



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
4 päivänä maaliskuuta 2020¹

Yhdistetyt asiat C-807/18 ja C-39/19

Telenor Magyarország Zrt.

vastaan

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

(Ennakkoratkaisupyyntö – Fővárosi Törvényszék (Budapestin alioikeus, Unkari))

Ennakkoratkaisupyyntö – Tietoliikenne – Asetus (EU) 2015/2120 – 3 artikla –
Loppukäyttäjien oikeudet – Avoin internetyhteys – Neutraalius – Näiden oikeuksien käyttöä rajoittavat
sopimukset tai kaupalliset käytännöt – Nollatariffi – Tiettyjen sovellusten etuoikeutettu kohtelu –
Tietoliikenteen estäminen tai hidastaminen

1. Asetuksella (EU) 2015/2120² unionin lainsäätävä teki poliittisen päätöksen vahvistaa yhteiset säännöt, jotta voitaisiin varmistaa ”internetin avoimuus”³ kaikissa jäsenvaltioissa ja välttää se, että loppukäyttäjät ”joutuvat kärsimään liikenteenhallintakäytännöistä, jotka estävät tietyt sovellukset tai palvelut taikka hidastavat niiden käyttöä”.⁴

2. Unkarissa yksi internetyhteyspalvelujen tarjoajista tarjoaa asiakkailleen etuoikeutettuja internetyhteyspaketteja (ns. nollatariffi), joille on ominaista se, että tietojen latausta tietyistä palveluista ja sovelluksista ei oteta huomioon laskettaessa loppukäyttäjän kanssa sovittua tietoliikenteen enimmäiskulutusta.

3. Unkarin viranomaisen katsoi, että tämä tarjous, jonka yksityiskohtiin palaan jäljempänä, oli asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan vastainen. Kyseisen viranomaisen päätös riitautettiin Fővárosi Törvényszékissä (Budapestin alioikeus, Unkari), joka tuo esiin tätä koskevat epäilynsä ja tarjoaa siten unionin tuomioistuimelle tilaisuuden lausua ensimmäisen kerran kyseisen asetuksen tulkinnasta.

1 Alkuperäinen kieli: espanja.

2 Avointa internetyhteyttä koskevista toimenpiteistä ja yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY sekä verkkovierailuista yleisissä matkaviestinverkoissa unionin alueella annetun asetuksen (EU) N:o 531/2012 muuttamisesta 25.11.2015 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL 2015, L 310, s. 1).

3 Poliittisessa, taloudellisessa, teknologisessa ja akateemisessa keskustelussa käytetään yleisesti käsitettä ”verkon neutraalius”. Asetuksessa 2015/2120 tätä käsitettä käytetään kuitenkin ainoastaan siinä yhteydessä, kun johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa todetaan, että kyseisen asetuksen säännökset ”ovat teknologianeutraaliuden periaatteen mukaisia, toisin sanoen niissä ei edellytetä käytettäväksi tai suosita mitään tietyn tyyppistä tekniikkaa”. Se on siis nimitys, jota käytetään tarkkaan rajatussa merkityksessä. Asetuksen 3 artiklan 3 kohdassa sitä vastoin viitataan laajemmin *yhdenvertaisen kohtelun* periaatteeseen, joka liitetään internetliikenteeseen kokonaisuutena, ja sillä tietenkin tarkoitetaan paitsi ”teknologianeutraaliutta” myös lähettäjien, vastaanottajien, sisältöjen, sovellusten ja palvelujen syrjimättömään kohteluun perustuvaa neutraaliutta.

4 Asetuksen 2015/2120 johdanto-osan kolmas perustelukappale.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Asetus 2015/2120

4. Asetuksen 2015/2120 johdanto-osan 1, 3, 6, 7, 8, 9 ja 11 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(1) Tämän asetuksen tarkoituksena on vahvistaa yhteiset säännöt tietoliikenteen yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun varmistamiseksi internetyhteyspalvelujen tarjoamisessa ja turvata tähän liittyvät loppukäyttäjien oikeudet. Tavoitteena on suojella loppukäyttäjiä ja samanaikaisesti taata internetin ekosysteemin jatkuva toimiminen innovoinnin lähteenä. Verkkovierailuja koskevien uudistusten ansiosta kuluttajien tulisi voida turvallisin mielin käyttää verkkoa matkustaessaan EU:n alueella, ja ajan mittaan niiden tulisi johtaa yhdenmukaisiin hinnoittelu- ja muihin ehtoihin unionissa.

