



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 4. märtsil 2020¹

Liidetud kohtuasjad C-807/18 ja C-39/19

Telenor Magyarország Zrt.

versus

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Fővárosi Törvényszék (pealinna Budapesti kohus, Ungari))

Eelotsusetaotlus – Telekommunikatsioon – Määrus (EL) 2015/2120 – Artikkel 3 –
Lõppkasutajate õigused – Juurdepääs avatud internetile – Neutraalsus – Nende õiguste kasutamist
piiravad lepingud või kaubandustavad – Nulltariif – Teatavate rakenduste eeliskohtlemine –
Andmeliikluse blokeerimine või aeglustamine

1. Määrusega (EL) 2015/2120² tegi liidu seadusandja poliitilise otsuse kehtestada ühised eeskirjad, mis tagaksid „interneti avatuse“³ kõikides liikmesriikides, vältides muu hulgas, et lõppkasutajad „kannata[vad] [...] selliste andmeliikluse haldamise tavade all, millega blokeeritakse või aeglustatakse konkreetseid rakendusi või teenuseid“⁴.
2. Ungaris pakub üks internetiühenduse teenuste osutaja oma klientidele eelisühendusepakette (nn nulltariifiga), mille eripäraks on see, et teatud teenuste ja rakenduste andmete allalaadimist ei arvestata lõpptarbijaga lepingus märgitud andmemahu hulka.
3. Ungari ametiasutus leidis, et see pakkumus, mille üksikasjade juurde ma tulen hiljem tagasi, rikub määruse 2015/2120 artikli 3 lõiget 3. Kuna tema vastava otsuse peale kaevati edasi Fővárosi Törvényszékile (pealinna Budapesti kohus, Ungari), esitab see kohus Euroopa Kohtule küsimused, andes sellele võimaluse võtta esimest korda seisukoht nimetatud määruse tõlgendamise kohta.

1 Algeel: hispaania.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2015. aasta määrus, millega nähakse ette avatud internetiühendust käsitlevad meetmed ning millega muudetakse direktiivi 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul ning määrust (EL) nr 531/2012, mis käsitleb rändlust üldkasutatavates mobiilsidevõrkudes liidu piires (ELT 2015, L 310, lk 1).

3 Poliitilises, majanduslikus, tehnoloogilises ja akadeemilises arutelus kasutatakse tavaliselt mõistet „võrgu neutraalsus“. Määruses 2015/2120 kasutatakse seda terminit siiski ainult põhjenduses 2, deklareerides, et selle määruse sätted „on kooskõlas tehnoloogianeutraalsuse põhimõttega, see tähendab, et nende meetmetega ei sunnita ega soodustata konkreetse tehnoloogia kasutamist“. See on seega väga spetsiifilise kasutusega nimetus. Seevastu on määruse artikli 3 lõikes 3 nimetatud laiemalt võrdse kohtlemise põhimõtet seoses internetiliiklusega tervikuna, pidades küll silmas „tehnoloogianeutraalsust“, kuid ka neutraalsust, mis tuleneb saatjate, vastuvõtjate, sisu, rakenduste ja teenuste mittediskrimineerivast kohtlemisest.

4 Määruse 2015/2120 põhjendus 3.

I. Õiguslik raamistik

A. Määrus 2015/2120

4. Põhjendustes 1, 3, 6, 7, 8, 9 ja 11 on sätestatud:

„(1) Käesoleva määruse eesmärk on kehtestada ühised eeskirjad, millega tagada andmeliikluse võrdne ja mittediskrimineeriv käsitlemine internetiühenduse teenuste osutamisel ning sellega kaasnevad lõppkasutajate õigused. Käesoleva määruse eesmärk ei ole mitte üksnes kaitsta lõppkasutajaid, vaid tagada samal ajal interneti ökosüsteemi pidev toimimine innovatsiooni mootorina. Reformid rändluse valdkonnas peaksid andma lõppkasutajatele kindlustunde kasutada liidus reisides internetiühendust ning toimima aja jooksul katalüsaatorina hindade ja muude tingimuste ühtlustumisele liidus.

[...]

(3) Internet on viimaste aastakümnete jooksul arenenud innovatsiooni edendavaks avatud platvormiks, millele on lõppkasutajatel, sisu, rakenduste ja teenuste pakkujatel ning internetiühenduse teenuse osutajatel kerge juurde pääseda. Praeguse regulatiivse raamistiku eesmärk on edendada lõppkasutajate võimet saada kätte ja levitada teavet või kasutada rakendusi ja teenuseid vastavalt oma valikutele. Märkimisväärne hulk lõppkasutajatest kannatab aga selliste andmeliikluse haldamise tavade all, millega blokeeritakse või aeglustatakse konkreetseid rakendusi või teenuseid. Selliseid suundumusi arvestades on vaja liidu tasandil ühiseid eeskirju, et tagada interneti avatus ning vältida siseturu killustamist, mida põhjustavad üksikute liikmesriikide poolt vastuvõetud meetmed.

[...]

(6) Lõppkasutajatel peaks enda internetiühenduse teenuse kaudu olema ligipääs teabele ja sisule ning õigus seda levitada ning ilma diskrimineerimiseta kasutada ja pakkuda rakendusi ja teenuseid. Selle õiguse kasutamine ei tohiks piirata liidu õiguse või liidu õigusega kooskõlas oleva siseriikliku õiguse kohaldamist, mis on seotud sisu, rakenduste või teenuste seaduslikkusega. Käesoleva määruse eesmärk ei ole reguleerida sisu, rakenduste või teenuste ega nendega seotud menetluste, nõuete ja kaitsemeetmete seaduslikkust. Neid küsimusi reguleeritakse seega endiselt liidu õigusega või liidu õigusega kooskõlas oleva siseriikliku õigusega.

(7) Selleks et kasutada õigust pääseda juurde teabele ja sisule ning et seda levitada, kasutada ja pakkuda vabalt valitud rakendusi ja teenuseid, peaks lõppkasutajatel olema vabadus leppida internetiühenduse teenuse osutajatega kokku tariifides ning internetiühenduse teenuse konkreetsetes andmemahtudes ja kiirustes. Sellised kokkulepped ning internetiühenduse teenuse osutajate kaubandustavad ei tohiks piirata sätestatud õiguste kasutamist ega seeläbi eirata käesoleva määruse sätteid internetiühenduse tagamise kohta. Riikide reguleerivatel asutustel ja teistel pädevatel asutustel peaks olema õigus sekkuda selliste kokkulepete või kaubandustavade korral, mis oma ulatuse tõttu põhjustavad olukordi, kus lõppkasutajate valikut tegelikkuses sisuliselt vähendatakse. Selleks tuleks kokkulepete ja kaubandustavade hindamisel muu hulgas arvesse võtta asjaomaste internetiühenduse teenuse osutajate ning sisu, rakenduste ja teenuste pakkujate vastavaid turupositsioone. Riikide reguleerivatelt asutustelt ja muudelt pädevatelt asutustelt tuleks nende seire- ja jõustamisülesannete osana nõuda sekkumist, kui kokkulepete või kaubandustavade tulemusena kahjustatakse lõppkasutajate õigusi.

