νομοθέτης) τρόπους διαχείρισης της κίνησης δεδομένων²⁶.

57. Η επιβράδυνση της πρόσβασης σε εφαρμογές και περιεχόμενο πέραν όσων τυγχάνουν *προνομιακής μεταχείρισης* συμφωνήθηκε δυνάμει της συμφωνίας μεταξύ της Telenor και των συνδρομητών της. Επομένως, συναφής εδώ είναι η παράγραφος 2 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120, η οποία απαγορεύει τις *συμφωνίες* «σχετικά με τις εμπορικές και τεχνικές προϋποθέσεις»²⁷.

58. Συνακόλουθα, τίθεται το ερώτημα ποια από τις δύο παραγράφους του άρθρου 3 τυγχάνει εφαρμογής σε περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, προβλέπεται μέτρο επιβράδυνσης της κίνησης δυνάμει συμφωνίας μεταξύ ενός παρόχου υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και των συνδρομητών του.

59. Στην πραγματικότητα, το ερώτημα δεν είναι λυσιτελές υπό το πρίσμα των τελικών συνεπειών: ανεξαρτήτως της εφαρμοστέας παραγράφου, το αποτέλεσμα (ήτοι, ο παράνομος χαρακτήρας του επίδικου μέτρου και, ως εκ τούτου, της συμφωνίας που το προβλέπει) παραμένει το ίδιο. Εντούτοις, το ερώτημα μπορεί να χρησιμεύσει για την αποσαφήνιση του πραγματικού από το οποίο απορρέει ο παράνομος χαρακτήρας:

- Στο πλαίσιο συμμόρφωσης με την παράγραφο 2 του άρθρου 3, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 7 του κανονισμού 2015/2120, οι αρμόδιες αρχές πρέπει να δρουν με γνώμονα την «κλίμακα» της συμφωνίας, λαμβάνοντας υπόψη, «μεταξύ άλλων [...] τις αντίστοιχες θέσεις στην αγορά [των] παρόχων υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο, καθώς και [των] παρόχων περιεχομένου, εφαρμογών και υπηρεσιών», και οφείλουν να παρεμβαίνουν όταν η συμφωνία έχει ως αποτέλεσμα «την υπονόμηση της ουσίας» του δικαιώματος πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο²⁸.
- Αντιθέτως, στο πλαίσιο συμμόρφωσης με την παράγραφο 3 του άρθρου 3, αποκλείεται οποιαδήποτε εξέταση των εκάστοτε περιστάσεων, δεδομένου ότι η επιταγή περί ισότιμης αντιμετώπισης ισχύει «ανεξάρτητα από τον αποστολέα ή παραλήπτη, το περιεχόμενο, την εφαρμογή ή υπηρεσία ή τον τερματικό εξοπλισμό της»²⁹.

60. Στο πλαίσιο αυτό, συμφωνώ με την Ολλανδική Κυβέρνηση ότι πρέπει να προκριθεί η παράγραφος 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120.

²⁶ Στο πλαίσιο αυτό εντάσσονται και οι κατευθυντήριες γραμμές του BEREC, ως προς τη γενική ερμηνευτική αξία των οποίων, καίτοι δεν πρόκειται για κανόνες δεσμευτικού χαρακτήρα, υπήρξε σύμφωνια μεταξύ των διαδίκων στην επ' ακροατηρίου συζήτηση.

²⁷ Η υπογράμμιση δική μου.

²⁸ Κατά την επ' ακροατηρίου διαδικασία συζητήθηκε η ενδεχόμενη συνέπεια της διάκρισης που πραγματοποιείται στην αιτιολογική σκέψη 7 μεταξύ των περιπτώσεων στις οποίες οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές «θα πρέπει να είναι εξουσιοδοτημένες να παρεμβαίνουν κατά συμφωνιών ή εμπορικών πρακτικών» και των περιπτώσεων στις οποίες οι εν λόγω αρχές «θα πρέπει να οφείλουν να παρεμβαίνουν». Κατά την άποψή μου, στην πρώτη περίπτωση το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να επιτρέπει την παρέμβαση των οικείων αρχών στις συμφωνίες ή εμπορικές πρακτικές. Στη δεύτερη περίπτωση, οι ρυθμιστικές αρχές, αφ' ης στιγμής εξουσιοδοτηθούν, θα πρέπει να παρεμβαίνουν υποχρεωτικώς όταν διαπιστώνουν την ύπαρξη συμφωνιών και πρακτικών που αντίκεινται στον κανονισμό 2015/2120.