--

(3) Internetistä on kehittynyt viime vuosikymmeninä innovoinnille avoin alusta, johon loppukäyttäjien sekä sisällön, sovellusten ja palvelujen tarjoajien ja internet-palvelujen tarjoajien on varsin helppo päästä toimimaan. Nykyisellä sääntelykehyksellä pyritään edistämään loppukäyttäjien mahdollisuuksia saada ja jakaa tietoa tai käyttää valitsemiaan sovelluksia ja palveluja. Huomattava määrä loppukäyttäjiä kuitenkin kärsii liikenteenhallintakäytännöistä, jotka estävät tietyt sovellukset tai palvelut taikka hidastavat niiden käyttöä. Näihin kehityssuuntauksiin on puuttuttava unionin tasolla annettavilla yhteisillä säännöillä, jotta internetin avoimuus voidaan varmistaa ja välttää yksittäisten jäsenvaltioiden hyväksymistä toimenpiteistä aiheutuva sisämarkkinoiden pirstoutuminen.

--

(6) Loppukäyttäjillä olisi oltava oikeus saada ja välittää tietoa ja sisältöjä sekä käyttää ja tarjota valitsemiaan sovelluksia ja palveluja syrjimättömästi internetyhteyspalvelujensa kautta. Tämän oikeuden harjoittamisella ei olisi rajoitettava sisällön, palvelujen tai sovellusten laillisuutta koskevan unionin oikeuden tai unionin oikeuden mukaisen kansallisen oikeuden soveltamista. Tällä asetuksella ei pyritä sääntelemään sisällön, sovellusten tai palvelujen laillisuutta eikä sillä pyritä sääntelemään niihin liittyviä menettelyjä, vaatimuksia ja takeita. Näin ollen nämä kysymykset jäävät unionin oikeuden tai unionin oikeuden mukaisen kansallisen oikeuden piiriin.

(7) Jotta loppukäyttäjät voivat harjoittaa oikeuksiaan saada ja välittää tietoa ja sisältöjä sekä käyttää ja tarjota valitsemiaan sovelluksia ja palveluja, heidän olisi oltava vapaita sopimaan internetyhteyspalvelujen tarjoajien kanssa tiettyjä datansiirtomääriä ja internetyhteyspalvelujen nopeuksia koskevista hinnoista. Tällaisten sopimusten, samoin kuin mahdollisten internetyhteyspalvelujen tarjoajien soveltamien kaupallisten käytäntöjen, ei tulisi rajoittaa näiden oikeuksien harjoittamista ja siten kiertää tämän asetuksen avoimen internetyhteyden turvaamista koskevia säännöksiä. Kansallisille sääntelyviranomaisille ja muille toimivaltaisille viranomaisille olisi annettava valta puuttua sopimukseen tai kaupallisiin käytäntöihin, jotka mittakaavansa takia johtavat tilanteisiin, joissa loppukäyttäjien valintamahdollisuudet heikkenevät käytännössä merkittävästi. Tätä varten sopimusten ja kaupallisten käytäntöjen arvioinnissa olisi muun muassa otettava huomioon asianomaisten internetyhteyspalvelujen tarjoajien sekä sisältöjen, sovellusten tai palvelujen tarjoajien markkina-asema. Kansallisilta sääntely- ja muilta toimivaltaisilta viranomaisilta olisi edellytettävä osana niiden seuranta- ja täytäntöönpanotehtäviä puuttumista tilanteeseen silloin, kun sopimukset tai kaupalliset käytännöt heikentäisivät olennaisesti loppukäyttäjien oikeutta.

- (8) Internetyhteyspalveluja tarjotessaan näiden palvelujen tarjoajien olisi kohdeltava kaikkea liikennettä yhdenvertaisesti, syrjimättömästi, rajoituksitta ja häiriöittä, riippumatta lähettäjistä tai vastaanottajasta, sisällöstä, sovelluksesta tai palvelusta taikka päätelaitteesta. Unionin oikeuden yleisten periaatteiden ja vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei tulisi kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua.
- (9) Kohtuullisen liikenteenhallinnan tavoitteena on edistää tehokasta verkkoresurssien käyttöä ja optimoida siirron kokonaislaatua vastaten tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatuvaatimuksiin ja näin ollen siirrettävien sisältöjen, sovellusten ja palvelujen laatuvaatimuksiin. Internetyhteyspalvelujen tarjoajien soveltamien kohtuullisten liikenteenhallintatoimenpiteiden olisi oltava avoimia, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia, eikä niiden tulisi perustua kaupallisiin näkökohtiin. Liikenteenhallinnan syrjimättömyyttä koskeva vaatimus ei sulje pois sitä, että internetyhteyspalvelujen tarjoajat toteuttavat siirron kokonaislaadun optimoimiseksi liikenteenhallintatoimenpiteitä, joissa eriytetään objektiivisesti erilaiset tietoliikenteen luokat. Kokonaislaadun ja käyttäjäkokemuksen optimoimiseksi kaikenlainen eriyttäminen olisi sallittava ainoastaan perustuen liikenteen tiettyjen luokkien palvelun laatuvaatimuksiin objektiivisesti erilaisiin teknisiin vaatimuksiin (esimerkiksi viive, viivevaihtelu, pakettihävikki ja kaistanleveys) eikä kaupallisiin näkökohtiin. Tällaisten eriyttämistoimenpiteiden olisi oltava oikeassa suhteessa kokonaislaadun optimoinnin tavoitteeseen, ja toisiaan vastaavia liikenteen tyyppejä olisi niiden puitteissa kohdeltava yhdenvertaisesti. Tällaisia toimenpiteitä olisi sovellettava vain välttämättömän ajan.