(8) Internetiühenduse teenuste osutamisel peaksid teenuseosutajad igasugust andmeliiklust käsitlema ühtmoodi, ilma diskrimineerimise, piirangute või sekkumiseta, olenemata selle saatjast või vastuvõtjast, sisust, rakendustest, teenusest või lõppseadmetest. Vastavalt liidu õiguse üldistele

põhimõtetele ja väljakujunenud kohtupraktikale ei tohiks võrreldavaid olukordi käsitleda erinevalt ja erinevaid olukordi ei tohiks käsitleda samamoodi, välja arvatud juhul, kui selline käsitlemine on objektiivselt põhjendatud.

- (9) Andmeliikluse mõistliku haldamise eesmärk on aidata kaasa võrguressursside tõhusale kasutamisele ja üldise edastuskvaliteedi optimeerimisele, mis vastab konkreetsete andmeliikluse kategooriate ning seega edastatava sisu ning edastatavate rakenduste ja teenuste suhtes kohaldatavatele objektiivselt erinevatele teenusekvaliteedi tehnilistele nõuetele. Internetiühenduse teenuse osutajate suhtes kohaldatavad andmeliikluse mõistliku haldamise meetmed peaksid olema läbipaistvad, mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed ning nende puhul ei tohiks lähtuda ärilistest kaalutlustest. Nõue, et andmeliikluse haldamise meetmed peavad olema mittediskrimineerivad, ei takista internetiühenduse teenuse osutajaid rakendamast üldise edastuskvaliteedi optimeerimiseks andmeliikluse haldamise meetmeid, mille puhul eristatakse objektiivselt erinevaid andmeliikluse kategooriaid. Igasugune selline eristamine peaks olema üldise kvaliteedi ja kasutajate kogemuste optimeerimiseks lubatud vaid konkreetsete andmeliikluse kategooriate suhtes kohaldatavate objektiivselt erinevate teenusekvaliteedi tehniliste nõuete (näiteks seoses latentsusaja, värina, paketikao ja lairibaga) alusel ning mitte ärilistel kaalutlustel. Sellised eristavad andmeliikluse haldamise meetmed peaksid olema proportsionaalsed üldise kvaliteedi optimeerimise eesmärgiga ja nendes tuleks vastavat andmeliiklust ühtmoodi käsitleda. Neid meetmeid ei tohiks kohaldada kauem, kui on vajalik.

[...]

- (11) Igasugused andmeliikluse haldamise tavad, mis lähevad sellistest andmeliikluse haldamise mõistlikest meetmetest kaugemale, blokeerides, aeglustades, muutes, piirates, mõjutades, halvendades või diskrimineerides konkreetset sisu, konkreetseid rakendusi või teenuseid või nende teatavaid kategooriaid, peaksid olema keelatud, välja arvatud käesolevas määruses sätestatud põhjendatud ja määratletud erandite korral. Nende erandite suhtes tuleks kohaldada rangeid tõlgendamist ja proportsionaalsust käsitlevaid nõudeid. Kaitsta tuleks konkreetset sisu ning konkreetseid rakendusi ja teenuseid, samuti nende konkreetseid kategooriaid lõppkasutaja valikule avalduva negatiivse mõju tõttu ning selliste blokeerivate või muude piiravate meetmete arengu tõttu, mis ei kuulu põhjendatud erandite alla. Sisu, rakenduste või teenuste muutmise vastased eeskirjad puudutavad side sisu muutmist, kuid nendega ei keelata mittediskrimineerivaid andmetihenduse meetodeid, millega vähendatakse andmefaili suurust ilma sisu muutmata. Selline tihendamine võimaldab piiratud ressursse tõhusamalt kasutada ja teenib lõppkasutajate huve, kuna vähendab andmemahtusid, suurendab kiirust ning parendab kõnealuse sisu või rakenduste või asjaomaste teenuste kasutamise kogemust.“

5. Artikli 1 („Reguleerimise ja kohaldamisala“) lõikes 1 on märgitud:

„Käesoleva määrusega kehtestatakse ühised eeskirjad, millega tagada andmeliikluse võrdne ja mittediskrimineeriv käsitlemine internetiühenduse teenuste osutamisel ning sellega kaasnevad lõppkasutajate õigused.“

6. Artiklis 2 („Mõisted“) on ette nähtud: „Käesolevas määruses kasutatakse direktiivi 2002/21/EÜ^[5] artiklis 2 sätestatud mõisteid“.

5 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (EÜT 2002, L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349).

7. Artiklis 3 („Avatud internetile juurdepääsu tagamine“) on märgitud:

„1. Lõppkasutajatel on õigus pääseda ligi teabele ja sisule ning seda levitada, kasutada ja pakkuda rakendusi ja teenuseid ning kasutada vabalt valitud lõppseadmeid internetiühenduse teenuse kaudu, olenemata lõppkasutaja või teenuseosutaja asukohast või teabe, sisu, rakenduse või teenuse asukohast, päritolust või sihtkohast.

Käesolev lõige ei piira liidu õiguse või liidu õigusega kooskõlas oleva siseriikliku õiguse kohaldamist, mis on seotud sisu, rakenduste või teenuste seaduslikkusega.

2. Internetiühenduse teenuse osutajate ja lõppkasutajate vahelised lepingud, mis käsitlevad selliseid internetiühenduse teenuse osutajate kaubandus- ja tehnilisi tingimusi ja nõudeid nagu hind, andmemahud või kiirus ning internetiühenduse teenuse osutajate kaubandustavasid, ei piira lõikes 1 sätestatud lõppkasutajate õiguse kasutamist.

3. Internetiühenduse teenuse osutajad käsitlevad internetiühenduse teenuste osutamisel kogu andmeliiklust ühtmoodi, ilma diskrimineerimise, piiramise või sekkumiseta ning sõltumata selle saatjast ja vastuvõtjast, kättesaadavast või levitatavast sisust, kasutatavatest või pakutavatest rakendustest või teenustest ning kasutatavast lõppseadmest.

Esimene lõik ei takista internetiühenduse teenuse osutajaid rakendamast mõistlikke andmeliikluse haldamise meetmeid. Andmeliikluse haldamise meetmed on mõistlikud, kui need on läbipaistvad, mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed ning kui nende puhul ei lähtuta ärielistest kaalutlustest, vaid konkreetsete andmeliikluse kategooriate suhtes kohaldatavatest objektiivselt erinevatest teenusekvaliteedi tehnilistest nõuetest. Sellised meetmed ei hõlma konkreetse sisu kontrollimist ning neid ei kohaldata kauem, kui on vaja.