²⁹ Αιτιολογική σκέψη 8 του κανονισμού 2015/2120.

61. Πράγματι, δεδομένου ότι η ισότιμη και χωρίς διακρίσεις αντιμετώπιση αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη διασφάλιση της πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο³⁰, η αποφυγή λοιπών περιορισμών, που επιβάλλονται είτε συμβατικώς είτε δυνάμει εμπορικών πρακτικών, χωρεί μόνον όταν η εν λόγω πρόσβαση διασφαλίζεται *από τεχνικής απόψεως*³¹.

62. Φρονώ, επομένως, ότι η παράγραφος 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 περιέχει γενική διάταξη υπό το πρίσμα της οποίας πρέπει να εξετάζονται εκ των προτέρων όλες οι συμφωνίες και εμπορικές πρακτικές. Εφόσον έχουν αποκλειστεί μέτρα διαχείρισης της κίνησης τα οποία δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της παραγράφου 3, τότε μπορεί να εξεταστεί, εάν συντρέχει λόγος, η νομιμότητα των εν λόγω συμφωνιών και πρακτικών υπό το πρίσμα της παραγράφου 2. Εξυπακούεται ότι, όπως επισημαίνει η Ρουμανική Κυβέρνηση, δεν χωρεί συμβατική παρέκκλιση από την προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 απαγόρευση κάθε μεταχείρισης που εισάγει διακρίσεις.

63. Η οριοθέτηση των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 δεν αφορά τη διάκριση μεταξύ συμφωνιών αφενός (παράγραφος 2) και μονομερών μέτρων αφετέρου (παράγραφος 3), όπως υποστηρίζει η Telenor. Δεν αφορά δε ούτε τη διαφορά μεταξύ εμπορικών προϋποθέσεων (παράγραφος 2) και τεχνικών προϋποθέσεων (παράγραφος 3), δεδομένου ότι η παράγραφος 2 αναφέρεται σε αμφότερες.

64. Κατά την άποψή μου, η κρίσιμη διάκριση είναι εκείνη μεταξύ της άμεσης προσβολής των δικαιωμάτων των τελικών χρηστών που κατοχυρώνονται στην παράγραφο 1, αφενός, και της έμμεσης προσβολής των εν λόγω δικαιωμάτων, μέσω μέτρων διαχείρισης της κίνησης τα οποία εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις, αφετέρου:

- Στην τελευταία αυτή περίπτωση, το εισάγον δυσμενείς διακρίσεις μέτρο θα είναι παράνομο λόγω αντίθεσης στην παράγραφο 3, καθώς μέσω αυτού συντελείται παράβαση της υποχρέωσης ισότιμης μεταχείρισης, που αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την άσκηση των δικαιωμάτων της παραγράφου 1.
- Στην πρώτη περίπτωση, μολονότι τηρείται η επιταγή της παραγράφου 3, τα δικαιώματα αυτά προσβάλλονται αν, παρά την ισότιμη αντιμετώπιση της κίνησης δεδομένων, ο καταναλωτής παροτρύνεται καθ' οιονδήποτε τρόπο να χρησιμοποιεί κυρίως ή αποκλειστικώς ορισμένες εφαρμογές³².

Γ. Επί της φύσεως της απαγορεύσεως του άρθρου 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120 (δεύτερο, τρίτο και τέταρτο προδικαστικό ερώτημα)

65. Βάσει της προεκτεθείσας επιχειρηματολογίας δίδεται, κατ' ουσίαν, απάντηση στα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου όσον αφορά την απαγόρευση που θεσπίζει το άρθρο 3, παράγραφος 3, του κανονισμού 2015/2120.