--

- (11) Olisi kiellettävä liikenteenhallintakäytännöt, jotka menevät tällaisia kohtuullisia liikenteenhallintatoimenpiteitä pidemmälle sillä, että ne estävät pääsyn tiettyihin sisältöihin, sovelluksiin tai palveluihin taikka sisältöjen, sovellusten tai palvelujen tiettyihin luokkiin tai hidastavat, muuttavat, rajoittavat tai häiritsevät niitä taikka heikentävät niiden laatua tai syrjivät niitä, ellei tässä asetuksessa vahvistetuista perustelluista ja määritellyistä poikkeuksista muuta johdu. Näitä poikkeuksia olisi tulkittava suppeasti, ja niihin olisi sovellettava suhteellisuusvaatimuksia. Tiettyjä sisältöjä, sovelluksia ja palveluja olisi suojeltava, samoin kuin niiden tiettyjä luokkia, koska pääsyn estämisellä ja muilla perusteltujen poikkeusten soveltamisalan ulkopuolelle jäävillä rajoittavilla toimenpiteillä on kielteisiä vaikutuksia loppukäyttäjien valintamahdollisuuksiin ja innovointiin. Sisältöjen, sovellusten tai palvelujen muuttamisen vastaisilla säännöillä viitataan viestinnän sisällön muuttamiseen, mutta niiden perusteella ei kielletä syrjimättömiä pakkaustekniikoita, joissa tiedoston kokoa pienennetään muuttamatta sisältöä. Tällainen pakkaaminen mahdollistaa niukkojen resurssien tehokkaamman käytön ja palvelee loppukäyttäjien etua pienentämällä datansiirtomääriä, lisäämällä nopeutta ja parantamalla kyseisten sisältöjen, sovellusten tai palvelujen käyttökokemusta.”

5. Asetuksen 2015/2120 1 artiklan (”Kohde ja soveltamisala”) 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tässä asetuksessa vahvistetaan yhteiset säännöt tietoliikenteen yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun varmistamiseksi internetyhteyspalvelujen tarjoamisessa ja tähän liittyvien loppukäyttäjien oikeuksien turvaamiseksi.”

6. Sen 2 artiklan (”Määritelmät”) mukaan ”tätä asetusta sovellettaessa sovelletaan direktiivin 2002/21/EY^[5] 2 artiklassa säädettyjä määritelmiä”.

5 Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä 7.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (puitedirektiivi) (EYVL 2002, L 108, s. 33).

7. Asetuksen 2015/2120 3 artiklassa ("Avoimen internetyhteyden turvaaminen") säädetään seuraavaa:

"1. Loppukäyttäjillä on oikeus saada ja välittää tietoa ja sisältöjä, käyttää ja tarjota valitsemiaan sovelluksia ja palveluja sekä käyttää valitsemiaan päätelaitteita riippumatta loppukäyttäjän tai palveluntarjoajan sijaintipaikasta taikka tiedon, sisällön, sovelluksen tai palvelun alkuperästä tai määränpäädästä, internetyhteyspalvelunsa kautta.

Tällä kohdalla ei rajoiteta sisällön, sovellusten tai palvelujen laillisuutta koskevaa unionin oikeutta eikä unionin oikeuden mukaista kansallista oikeutta.

2. Internetyhteyspalvelujen tarjoajien ja loppukäyttäjien väliset sopimukset internetyhteyspalvelujen kaupallisista ja teknisistä ehdoista ja ominaisuuksista, kuten hinnasta, datansiirron määristä ja nopeuksista, ja mahdolliset internetyhteyspalvelujen tarjoajien soveltamat kaupalliset käytännöt eivät saa rajoittaa 1 kohdassa vahvistetun loppukäyttäjien oikeuden käyttämistä.

3. Internetyhteyspalvelujen tarjoajien on kohdeltava internetyhteyspalveluja tarjotessaan kaikkea tietoliikennettä yhdenvertaisesti, syrjimättömästi, rajoituksitta ja häiriöttä ja riippumatta lähettäjistä, vastaanottajasta, saadusta tai jaetusta sisällöstä, käytetyistä tai tarjotuista sovelluksista tai palveluista tai käytetystä päätelaitteesta.

Ensimmäinen alakohta ei estä internet-palvelujen tarjoajia panemasta täytäntöön kohtuullisia liikenteenhallintatoimenpiteitä. Kohtuullisten liikenteenhallintatoimenpiteiden on oltava läpinäkyviä, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia eivätkä ne saa perustua kaupallisiin näkökohtiin, vaan tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin. Tällaisilla toimenpiteillä ei saa valvoa tiettyä sisältöä eikä niitä saa pitää voimassa pidempään kuin on välttämätöntä.