Internetiühenduse teenuse osutajad ei kohalda selliseid andmeliikluse haldamise meetmeid, mis lähevad kaugemale teises lõigus sätestatust, ning eelkõige ei blokeeri, aeglusta, muuda, piira, mõjuta, halvenda ega diskrimineeri konkreetset sisu, konkreetseid rakendusi või teenuseid või nende teatavaid kategooriaid, välja arvatud siis, kui on vaja ning üksnes nii kaua, kui vaja, et:

- a) tagada vastavus internetiühenduse teenuse osutaja suhtes kehtestatud liidu õigusaktidele ning liidu õigusega kooskõlas olevatele siseriiklikele õigusaktidele või kõnealuseid liidu õigusakte või liidu õigusega kooskõlas olevaid siseriiklikke õigusakte jõustavatele meetmetele, sealhulgas kohtu või vastavate volitustega riigiasutuste korraldustele;
- b) säilitada sidevõrgu, selle kaudu osutatavate teenuste ja lõppkasutajate lõppseadmete terviklikkus ja turvalisus;
- c) vältida sidevõrku ähvardavat ülekoormust ning leevendada sidevõrgu erakorralise või ajutise ülekoormuse mõju, tingimusel et samaväärseid andmeliikluse kategooriaid käsitletakse ühtmoodi.

[...]

5. Üldkasutatava elektroonilise side teenuse osutajad, sealhulgas internetiühenduse teenuse osutajad ning sisu, rakenduste ja teenuste pakkujad võivad osutada peale internetiühenduse teenuste muid teenuseid, mis on optimeeritud konkreetsele sisule või konkreetsetele rakendustele või teenustele või nende kombinatsioonile, kui optimeerimine on vajalik, et tagada vastavus nõuetele, mis esitatakse sisule, rakendustele või teenustele seoses teatava kvaliteeditasemega.

Üldkasutatava elektroonilise side teenuste osutajad, sealhulgas internetiühenduse teenuse osutajad võivad selliseid teenuseid pakkuda või võimaldada üksnes juhul, kui sidevõrgu läbilaskevõime on piisav, et osutada neid teenuseid lisaks osutatavatele internetiühenduse teenustele. Neid teenuseid ei kasutata ega pakuta internetiühenduse teenuste asemel ning need ei tohi negatiivselt mõjutada internetiühenduse teenuste kättesaadavust või üldist kvaliteeti lõppkasutaja jaoks.“

8. Artikli 5 („Järelevalve ja jõustamine“) lõike 1 esimese lõigus on sätestatud:

„Riigi reguleerivad asutused kontrollivad hoolikalt artikli 3 ja 4 järgimist ja tagavad selle ning edendavad sellist jätkuvat mittediskrimineerivat internetiühendust, mille kvaliteet vastab tehnoloogia arengule. Neil eesmärkidel võivad riigi reguleerivad asutused määrata kindlaks ühe või mitme üldkasutatava elektroonilise side teenuse osutaja, sealhulgas internetiühenduse teenuse osutaja suhtes kohaldatavad tehnilised nõuded, minimaalsed teenusekvaliteedi nõuded ning muud asjakohased ja vajalikud meetmed.“

B. Direktiiv 2002/21

9. Artiklis 2 on määratletud järgmised mõisted:

„h) kasutaja – juriidiline või füüsiline isik, kes kasutab üldkasutatavat elektroonilist sideteenust või taotleb selle kasutamist;

i) tarbija – iga füüsiline isik, kes kasutab üldkasutatavat elektroonilist sideteenust või taotleb selle kasutamist eesmärkidel, mis ei ole seotud tema kaubandustegevuse, äritegevuse või erialaga;

[...]

n) lõppkasutaja – kasutaja, kes ei paku üldkasutatavaid sidevõrke ega üldkasutatavaid elektroonilisi sideteenuseid.

[...]“.

II. Faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimused

A. Kohtuasi C-807/18

10. Telenor Magyarország Zrt. (edaspidi „Telenor“) on üks Ungari telekommunikatsiooniteenuste osutajatest. Muu hulgas pakub ta MyChat'i teenusepaketti, millega:

- Abonent saab tasu eest kasutada 1 GB mahus andmeid oma soovi järgi. Kui see andmemaht on täis, muutub internetiühendus oluliselt aeglasemaks.⁶
- Abonent võib siiski kasutada igal ajal piiramatult ja kiiruspiiranguteta teatavaid põhilisi sotsiaal- või sõnumivõrgu rakendusi⁷, ilma et see andmeliiklus läheks 1 GB piirmäära jaoks arvesse.

11. Seega on My Chat'i paketiga pärast seda, kui abonent on 1 GB andmemahu ära kasutanud, *mitte-eelistatud* rakenduste puhul hilisem andmeliiklus piiratud, väga aeglase kiirusega, mis ei ole aga nii *eelistatud* rakenduste puhul (mis seonduvad eespool nimetatud sotsiaalvõrkudega).

⁶ Süsteem vähendab konkreetselt alla- ja üleslaadimiskiiruse maksimaalse kiiruseni 32 kbit/s.

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

12. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (riiklik meedia- ja kommunikatsiooniamet, Ungari; edaspidi „amet“)⁸ leidis, et MyChat'i paketti võib kvalifitseerida kaubandustava vormis andmeliikluse haldamise meetmeks, mis võimaldab abonentidel kasutada piiramatult ja ühetaolise kvaliteediga teatavaid valitud rakendusi, samas kui see aeglustab ühendust ülejäänud internetisisule juurdepääsul.

13. Ameti hinnangul on see meede vastuolus määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 3 sätestatud ühtmoodi ja mittediskrimineeriva kohtlemise nõuetega, ilma et selle suhtes saaks kohaldada ühtegi samas sättes ette nähtud erandit. Seetõttu kohustas ta Telenori selle paketi kõrvaldama.

14. Telenor kaebas ameti otsuse peale Fővárosi Törvényszékile (pealinna Budapesti kohus, Ungari).

B. Kohtuasi C-39/19

15. Telenor pakub ka ettemakselist ja kuu kaupa kasutajaks registreerimisega lisateenusepaketti MyMusic. See pakett on saadaval kolmes variandis (Start, Nonstop ja Deezer), millega tagatakse muusika- ja raadiosisu vastuvõtmiseks soodsam andmeliiklus.

16. Telenor pakub nende paketi variantide kasutajatele valitud kuutasust⁹ sõltuvalt piiratud (kuni 500 Mb kuus, paketi MyMusic variandis Start) või piiramatut andmemahtu (ülejäänud kahes variandis) ühenduseks nelja voogedastuses ehk *streaming*'us muusikaplatvormi¹⁰ ja teatavate veebiraadiojaamadega.

17. Andmeliiklust nende pakettide kasutamisel ei arvestada abonentide lepingujärgse andmemahu sisse. Muusikarakendused jäävad neile ilma kiiruspiirangutega ja ilma lairibaühenduse blokeerimiseta kättesaadavaks isegi pärast seda, kui nad on lepingus ette nähtud andmemahu ära kasutanud. Seevastu ülejäänud internetisisu, mis ei kuulu *eelistatud* rakenduste hulka, tekitab tasulist andmeliiklust, mille kasutamise maht on piiratud.

18. Amet tegi nende pakettide kohta sarnase otsuse sellega, mis tehti MyChat'i pakkumuse kohta (kohtuasjas C-807/19). Telenor kaebas selle otsuse peale Fővárosi Törvényszékile (pealinna Budapesti kohus).