66. Συνάγω το συμπέρασμα ότι η απαγόρευση αυτή έχει γενικό, ανεπιφύλακτο και αντικειμενικό χαρακτήρα, καθώς αποκλείει κάθε μέτρο διαχείρισης της κίνησης δεδομένων το οποίο δεν είναι εύλογο (κατά την έννοια της ως άνω παραγράφου 3) και δεν συμβάλλει στην ισότιμη και χωρίς διακρίσεις αντιμετώπιση της εν λόγω κίνησης.

30 Βλ. σημείο 50 των παρούσων προτάσεων.

31 Σημείο 28 του υπομνήματος γραπτών παρατηρήσεων της Ολλανδικής Κυβέρνησης.

32 Η Επιτροπή αναφέρεται στην περίπτωση συνδυαστικών προσφορών μηδενικού τέλους και ορίου κίνησης πολύ χαμηλού σε σχέση με την κίνηση δεδομένων την οποία συνεπάγεται η μέση χρήση περιεχομένου στο διαδίκτυο, οι οποίες παρακινούν τον καταναλωτή να χρησιμοποιεί μόνον το αντιστοιχούν στο μηδενικό τέλος περιεχόμενο (σημείο 51 των γραπτών παρατηρήσεών της). Εν πάση περιπτώσει, δεδομένου ότι, κατά τα προεκτεθέντα, η επίδικη συμφωνία προβλέπει τεχνικό μέτρο διαχείρισης το οποίο αντίκειται στην παράγραφο 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120, γεγονός το οποίο αρκεί για τον χαρακτηρισμό της ως παράνομης, τυχόν άλλη εξέταση ενδεχόμενης παράβασης της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου θα είχε υποθετικό χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, θα ήταν αλυσιτελής για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

67. Συμφωνώ με την Επιτροπή ότι, εφόσον διαπιστωθεί παράβαση της παραγράφου 3 του άρθρου 3, δεν είναι απαραίτητο να εξακριβωθεί αν υπήρξε παράβαση και της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου (πράγμα που θα προϋπέθετε εμπεριστατωμένη αξιολόγηση της αγοράς και του αντικτύπου του επίμαχου μέτρου), με την επιφύλαξη τυχόν αντίθετης πρόβλεψης από το δικονομικό δίκαιο των κρατών μελών.

V. Πρόταση

68. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία) ως εξής:

«Το άρθρο 3 του κανονισμού (ΕΕ) 2015/2120 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Νοεμβρίου 2015, για τη θέσπιση μέτρων σχετικά με την πρόσβαση στο ανοικτό διαδίκτυο και την τροποποίηση της οδηγίας 2002/22/ΕΚ, για την καθολική υπηρεσία και τα δικαιώματα των χρηστών όσον αφορά δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, και του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 531/2012, για την περιαγωγή σε δημόσια δίκτυα κινητών επικοινωνιών εντός της Ένωσης, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι:

Μια εμπορική συμφωνία μεταξύ ενός παρόχου υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και ενός συνδρομητή, βάσει της οποίας χρεώνεται μηδενικό τέλος αναφορικά με ορισμένες εφαρμογές και επιβραδύνεται η ταχύτητα πρόσβασης σε άλλες, μετά την εξάντληση του συμφωνηθέντος όγκου δεδομένων, περιλαμβάνει μέτρο διαχείρισης της κίνησης δεδομένων το οποίο αντίκειται στην επιταγή της παραγράφου 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 περί ισότιμης μεταχείρισης που δεν εισάγει διακρίσεις, εκτός αν εμπίπτει στις προβλεπόμενες στην ως άνω παράγραφο εξαιρέσεις, κάτι το οποίο αποκείται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει.

Η διαπίστωση της ως άνω παράβασης συνεπάγεται ότι δεν είναι πλέον απαραίτητο να εξακριβωθεί τυχόν παράβαση των διατάξεων της παραγράφου 2 του άρθρου 3 του κανονισμού 2015/2120 και ότι παρέλκει η εμπεριστατωμένη αξιολόγηση της αγοράς και του αντικτύπου του μέτρου.»