Internetyhteyspalvelujen tarjoajat eivät saa suorittaa liikenteenhallintatoimenpiteitä, jotka menevät toisessa alakohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä pidemmälle, eivätkä varsinkaan saa estää pääsyä tiettyihin sisältöihin, sovelluksiin tai palveluihin taikka niiden tiettyihin luokkiin tai hidastaa, muuttaa, rajoittaa tai häiritä niitä tai heikentää niiden laatua tai syrjiä niitä, paitsi siinä määrin, kuin se on välttämätöntä ja vain niin pitkään kuin se on välttämätöntä, jotta voidaan:

- a) noudattaa internetyhteyspalvelujen tarjoajaan sovellettavaa unionin säädöksiä tai unionin oikeuden mukaista kansallista lainsäädäntöä, tai unionin oikeuden mukaisia toimenpiteitä tällaisten unionin säädösten tai tällaisen kansallisen lainsäädännön panemiseksi täytäntöön, mukaan lukien tuomioistuimen määräykset tai asianomaisen toimivallan omaavien viranomaisten päätökset;
- b) säilyttää verkon, sen kautta tarjottavien palvelujen ja loppukäyttäjien päätelaitteiden eheys ja turvallisuus;
- c) estää uhkaava verkon ruuhkautuminen ja lieventää poikkeuksellisen tai väliaikaisen verkon ruuhkautumisen vaikutuksia, edellyttäen, että toisiaan vastaavia tietoliikenteen luokkia kohdellaan yhdenvertaisesti.

--

5. Yleisen sähköisen viestinnän tarjoajat, mukaan lukien internet-palvelujen tarjoajat sekä sisällön, sovellusten tai palvelujen tarjoajat, voivat vapaasti tarjota muita palveluja kuin internetyhteyspalveluja, jotka on optimoitu tiettyjä sisältöjä, sovelluksia tai palveluja taikka näiden yhdistelmiä varten, silloin kun optimointi on tarpeen sisältöä, sovelluksia tai palveluja koskevien vaatimusten täyttämiseksi tietyllä laatusallolla.

Yleisen sähköisen viestinnän tarjoajat, mukaan lukien internetyhteyspalvelujen tarjoajat, voivat tarjota tai helpottaa niiden tarjoamista ainoastaan, jos verkkokapasiteetti riittää niiden tarjoamiseen internetyhteyspalvelujen lisäksi. Tällaisia palveluja ei saa asettaa saataville tai tarjota internetyhteyspalvelujen korvaamiseksi eivätkä ne saa heikentää loppukäyttäjien internetyhteyspalvelujen saatavuutta tai yleistä laatua.”

8. Asetuksen 2015/2120 5 artiklan (”Valvonta ja täytäntöönpano”) 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Kansallisten sääntelyviranomaisten on valvottava tarkasti ja varmistettava, että 3 ja 4 artiklaa noudatetaan, ja edistettävä sellaisten syrjimättömien internetyhteyspalvelujen jatkuvaa saatavuutta, joiden laatu vastaa teknologian kehitystä. Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat tässä tarkoituksessa myös edellyttää teknisiä ominaisuuksia, palvelun laadun vähimmäisvaatimuksia ja muita asianmukaisia ja tarpeellisia toimenpiteitä koskevia vaatimuksia yhdeltä tai useammalta yleisen sähköisen viestinnän tarjoajalta, mukaan lukien internetyhteyspalvelujen tarjoajat.”

B Direktiivi 2002/21

9. Direktiivin 2002/21 2 artiklaan sisältyvät seuraavat määritelmät:

”h) ’käyttäjällä’ [tarkoitetaan] luonnollista tai oikeushenkilöä, joka käyttää tai pyytää käyttöönsä yleisesti saatavilla olevaa sähköistä viestintäpalvelua;

i) ’kuluttajalla’ [tarkoitetaan] luonnollista henkilöä, joka käyttää tai pyytää käyttöönsä yleisesti saatavilla olevaa sähköistä viestintäpalvelua muuhun tarkoitukseen kuin liiketoimintaan tai ammatinharjoittamiseen;

--

n) ’loppukäyttäjällä’ [tarkoitetaan] käyttäjää, joka ei tarjoa käyttöön yleisiä viestintäverkkoja eikä yleisesti saatavilla olevia sähköisiä viestintäpalveluja.

--”

II Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

A Asia C-807/18

10. Telenor Magyarország Zrt. (jäljempänä Telenor) on yksi Unkarin televiestintäpalvelujen tarjoajista. Se tarjoaa muiden muassa MyChat-palvelupakettia, jossa

- tilaaja voi käyttää vapaasti 1 gigatavua (Gt) dataa maksua vastaan. Kun tämä datamäärä on käytetty, internetyhteys hidastuu merkittävästi.⁶
- Tilaajalle kuitenkin sallitaan joidenkin keskeisten sosiaalisen median sovellusten ja viestisovellusten⁷ rajoittamaton käyttö palvelua hidastamatta, eikä näiden sovellusten tuottamaa dataliikennettä oteta huomioon laskettaessa 1 Gt:n enimmäiskulutusta.