19. See kohus esitas Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused, mis on mõlemas kohtuasjas identsed:

„1. Kas internetiühenduse teenuse osutaja ja lõppkasutaja vahel sõlmitud kaubanduslepingut, mille alusel teenuseosutaja kohaldab lõppkasutajale teatavate rakenduste suhtes nulltariifi (st andmemahus ei võeta arvesse teatava rakenduse andmeliiklust ega aeglustata andmeliikluse kiirust, kui lepingus sätestatud andmemaht on täis) ja mille kohaselt teenuseosutaja poolne diskrimineerimine toimub üksnes lõpptarbijaga sõlmitud kaubanduslepingu tingimustel ja on suunatud ainult selle lõppkasutaja vastu, kes on selle lepingu pool, ja mitte lõppkasutaja vastu, kes selle lepingu pool ei ole, tuleb tõlgendada [...] määruse (EL) 2015/2120 [...] artikli 3 lõike 2 seisukohast?

⁸ Ameti algset otsust kinnitas Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (selle ameti juhataja).

⁹ Paketi MyMusic variantide kuutasu on oluliselt väiksem kui 500 Mb või piiramatu mahuga pakettidel, mis on saadaval samade kasutajaks registreerimistega.

¹⁰ Deezer, Apple Music, Tidal ja Spotify.

2. Kui vastus esimesele eelotsuse küsimusele on eitav, siis kas määruse artikli 3 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et rikkumise tuvastamiseks – arvestades ka määruse põhjendust 7 – on vaja mõjuja turupõhist hindamist, mis määraks kindlaks, kas – ja vajadusel mil määral – internetiühenduse teenuse osutaja võetud meetmed piiravad tõepoolest määruse artikli 3 lõikega 1 lõppkasutajale antud õigusi?
3. Kas esimesest ja teisest küsimusest sõltumatult tuleb määruse artikli 3 lõiget 3 tõlgendada nii, et selles lõikes sätestatud keeld on^[11] üldine ja objektiivne, nii et selle alusel on keelatud igasugused andmeliikluse haldamise meetmed, mis teevad internetisul vahet, olenemata sellest, kas internetiühenduse teenuse osutaja kehtestab need meetmed lepingu, kaubandustava või muul moel?
4. Kas juhul, kui vastus kolmandale küsimusele on jaatav, võib tuvastada ka määruse artikli 3 lõike 3 rikkumise ainuüksi seetõttu, et esineb diskrimineerimine, ilma et oleks vaja lisaks turu ja mõju hindamist, mistõttu sel juhul ei ole vaja läbi viia hindamist vastavalt määruse artikli 3 lõigetele 1 ja 2?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

20. Eelotsusetaotlused registreeriti Euroopa Kohtus 20. detsembril 2018 (kohtuasi C-807/18) ja 23. jaanuaril 2019 (kohtuasi C-39/19).

21. Seisukohad on esitanud Telenor, amet, Ungari, Saksamaa, Austria, Tšehhi, Sloveenia, Soome, Madalmaade ja Rumeenia valitsus ning komisjon.

22. 14. jaanuaril 2020 korraldati avalik kohtuistung, millel osalesid Telenor, amet, Ungari, Saksamaa, Madalmaade ja Sloveenia valitsus ning komisjon.

IV. Õiguslik analüüs

A. Sissejuhatavad kaalutlused

23. Nendes kahes eelotsusetaotluses vaidlusalused tariifid võimaldavad klientidel, kes vastavad lepingud sõlmivad, kasutada teatavaid rakendusi, ilma et nende kasutamise andmeliiklust arvataks maha lepingus ette nähtud andmemahust, mille hulka arvestatakse ainult teiste rakenduste kasutamise andmed.

24. „Nulltariifiga“ kaasneb see, et kohe, kui lepingus ette nähtud üldtariifiga hõlmatud andmemaht täis saab, muutub pakkumuse hulka mitte kuuluvate teenuste ja rakendustega seonduv allalaadimine aeglasemaks. Kui eelistatud rakendusi ega nende kasutamise kiirust lepingus ette nähtud andmemahu täitumine ei mõjuta, siis ülejäänud rakendused on sellest hetkest alates blokeeritud või aeglustatud.

25. Ameti arvates tähendavad need pakkumused andmeliikluse haldamise meetmeid, mis on vastuolus määruse 2015/2120 artikli 3 lõikega 3. Eelotsusetaotluse esitanud kohus, kellel palutakse seda hinnangut kontrollida, esitab neli eelotsuse küsimust, mille võib kokku võtta kahe küsimusena:

- Esiteks, millise määruse 2015/2120 artikli 3 lõike (2 või 3) seisukohast tuleb tariife analüüsida (esimene ja teine küsimus).

11 Kohtuasjas C-39/19 esitatud küsimus sisaldab omadussõna „tingimusteta“.

- Teiseks, kui kohaldatav on määruse 2015/2120 artikli 3 lõige 3, siis kas see säte kehtestab üldise, objektiivse ja tingimusteta keelu (kolmas küsimus), ning kui see on nii, siis kas see välistab vajaduse hinnata asjaolusid, et teha kindlaks, kas on rikutud lõppkasutajate õigusi (teine ja neljas küsimus).

1. Määruse 2015/2120 eesmärgid

26. Nende küsimuste lahendamiseks tuleb arvesse võtta määruse 2015/2120 eesmärgid ja eelkõige lähtuda selle artikli 3 ülesehitusest.

27. Määrus 2015/2120 täidab kahte eesmärki: tagada juurdepääs avatud internetile ja kaitsta lõppkasutajaid. Minu arvates ei ole neil kahel sama kaalu määruse ülesehituses, mille sätetest nähtub, et esimene (avatud interneti tagamine) on prioriteetne.

28. Määruse 2015/2120 pealkiri ise määrab selle esmaseks eesmärgiks kehtestada „avatud internetiühendust käsitlevad meetmed“ ja seejärel muuta direktiivi 2002/22 „universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul“.¹²

29. Samasse liini kuuluvad määruse 2015/2120 põhjendus 1 ja artikli 1 lõige 1, mille kohaselt määrus kehtestab „ühised eeskirjad, millega tagada andmeliikluse võrdne ja mittediskrimineeriv käsitlemine internetiühenduse teenuste osutamisel ning *sellega kaasnevad lõppkasutajate õigused*“¹³.

30. Määruse 2015/2120 ülejäänud artiklid kinnitavad, et eesmärk kindlustada juurdepääs avatud internetile on peamine.¹⁴ Nii on see eelkõige artikli 3 puhul, mille tõlgendamise kohta on esitatud eelotsusetaotlus ja mille eesmärk on vastavalt selle sõnaselgele pealkirjale „Avatud internetile juurdepääsu tagamine“. Sama juurdepääsu on nimetatud teksti teistes sätetes.¹⁵

2. Lõppkasutajate õigused

31. Selle teema all on artikli 3 lõikes 1 loetletud nn lõppkasutajate õigused. Selleks et teha kindlaks, kes on need „lõppkasutajad“, tuleb lähtuda määruse 2015/2120 artiklis 2 sisalduvast sõnaselgest viitest „direktiivi 2002/21/EÜ artiklis 2 sätestatud mõiste[tele]“.

32. Direktiivi 2002/21 artikli 2 punktis n on määratletud „lõppkasutaja“ kui „kasutaja, kes ei paku üldkasutatavaid sidevõrke ega üldkasutatavaid elektroonilisi sideteenuseid“.

12 Määruse 2015/2120 kolmas eesmärk, mis ei ole siinkohal oluline, on muuta Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuni 2012. aasta määrust (EL) nr 531/2012, mis käsitleb rändlust üldkasutatavates mobiilsidevõrkudes liidu piires (ELT 2012, L 172, lk 10).

13 Kohtujuristi kursiiv. Selles taandes niiõelda *nüansseeritakse* lõppkasutajate õigusi, kirjeldatakse *kaasnevatena* andmeliikluse käsitlemise tagamisega internetiühenduse teenuste osutamisel.

14 Avatud internetile juurdepääsu eesmärk on lõpuks vaid tagada „interneti ökosüsteemi pidev toimimine innovatsiooni mootorina“ (põhjendus 1), mis peab tagama, et see jääks „innovatsiooni edendavaks avatud platvormiks“ (põhjendus 3). Kõik see on üldistes huvides ja seega *kaudselt* arvukate individuaalsete õiguste, muu hulgas teabe saamise õiguse või sõnavabaduse huvides. Õigused, mis on määrusega 2015/2120 antud *otses* lõppkasutajatele, on õigused, mis on spetsiifiliselt seotud juurdepääsuga avatud internetile ja mis puudutavad seega selle juurdepääsu korda ja tingimusi.

15 Määruse 2015/2120 artiklis 4 on sätestatud „avatud internetile juurdepääsu tagamise läbipaistvusmeetmed“. Artiklites 5 ja 6 on vastavalt sätestatud „järelvalve ja joustamine“ ning „karistused“ artiklite 3, 4 ja 5 täitmise suhtes.

33. „Lõppkasutaja“ ei ole seega ainult „kasutaja“ (see mõiste on määratletud direktiivi 2002/21 artikli 2 punktis h kui „juriidiline või füüsiline isik, kes kasutab üldkasutatavat elektroonilist sideteenust või taotleb selle kasutamist“), ega „tarbija“ (see mõiste on sama direktiivi artikli 2 punktis i määratletud kui „iga füüsiline isik, kes kasutab üldkasutatavat elektroonilist sideteenust või taotleb selle kasutamist eesmärkidel, mis ei ole seotud tema kaubandustegevuse, äritegevuse või erialaga“), vaid selle all mõistetakse – paneme selle selgelt paika – nii tarbijat, kes kasutab internetti, kui ka sisu ja rakenduste pakkujat.

34. Kuigi terminoloogia võib näida mitmetähenduslik,¹⁶ loetakse isikut, kes saab oma püsi- või mobiilvõrgu seadmetega ühenduse internetti, ja isikut, kes pakub sisu ja rakendusi, „lõppkasutajateks“ direktiivi 2002/21 (ja sellest tulenevalt määruse 2015/2120) tähenduses, kuna nad *pääsevad* ühtemoodi *juurde* internetile: kas teatavate teenuseosutajate pakutava teabe ja sisu saamiseks või siis viimaste puhul selleks, et nende rakendused, teenused ja sisu oleks üldsusele kättesaadavad.

35. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõike 1 esimeses lõigus tunnustatud lõppkasutaja õigused on järgmised:

- õigus pääseda ligi internetis kättesaadavale teabele ja sisule ning seda levitada;
- õigus kasutada ja pakkuda rakendusi ja teenuseid;
- õigus kasutada vabalt valitud lõppseadmeid.

36. Kõik need õigused on ette nähtud „olenemata lõppkasutaja või teenuseosutaja asukohast või teabe, sisu, rakenduse või teenuse asukohast, päritolust või sihtkohast“¹⁷. Ning artikli 3 lõike 1 teise lõigu kohaselt need õigused „ei piira liidu õiguse või liidu õigusega kooskõlas oleva siseriikliku õiguse kohaldamist, mis on seotud sisu, rakenduste või teenuste seaduslikkusega“.

37. Kokkuvõttes tagavad lõikes 1 sätestatud õigused juurdepääsu avatud internetile selles mõttes, et lõppkasutajatel on *juurdepääs* kogu sisule ning kõigile rakendustele ja teenustele ning saavad ka neid piiranguteta *pakkuda ja levitada*, tingimusel et need on seaduslikud.

3. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõige 2

38. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu kahtlused puudutavad määruse 2015/2120 artikli 3 lõikeid 2 ja 3.

39. Lõige 2 kehtestab lõikes 1 sätestatud õigustele eritagatise, nii et selle eesmärk on, nagu nägime, interneti avatuse kaitsmine. Selles mõtteliinis on lõikes 2 märgitud, et nende õiguste kasutamist ei või piirata a) internetiühenduse teenuse osutajate ja lõppkasutajate vahelised lepingud, mis käsitlevad „internetiühenduse teenuse osutajate kaubandus- ja tehnilisi tingimusi ja nõudeid“, ja b) „internetiühenduse teenuse osutajate kaubandustava[d]“.

16 Nimetus „lõppkasutaja“ ei ole eriti õnnestunud, kuna jääb mulje, et teenuseosutajad ei ole väljendiga piiritletud kategooriasse kuuluvad isikud. Saksamaa, Austria, Tšehhi ja Sloveenia valitsus rõhutasid, et *sisu* pakkujad on ka „lõppkasutajad“ määruse 2015/2120 tähenduses. Komisjon kinnitas seda kohtuistungil, tsiteerides vastavat lõiku liikmesriikide reguleerivate asutuste poolt võrgu neutraalsuse eeskirjade rakendamise suunistest (Bor (16) 127), mille on heaks kiitnud Elektroonilise Side Euroopa Reguleerivate Asutuste Ühendatud Amet (BEREC).

17 Selles sättes on eraldi nimetatud „lõppkasutajat“ ja „teenuseosutajat“. Minu arvates on see vale, arvestades neist esimese mõiste määratlust, mis on esitatud direktiivi 2002/21 artikli 2 punktis n. Näib, et seadusandja on määruse 2015/2120 puhul langenud väljendi „lõppkasutaja“ (millele ma viitasin eelmises joonealuses märkuses) kontseptuaalse ebatäpsuse ohvriks.

40. Erinevus „lepingute“ ja „kaubandustavade“ vahel on minu arvates seotud lõppkasutajate sõnaselge või vaikimisi nõustumisega ühendusteenuste kaubandus- ja tehniliste tingimuste ning nõuetega:

- *Lepingute* puhul peab lõppkasutaja olema nende tingimustega sõnaselgelt nõustunud, kui ta need teenuseosutajaga kokku lepib.
- *Kaubandustavade* korral tuleneb nõusolek sellest, et teine pool nõustub vaikimisi teenuseosutajate poolt ühepoolselt kehtestatud tingimustega.¹⁸

41. Igal juhul on määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 2 märgitud, millised „internetiühenduse teenuse osutajate kaubandus- ja tehnilis[ed] tingimus[ed] ja nõude[d]“ ei piira lõikes 1 lõppkasutajatele antud õiguste kasutamist: need on „hind, andmemahud või kiirus“. See loetelu ei ole ammendav, kuid selles osas, mis on käesoleval juhul oluline, on kõige olulisemad need kolm elementi.

4. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõige 3

42. Kui määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 2 on kehtestatud lõikes 1 sätestatud õigustele eritagatis, mille eesmärk on seega säilitada *interneti avatus*, siis on lõikes 3 kehtestatud internetiühenduse teenuste osutajatele võrguliikluse haldamise kohustus, mille eesmärk on tagada *internetiliikluse ühtmoodi ja mittediskrimineeriv käsitlemine*.¹⁹

43. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõike 3 kohaselt on internetiühenduse teenuse osutajad kohustatud nende teenuste osutamisel käsitlema „kogu andmeliiklust ühtmoodi, ilma diskrimineerimise, piiramise või sekkumiseta ning sõltumata selle saatjast ja vastuvõtjast, kättesaadavast või levitatavast sisust, kasutatavatest või pakutavatest rakendustest või teenustest ning kasutatavast lõppseadmest“²⁰.

44. See kohustus ei ole siiski absoluutne. Lõikes 3 on internetiühenduse teenuse osutajatel lubatud „rakenda[da] mõistlikke andmeliikluse haldamise meetmeid“. Need meetmed peavad olema „läbipaistvad, mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed ning [...] nende puhul ei lähtuta äriilistest kaalutlustest, vaid konkreetsete andmeliikluse kategooriate suhtes kohaldatavatest objektiivselt erinevatest teenusekvaliteedi tehnilistest nõuetest“ ning need ei tohi hõlmata „konkreetselt sisu kontrollimist ning neid ei kohaldata kauem, kui on vaja“.

45. Seega on lubatud andmeliikluse *erinev* (kuid mitte diskrimineeriv) kohtlemine siis, kui seda nõuab tehniliselt tõhus andmeliikluse haldamine.

46. Delikaatne tasakaal ühelt poolt kõigi internetiühendusviiside ühesuguse kohtlemise kohustuse ja teiselt poolt andmeliikluse tõhusa haldamise kohustuse vahel väljendub määruse 2015/2120 artikli 3 lõike 3 kolmandas lõigus esitatud lubatud või keelatud tegevuse loetelust.

18 Kuigi „lepingute“ ja „tavade“ kontseptuaalne piiritlemine ei ole käesoleval juhul määrav, tuleb märkida, et liikmesriikide reguleerivate asutuste poolt võrgu neutraalsuse eeskirjade rakendamise suuniste (BoR (16) 127) punktis 33 (joonealune märkus 10) viitab BEREC võimalusele kasutada erinevustele vaatamata mõistet „kaubandustavad“, mis on määratletud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiivi 2005/29/EÜ (mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) n 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv) (ELT 2005, L 149, lk 22)) artikli 2 punktis d. Ühepoolsus on selle mõiste üks määravaid elemente: „ettevõtjapoolne tegevus, tegevusetus, teguviis või esitusviis, kommertsteadaanne, sealhulgas reklaam ja turustamine, mis on otseselt seotud toote reklaamimise, müügi või tarnimisega tarbijatele“.

19 Et vältida segiajamist, ja vaatamata sellele, et paljud menetluspooled on valinud termini „neutraalsus“, väldin ma selle termini kasutamist (vt käesoleva ettepaneku joonealune märkus nr 3) ja kasutan üksnes väljendit „võrdse kohtlemise põhimõte“ või samaväärseid väljendeid. Interneti neutraalsuse alase arutelu kohta õigusteoorias võib vaadata Robles Carrillo, Margarita: „El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: Alcance y contenido“, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63 (2019), lk 449–488.

20 Viide „kasutatud lõppseadmetele“ formaliseerib määruse põhjenduses 2 mainitud „tehnoloogianeutraalsuse“ põhimõtte. Säte näeb ülejäänud osas ette tüüpilise mittediskrimineeriva kohtlemise kohustuse. Seda kinnitab määruse põhjendus 8, milles on pärast artikli 3 lõike 3 teksti sisuliselt kordamist lisatud, et „[v]astavalt liidu õiguse üldistele põhimõtetele ja väljakujunenud kohtupraktikale ei tohiks võrreldavaid olukordi käsitleda erinevalt ja erinevaid olukordi ei tohiks käsitleda samamoodi, välja arvatud juhul, kui selline käsitlemine on objektiivselt põhjendatud“.

47. Selles sättes on ette nähtud:

- et internetiühenduse teenuse osutajad ei kohalda selliseid haldamise meetmeid, mis lähevad kaugemale teises lõigus sätestatust, ning lisatud, et „eelkõige ei blokeeri, aeglusta, muuda, piira, mõjuta, halvenda ega diskrimineeri konkreetset sisu, konkreetseid rakendusi või teenuseid või nende teatavaid kategooriaid [...]“.
- See keeld ei kehti siiski siis, „kui on vaja ning üksnes nii kaua, kui vaja“ teatavate eesmärkide saavutamiseks, millest on praegu oluline välja tuua eesmärgid „[...] säilitada sidevõrgu, selle kaudu osutatavate teenuste ja lõppkasutajate lõppseadmete terviklikkus ja turvalisus [ja] vältida sidevõrku ähvardavat ülekoormust ning leevendada sidevõrgu erakorralise või ajutise ülekoormuse mõju, tingimusel et samaväärseid andmeliikluse kategooriaid käsitletakse ühtmoodi“²¹.

48. Kuigi Soome valitsus väidab, et artikli 3 lõike 3 eeskirjad moodustavad sama artikli lõigete 1 ja 2 suhtes „iseseisva terviku“²², nõustun pigem Ungari valitsuse ja komisjoni arvamusega, et lõike 3 eesmärk on sarnaselt lõikega 2 samuti lõikes 1 tunnustatud õiguste tagamine.²³

49. Internetiliikluse võrdse ja mittediskrimineeriva haldamise tagamine on vajalik tingimus selleks, et võrk oleks lõppkasutajatele tegelikult avatud. See *avatus* eeldab võimalust kasutada kättesaadavat sisu, rakendusi ja teenuseid ning samuti neid pakkuda ja levitada ilma artikli 3 lõikes 1 nimetatud mis tahes järgmisel teguril põhinevate piiranguteta: „lõppkasutaja või teenuseosutaja asukoh[t] või [interneti kaudu kättesaadava] teabe, sisu, rakenduse või teenuse asukoh[t], päritolu[...] või sihtkoh[t]“.