⁶ Järjestelmä käytännössä hidastaa lataus- ja lähetyksenopeutta niin, että ne ovat tämän jälkeen korkeintaan 32 kbit/s.

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

11. Kun MyChat-paketin tilaaja on käyttänyt 1 Gt dataa, *muiden kuin etuoikeutettujen* sovellusten tietoliikenteen saatavuutta rajoitetaan hidastamalla, kun taas *etuoikeutettujen* sovellusten (edellä mainitut sosiaalisen median sovellukset) kohdalla näin ei tehdä.

12. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (viestintäviranomaisen, Unkari)⁸ katsoi, että MyChat-pakettia voitiin pitää kaupallisen käytännön muodossa ilmenevänä liikenteenhallintatoimenpiteenä, joka tarjoaa tilaajille mahdollisuuden valittujen sovellusten rajattomaan ja laadultaan yhdenmukaiseen käyttöön, kun taas muiden internetsisältöjen saatavuutta hidastetaan.

13. Viestintäviranomaisen mukaan tämä liikenteenhallintatoimenpide on asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädettyjen yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusten vastainen, eikä sitä voida perustella millään kyseisessä säännöksessä mainituista poikkeuksista. Näin ollen viestintäviranomaisen määräsi Telenorin poistamaan sen.

14. Telenor nosti viestintäviranomaisen päätöksestä kanteen Fővárosi Törvényszékissa.

B Asia C-39/19

15. Telenor tarjoaa lisäksi MyMusic-lisäpalvelupakettia joko prepaid-liittymällä tai toistuvalla kuukausimaksulla. Pakettia on saatavana kolmena eri vaihtoehtona (Start, Nonstop ja Deezer), joilla taataan musiikkisisältöjen ja radiolähetysten vastaanottoon parhaiten soveltuva dataliikenne.

16. Näiden pakettien tilaajille Telenor tarjoaa neljää eri musiikin suoratoistopalvelua⁹ ja tiettyjä verkkoradiopalveluja, joissa dataa voi kuluttaa joko rajoitetusti (MyMusic Start -paketissa enintään 500 Mt kuukaudessa) tai rajoittamattomasti (kahdessa muussa paketissa) sen mukaan, minkä suuruisen kuukausikiintiön tilaaja valitsee.¹⁰

17. Näiden pakettien tuottamaa liikennettä ei oteta huomioon laskettaessa sovitun datamäärän kulutusta. Musiikkisovellukset ovat rajoituksetta tilaajien käytettävissä, eikä laajakaistayhteyttä hidasteta tai estetä edes sen jälkeen, kun sovittu datamäärä on käytetty. Sitä vastoin *etuoikeutettujen* sovellusten ulkopuolisista internetsisällöistä aiheutuu maksullista dataliikennettä, ja niiden saatavuutta rajoitetaan.

18. Viestintäviranomaisen teki näistä paketeista samanlaisen päätöksen kuin MyChat-paketista (asia C-807/18). Telenor riitautti sen Fővárosi Törvényszékissä.

19. Kyseinen tuomioistuin on esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset, jotka ovat samat kummassakin asiassa:

”1) Onko sellaista internetyhteyspalvelujen tarjoajan ja loppukäyttäjän välistä sopimusta, jonka perusteella palveluntarjoaja soveltaa loppukäyttäjään nollatariffia tiettyjen sovellusten osalta (toisin sanoen tietyn sovelluksen tuottamaa liikennettä ei oteta huomioon laskettaessa datan kulutusta, eikä se myöskään hidastu sen jälkeen, kun sovittu datamäärä on käytetty) ja jonka perusteella tämä palveluntarjoaja kohtelee eri tavalla tällaisen sopimuksen ehtojen mukaisesti ja niiden puitteissa vain sopimuksen osapuolena olevaa loppukäyttäjää eikä sellaista loppukäyttäjää, joka ei ole tehnyt sopimusta, arvioitava – – asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan kannalta?

⁸ Viestintäviranomaisen lopullisen päätöksen vahvisti Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (viestintäviranomaisen pääjohtaja).

⁹ Deezer, Apple Music, Tidal ja Spotify.

¹⁰ MyMusic-pakettien tariffit ovat huomattavasti edullisempia kuin muiden samoilla tilausperusteilla saatavana olevien enintään 500 Mt:n pakettien tai rajoittamattoman datamäärän pakettien tariffit.

- 2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi, onko asetuksen 3 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että rikkomisen toteaminen, kun otetaan huomioon myös asetuksen johdanto-osan seitsemäs perustelukappale, edellyttää vaikutus- ja markkinaperusteista selvitystä siitä, rajoittavatko internetyhteyspalvelujen tarjoajan toimenpiteet tosiasiallisesti – ja missä määrin – asetuksen 3 artiklan 1 kohdassa loppukäyttäjälle tunnustettuja oikeuksia?
- 3) Ensimmäisestä ja toisesta kysymyksestä erillisenä kysytään, onko asetuksen 3 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että siinä säädetty kieltö on yleinen ja objektiivinen^[11] siten, että sen perusteella ovat kiellettyjä kaikki sellaiset liikenteenhallintatoimenpiteet, jotka asettavat tietyt internetsisällöt eri asemaan, riippumatta siitä, onko internetyhteyspalvelujen tarjoaja ottanut erottelun käyttöön sopimuksen, kaupallisten käytäntöjen vai jonkin muun menettelytavan välityksellä?
- 4) Jos kolmanteen kysymykseen vastataan myöntävästi, voidaanko asetuksen 3 artiklan 3 kohdan vastainen rikkominen todeta yksinomaan erilaisen kohtelun perusteella ilman tämän lisäksi suoritettavaa markkinoiden ja vaikutusten arviointia, mikä merkitsee tällaisessa tapauksessa, ettei asetuksen 3 artiklan 1 ja 2 kohdan vaatimusten mukaiseen arviointiin ole tarvetta?”

III Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

20. Ennakkoratkaisupyynnöt saapuivat unionin tuomioistuimen kirjaamoon 20.12.2018 (asia C-807/18) ja 23.1.2019 (asia C-39/19).

21. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Telenor, viestintäviranomainen, Unkarin, Saksan, Itävallan, Tšekin, Slovenian, Suomen, Alankomaiden ja Romanian hallitukset sekä Euroopan komissio.

22. Telenor, viestintäviranomainen, Unkarin, Saksan, Alankomaiden ja Slovenian hallitukset ja komissio osallistuivat 14.1.2020 pidettyyn istuntoon.

IV Asian tarkastelu

A Alustavat huomautukset

23. Näissä kahdessa ennakkoratkaisupyynnössä kyseessä olevat tariffit mahdollistavat sen, että tilaajat voivat käyttää tiettyjä sovelluksia ilman, että niiden tuottama dataliikenne vähennetään sovitusta datamäärästä, jota laskettaessa otetaan huomioon ainoastaan muiden sovellusten käyttämä data.

24. Nollatariffia sovellettaessa pakettiin sisältyvämmien palvelujen ja sovellusten lataus hidastuu sen jälkeen, kun yleistariffin mukaan sovittu datamäärä on käytetty. Sovitun datamäärän käyttäminen ei vaikuta *etuoikeutettujen* sovellusten saatavuuteen eikä käyttönopeuteen, kun taas muut sovellukset estetään tai niiden käyttöä hidastetaan tästä ajankohdasta lähtien.

25. Viestintäviranomaisen mukaan nämä paketit ovat asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan vastaisia liikenteenhallintatoimenpiteitä. Kansallinen tuomioistuin, jota on pyydetty tutkimaan viestintäviranomaisen arvion laillisuus, on esittänyt neljä ennakkoratkaisukysymystä, jotka voidaan jakaa kahteen ryhmään:

- Yhtäältä, kumman asetuksen 2015/2120 3 artiklan kohdan (2 vai 3 kohdan) perusteella tariffit on tutkittava (ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys)?

¹¹ Asiassa C-39/19 esitetyssä ennakkoratkaisukysymyksessä käytetään lisäksi adjektiivia ”ehdoton”.

- Toisaalta, siinä tapauksessa, että sovelletaan asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohtaa, onko siinä säädetty kielto yleinen, objektiivinen ja ehdoton (kolmas ennakkoratkaisukysymys), ja jos on, tarkoittaako tämä sitä, että sen määrittämiseksi, onko loppukäyttäjien oikeuksia loukattu, ei vaadita yksityiskohtaista arviointia (toinen ja neljäs ennakkoratkaisukysymys)?

1. Asetuksen 2015/2120 tavoitteet

26. Näiden kysymysten ratkaisemiseksi on otettava huomioon asetuksen 2015/2120 tavoitteet ja erityisesti sen 3 artiklan rakenne.

27. Asetuksella 2015/2120 on kaksi tavoitetta eli avoimen internetyhteyden turvaaminen ja loppukäyttäjien suojeleminen. Mielestäni näiden tavoitteiden painoarvo asetuksen systematiikassa ei ole sama, sillä sen säännöksistä ilmenee, että ensin mainittu (avoimen internetyhteyden turvaaminen) on näistä ensisijainen.