50. Lõppkokkuvõttes on määruse 2015/2120 artikli 3 lõigetes 2 ja 3 kehtestatud sama artikli lõikes 1 tunnustatud õiguste erinevad tagatised.²⁴

51. Nende eelduste alusel analüüsin eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusi.

B. Vaidlusaluse tariifi õiguspärasuse hindamiseks asjakohane säte (esimene ja teine eelotsuse küsimus)

52. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas talle kontrollimiseks esitatud otsuseid tuleb analüüsida määruse 2015/2120 artikli 3 lõike 2 alusel (esimene küsimus) või on sellele kohaldatav hoopis sama artikli lõige 3 (teine küsimus).

21 Neile tingimustele lisandub ka muid, mis ei ole praegu olulised. Nii on määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 4 ette nähtud, et meetmed, mis hõlmavad isikuandmete töötlemist, on lubatud vaid juhul, kui see töötlemine on vajalik lõikes 3 sätestatud eesmärkide saavutamiseks ja see on proportsionaalne ning meetmed vastavad liidu andmekaitse õigusnormidele. Artikli 3 lõikes 5 on lubatud pakkuda optimeeritud internetiühenduse teenuseid, muu hulgas tingimusel, et need ei tohi „negatiivselt mõjutada internetiühenduse teenuste kättesaadavust või üldist kvaliteeti lõppkasutaja jaoks“.

22 Soome valitsuse seisukohtade punkt 15.

23 Samamoodi märgib Austria valitsus, et artikli 3 lõike 3 rikkumine tähendab sama artikli lõikes 1 sätestatud õiguste rikkumist, välistades seega nende kahe lõike üksteisest sõltumatuse.

24 Nagu oli võimalus avalikul kohtuistungil arutada, on artikli 3 mõlema lõike ja artikli 4 lõike 1 vahel teatav paralleelsus. Viimases on, täpsustades, mis teavet peab iga internetiühenduse leping sisaldama, viidatud nii võimalike andmeliikluse haldamise meetmete praktilistele tagajärgedele (mida on nimetatud artikli 3 lõikes 3) kui ka poolte vahel kokku lepitud teenuse kvaliteedi parameetritele (artikli 3 lõikes 2 ette nähtud lepingutingimused). Mõlemal juhul on asi lõpuks teavitamises tagatistest, millega püütakse artikli 3 mõlema lõikega kaitsta sama artikli lõikes 1 tunnustatud õigusi.

53. Asja menetlev kohus leiab, et on olemas „internetiühenduse teenuse osutaja [Telenor] ja lõppkasutaja vahel [...] sõlmitud kaubandusleping[...], mille alusel [Telenor] kohaldab lõppkasutajale teatavate rakenduste suhtes nulltariifi (st andmemahus ei võeta arvesse teatava rakenduse andmeliiklust ega aeglustata andmeliikluse kiirust, kui lepingus sätestatud andmemaht on täis) ja mille kohaselt [Telenor] poolne diskrimineerimine toimub üksnes lõppkasutajaga sõlmitud kaubanduslepingu tingimustel ja on suunatud ainult selle lõppkasutaja vastu, kes on selle lepingu pool, ja mitte lõppkasutaja vastu, kes selle lepingu pool ei ole“²⁵.

54. Nagu Saksamaa valitsus märkis, rakendab internetiühenduse teenuse osutaja selle lepingu kohaselt andmeliikluse haldamise meetet. Eelotsusetaotlustes on nimelt märgitud, et Telenor ei eita, et toimub andmeliikluse erinev haldamine selle järgi, kas tegu on valitud rakendustega või muu internetisisuga. Täpsemalt väljendub see haldamine viimati nimetatud sisule juurdepääsuühenduse aeglustamises.

55. Kui see on nii, siis koheldakse välja valimata rakenduste pakkujaid „lõppkasutajatena“ kaubanduslepinguga eelistatud rakenduste pakkujatega võrreldes diskrimineerivalt. Lõppkokkuvõttes kahjustab nimetatud leping esimesi kõige otsesemalt. On tõsi, et abonentidele, kes sõlmivad lepingu, ja on seega ka „lõppkasutajad“, sellist otsust diskrimineerimist osaks ei saa. Kaudselt aga kannatavad nad mitte-eelistatud pakkujate kohtlemise tagajärgede tõttu, kuna need vähendavad lõppkokkuvõttes nende võimalusi pääseda ligi võrgus kättesaadavale sisule, mis on tagatud määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 1 tunnustatud õigusega.

56. Minu arvates kuulub see objektiivselt ja lihtsalt tuvastatav edastuskiiruse vähendamise meetet loomulikult määruse 2015/2120 artikli 3 lõike 3 alla, milles on nimetatud „aeglustamist“ ühe põhimõtteliselt keelatud andmeliikluse haldamise viisina (välja arvatud seadusandja poolt järgnevalt ette nähtud erandjuhtudel).²⁶

57. Muudele rakendustele ja sisule peale *eelistatute* juurdepääsu aeglustamine lepiti kokku Telenori ja tema abonentide vahel. Seega tuleb lähtuda määruse 2015/2120 artikli 3 lõikest 2, mis keelab „kaubandus- ja *tehnilisi* tingimusi“ käsitlevad *lepingud*²⁷.

58. Järgmine küsimus on, kumba artikli 3 kahest lõikest tuleb kohaldada, kui – nagu käesoleval juhul – andmeliikluse aeglustamise meetet on sätestatud internetiühenduse teenuse osutaja ja tema abonentide vahelises lepingus.

25 Nagu nägime (eespool punktis 36) on vastavalt määrusele 2015/2120 tarbija üks lõppkasutajatest ja samasse kategooriasse kuuluvad ka sisu ja rakenduste pakkujad. Seega tuleb asuda seisukohale, et vaidlusaluse lepinguga „diskrimineeri[takse] üksnes tarbijaga sõlmitud kaubanduslepingu tingimustel ja [see] on suunatud ainult selle sama tarbija vastu“. Teisisõnu kohaldatakse sätestatud tingimusi (sh andmeliikluse haldamise meetmeid, mis aeglustavad juurdepääsu teatavatele rakendustele) ainult sellele tarbijale, kes on lepingu sõlminud. Järelikult ei aeglustata kõigi internetis kättesaadavate rakenduste andmeliiklust üldiselt ja kõikide lõppkasutajate jaoks, vaid ainult lepingu sõlminud lõppkasutaja (abonent) ja välistatud rakendusi pakkuva lõppkasutaja (teenuseosutaja) vahel.

26 Sellesse loogikasse kuuluvad BEREC suunised, mille üldise tähtsusega tõlgendamisel – kuigi need ei ole siduvad – pooled kohtuistungil nõustusid.

27 Kohtujuristi kursiiv.

59. Küsimus ei ole tegelikult lõplike tagajärgede seisukohast oluline: olenemata sellest, kumb löige on kohaldatav, on tulemus sama (nimelt see, et vaidlusalune meede ja seega leping, milles see on kehtestatud, on õigusvastased). See võib siiski olla tarvilik selleks, et täpsustada, millistest asjaoludest on õigusvastasus tingitud:

- Kui lähtuda määruse 2015/2120 artikli 3 lõikest 2, siis nagu tuleneb selle määruse põhjendusest 7, peavad pädevad asutused arvestama lepingu „ulatust“, kaaludes „muu hulgas [...] internetiühenduse teenuse osutajate ning sisu, rakenduste ja teenuste pakkujate vastavaid turupositsioone“, ning sekkuma, kui leping võib „kahjusta[da]“ õigust pääseda juurde avatud internetile.²⁸
- Seevastu, kui lähtuda artikli 3 lõikest 3, siis on asjaolude kaalumine välistatud, sest ühtmoodi kohtlemine on kohustuslik „olenemata [andmeliikluse] saatjast või vastuvõtjast, sisust, rakendustest, teenusest või lõppseadmetest“²⁹.

60. Selles kontekstis nõustun Madalmaade valitsusega, et prioriteetseks tuleb pidada määruse 2015/2120 artikli 3 lõiget 3.

61. Nimelt, kuna ühtmoodi ja mittediskrimineeriv kohtlemine on juurdepääsu avatud internetile³⁰ säilitamise vajalik eeltingimus, siis tuleb ainult siis, kui see juurdepääs on *tehniliselt* tagatud, vältida selle piiramist muul viisil, kas lepingu või siis kaubandustavade alusel.³¹

62. Leian seega, et määruse 2015/2120 artikli 3 lõige 3 sisaldab üldsätet, mille alusel tuleb kõiki lepinguid ja kaubandustavasid eelnevalt analüüsida. Kui andmeliikluse haldamise meetmed, mis ei ole selles lõikes 3 ette nähtud tingimustega kooskõlas, on kõrvale jäetud, saab analüüsida nende lepingute ja tavade õiguspärasust lõike 2 seisukohast. Eeldades mõistagi – nagu märgib Rumeenia valitsus –, et lepingus ei tohi ette näha erandeid lõikes 3 sätestatud diskrimineeriva kohtlemise keelust.

63. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõigete 2 ja 3 vahe ei seonu vahetegemisega ühelt poolt lepingute (lõige 2) ja teiselt poolt ühepoolsete meetmete (lõige 3) vahel, nagu väidab Telenor. Samuti ei seonu see vahetegemisega kaubandustingimuste (lõige 2) ja tehniliste tingimuste (lõige 3) vahel, kuna lõikes 2 on viidatud mõlemale.

64. Minu arvates on asjakohane eristamine see, mis lähtub ühelt poolt lõikes 1 sätestatud lõppkasutajate õiguste vahetust rikkumisest ja teiselt poolt nende õiguste kaudsest rikkumisest diskrimineerivate andmeliikluse haldamise meetmetega:

- sellel teisel juhul on diskrimineeriv andmeliikluse haldamise meede õigusvastane lõike 3 rikkumise tõttu, kuna sellega rikutaks ühtmoodi kohtlemise kohustust, mis on vältimatult vajalik lõikes 1 sätestatud õiguste kasutamiseks.

28 Kohtuistungil arutati, milline mõju võib olla sellel, et põhjenduses 7 on eristatud juhtusid, kus riigi reguleerivatel asutustel „peaks olema õigus sekkuda selliste kokkulepete või kaubandustavade korral“, ja juhtusid, kus nendelt asutustelt „tuleks [...] nõuda sekkumist“. Minu arvates on esimesel juhul tegemist sellega, et liikmesriigi õigus võimaldab nende ametiasutuste sekkumist lepingute või kaubandustavade vastu. Teisel juhul, kui reguleerivatel asutustel on see juba lubatud, peavad nad kohustuslikult sekkuma, kui nad tuvastavad lepingut või kaubandustavad, mis on määrusega 2015/2120 vastuolus.

29 Määruse 2015/2120 põhjendus 8.

30 Vt punkt 50 eespool.

31 Nii on märgitud Madalmaade valitsuse seisukohtade punktis 28.

- Esimesel juhul võib olla neid õigusi rikutud, vaatamata sellele, et lõikes 3 sätestatud kohustust on täidetud, kui andmeliikluse ühtmoodi haldamisele vaatamata ajendatakse tarbijat mingil viisil kasutama põhiliselt või ainult teatavaid rakendusi.³²

C. Määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 3 sätestatud keelu iseloom (teine, kolmas ja neljas küsimus)

65. Eeltoodud argumentidega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 3 sätestatud keelu kohta sisuliselt vastatud.

66. Järeldan, et see keeld on üldine, tingimusteta ja objektiivne, kuna sellega on keelatud kõik andmeliikluse haldamise meetmed, mis ei ole mõistlikud (selle lõike 3 tähenduses) ega aita kaasa selle andmeliikluse ühtmoodi ja mittediskrimineerivale kohtlemisele.

67. Nõustun komisjoniga selles, et artikli 3 lõike 3 rikkumise tuvastamise korral ei ole tingimata vaja teha kindlaks teha, kas on lisaks rikutud sama artikli lõiget 2 (millega kaasneks turu ja vaidlusaluse meetme mõju üksikasjalik hindamine), ilma et see piiraks seda, et liikmesriikide menetlusõiguses võib olla märgitud muud.

V. Ettepanek

68. Eeltoodu alusel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Fővárosi Törvényszékile (pealinna Budapesti kohus, Ungari) järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2015. aasta määruse (EL) 2015/2120 (millega nähakse ette avatud internetiühendust käsitlevad meetmed ning millega muudetakse direktiivi 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul ning määrust (EL) nr 531/2012, mis käsitleb rändlust üldkasutatavates mobiilsidevõrkudes liidu piires) artiklit 3 tuleb tõlgendada nii, et:

internetiühenduse teenuse osutaja ja abonendi vaheline kaubandusleping, mille alusel kohaldatakse pärast lepingus ette nähtud andmemahu täitumist teatud rakendustele nulltariifi ja aeglustatakse teistele juurdepääsu kiirust, sisaldab andmeliikluse haldamise meedet, mis rikub määruse 2015/2120 artikli 3 lõikes 3 ette nähtud ühtmoodi ja mittediskrimineeriva kohtlemise kohustust, välja arvatud juhul, kui selle suhtes saab kohaldada selles lõikes ette nähtud erandeid, mis tuleb välja selgitada eelotsusetaotluse esitanud kohtul.

Sellise rikkumise tuvastamise korral ei ole enam vaja välja selgitada, kas on rikutud ka määruse 2015/2120 artikli 3 lõiget 2, ega hinnata üksikasjalikult turgu ja meetme mõju.

³² Komisjon viitab võimalusele, kus pakutakse nulltariifi kombineeritult väga väikese andmeliikluse mahuga võrreldes andmeliiklusega mahuga, mis on vajalik internetisisu keskmise kasutamise jaoks ning mis ajendab tarbijat kasutama ainult nulltariifiga sisu (tema seisukohtade punkt 51). Igal juhul, nagu juba öeldud, kuna vaidlusalune leping sisaldab määruse 2015/2120 artikli 3 lõikega 3 vastuolus olevat tehnilist haldamise meedet, mis on piisav selleks, et pidada seda lepingut õigusvastaseks, siis on kõik muud sama artikli lõike 2 võimaliku rikkumise kaalutlused hüpoteetilised ega ole lõppkokkuvõttes käesoleva kohtuasja lahendamiseks vajalikud.