28. Jo asetuksen 2015/2120 otsikko kertoo, että sen pääasiallisena tavoitteena on säätää ”avointa internetyhteyttä koskevista toimenpiteistä” ja siten muuttaa ”yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla” annettua direktiiviä 2002/22.¹²

29. Samansuuntaisia ovat asetuksen 2015/2120 johdanto-osan ensimmäinen perustelukappale ja sen 1 artiklan 1 kohta, jonka mukaan kyseisessä asetuksessa ”vahvistetaan yhteiset säännöt tietoliikenteen yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun varmistamiseksi internetyhteyspalvelujen tarjoamisessa ja tähän liittyvien loppukäyttäjien oikeuksien turvaamiseksi”.¹³

30. Muista asetuksen 2015/2120 artikloista ilmenee, että sen ensisijaisena tavoitteena on turvata avoin internetyhteys.¹⁴ Tämä pätee erityisesti 3 artiklaan, jonka tulkintaa ennakkoratkaisupyynnön nimenomaan koskevat, sillä tämän artiklan tavoitteena on paljonpuhuvan otsikkonsa mukaisesti ”avoimen internetyhteyden turvaaminen”. Samaan avoimeen internetyhteyteen viitataan muissakin asetuksen säännöksissä.¹⁵

2. Loppukäyttäjien oikeudet

31. Tällä tavoin otsikoidun 3 artiklan 1 kohdassa luetellaan ”loppukäyttäjien” oikeudet. Sen määrittämiseksi, keitä nämä loppukäyttäjät ovat, on asetuksen 2015/2120 2 artiklassa olevan nimenomaisen viittauksen mukaan sovellettava ”direktiivin 2002/21/EY 2 artiklassa säädettyjä määritelmiä”.

32. Direktiivin 2002/21 2 artiklan n alakohdan mukaan ”loppukäyttäjällä” tarkoitetaan ”käyttäjää, joka ei tarjoa käyttöön yleisiä viestintäverkkoja eikä yleisesti saatavilla olevia sähköisiä viestintäpalveluja”.

¹² Asetuksen 2015/2120 kolmantena tavoitteena, jolla ei ole tässä merkitystä, on verkkovierailuista yleisissä matkaviestinverkoissa unionin alueella 13.6.2012 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 531/2012 (EUVL 2012, L 172, s. 10) muuttaminen.

¹³ Kursivointi tässä. Tällä lisäyksellä niin sanoakseni *nyansoidaan* loppukäyttäjien oikeuksia, jotka määräytyvät *suhteessa* tietoliikenteen yhdenvertaisen kohtelun turvaamiseen internetyhteyspalvelujen tarjoamisessa.

¹⁴ Viime kädessä avoimella internetyhteydellä pyritään vain takaamaan ”internetin ekosysteemin jatkuva toimiminen innovoinnin lähteenä” (johdanto-osan ensimmäinen perustelukappale), jotta varmistetaan internetin säilyminen ”innovoinnille avoimena alustana” (johdanto-osan kolmas perustelukappale). Tämä kaikki edistää yleistä etua ja siten *välillisesti* monia yksilön oikeuksia, muun muassa tiedonsaantioikeutta tai sananvapautta. Asetuksessa 2015/2120 *välittömästi* taatut loppukäyttäjien oikeudet koskevat pelkästään avointa internetyhteyttä ja liittyvät siten tähän yhteyteen sovellettaviin yksityiskohtaisiin sääntöihin ja ehtoihin.

¹⁵ Asetuksen 2015/2120 4 artiklassa säädetään ”läpinäkyvyystoimenpiteistä avoimen internetyhteyden varmistamiseksi”. Sen 5 artiklassa säädetään ”valvonnasta ja täytäntöönpanosta” ja 6 artiklassa 3, 4 ja 5 artiklan rikkomiseen sovellettavista ”seuraamuksista”.

33. Loppukäyttäjällä ei siis viitata yksinomaan käyttäjään (jolla direktiivin 2002/21 2 artiklan h alakohdan mukaan tarkoitetaan ”luonnollista tai oikeushenkilöä, joka käyttää tai pyytää käyttöönsä yleisesti saatavilla olevaa sähköistä viestintäpalvelua”) eikä kuluttajaan (jolla saman artiklan i alakohdan mukaan tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä, joka käyttää tai pyytää käyttöönsä yleisesti saatavilla olevaa sähköistä viestintäpalvelua muuhun tarkoitukseen kuin liiketoimintaan tai ammatinharjoittamiseen”), vaan ymmärtääkseni sekä internetiä käyttäviin kuluttajiin että sisältöjen ja sovellusten tarjoajiin.

34. Vaikka terminologia voikin vaikuttaa monitulkintaiselta,¹⁶ sekä henkilöitä, jotka käyttävät internetyhteyttä kiinteällä tai langattomalla laitteella, että henkilöitä, jotka tarjoavat sisältöjä ja sovelluksia internetissä, on pidettävä direktiivissä 2002/21 (ja sitä kautta asetuksessa 2015/2120) tarkoitettuina loppukäyttäjinä, koska molemmat *käyttävät* internetiä: joko hankkiakseen palveluntarjoajien tarjoamaa tietoa ja sisältöjä tai – viimeksi mainittujen tapauksessa – huolehtiakseen siitä, että niiden sovellukset, palvelut ja sisällöt ovat yleisesti saatavilla.

35. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa vahvistetut loppukäyttäjän oikeudet ovat seuraavat:

- oikeus saada ja välittää internetissä saatavilla olevaa tietoa ja sisältöjä;
- oikeus käyttää ja tarjota valitsemiaan sovelluksia ja palveluja;
- oikeus käyttää valitsemiaan päätelaitteita.

36. Kaikkia näitä oikeuksia sovelletaan ”riippumatta loppukäyttäjän tai palveluntarjoajan sijaintipaikasta taikka tiedon, sisällön, sovelluksen tai palvelun alkuperästä tai määränpäästä”.¹⁷ Saman artiklan 1 kohdan toisen alakohdan mukaan niillä ”ei rajoiteta sisällön, sovellusten tai palvelujen laillisuutta koskevaa unionin oikeutta eikä unionin oikeuden mukaista kansallista oikeutta”.

37. Lyhyesti sanottuna 3 artiklan 1 kohdassa mainitut oikeudet takaavat avoimen internetyhteyden, koska loppukäyttäjät voivat *saada* kaikkia sisältöjä, sovelluksia ja palveluja sekä *toimittaa ja välittää niitä* rajoituksetta edellyttäen, että ne ovat laillisia.

3. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohta

38. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epäilykset liittyvät asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohtaan.

39. Kyseisen artiklan 2 kohdassa annetaan erityiset takeet 1 kohdassa mainituille oikeuksille, ja sen tavoitteena on, kuten edellä jo totesin, avoimen internetyhteyden suojaaminen. Tässä yhteydessä 2 kohdassa säädetään, että näiden oikeuksien käyttämistä eivät saa rajoittaa: a) internetyhteyspalvelujen tarjoajien ja loppukäyttäjien väliset sopimukset ”internetyhteyspalvelujen kaupallisista ja teknisistä ehdoista ja ominaisuuksista” ja b) ”mahdolliset internetyhteyspalvelujen tarjoajien soveltamat kaupalliset käytännöt”.

¹⁶ Nimitys ”loppukäyttäjä” ei ole kovin kuvaava, koska se ei ilmaise, että myös palveluntarjoajat kuuluvat kyseisellä käsitteellä määriteltyjen yksityisten joukkoon. Saksan, Itävallan, Tšekin ja Slovenian hallitukset väittävät, että asetusta 2015/2120 sovellettaessa myös *sisältöjen* tarjoajat ovat loppukäyttäjää. Tämän väitteen tueksi komissio esitti istunnossa otteen suuntaviivoista, jotka Euroopan sähköisen viestinnän sääntelyviranomaisten yhteistyöelin (BEREC) on antanut verkon neutraaliutta koskevien sääntöjen täytäntöönpanosta kansallisissa sääntelyviranomaisissa (Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, BoR (16) 127).

¹⁷ Kyseisessä säännöksessä loppukäyttäjä ja tarjoaja mainitaan erikseen. Mielestäni tämä on virheellistä, kun otetaan huomioon direktiivin 2002/21 2 artiklan n alakohdassa ensin mainitusta käsitteestä annettu määritelmä. Asetuksen 2015/2120 antanut unionin lainsäätävä näyttää kompastuneen ilmauksen ”loppukäyttäjä” käsitteelliseen epätasällisyyteen, johon edellisessä alaviitteessä juuri viittasin.

40. Nähdäkseni ”sopimusten” ja ”käytäntöjen” välinen ero liittyy siihen, onko loppukäyttäjien suostumus internetyhteyspalvelujen kaupallisiin ja teknisiin ehtoihin ja ominaisuuksiin ollut nimenomaista vai hiljaista:

- *Sopimuksissa* loppukäyttäjä on nimenomaisesti suostunut näihin ehtoihin, kun hän on tehnyt niistä sopimuksen palveluntarjoajan kanssa.
- *Kaupallisissa käytännöissä* suostumus perustuu siihen, että toinen osapuoli on implisiittisesti hyväksynyt palveluntarjoajan yksipuolisesti vahvistamat ehdot.¹⁸

41. Joka tapauksessa asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa määritetään, mitkä ”internetyhteyspalvelujen kaupallisista ja teknisistä ehdoista ja ominaisuuksista” eivät voi rajoittaa 1 kohdassa vahvistetun loppukäyttäjien oikeuden käyttämistä: ne, jotka liittyvät ”hintaan, datansiirron määriin ja nopeuksiin”. Ymmärtääkseni tämä luettelo ei ole tyhjentävä, mutta nämä kolme tekijää ovat – tässä merkityksellisiltä osin – kaikkein oleellimmat.

4. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohta

42. Kun asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa säädetään sen 1 kohdassa mainituille oikeuksille erityiset takeet, joiden tarkoituksena on turvata *internetin avoimuus*, saman artiklan 3 kohdassa asetetaan internetyhteyspalvelujen tarjoajille verkkoliikenteen hallintavelvoite, jonka tarkoituksena on varmistaa *tietoliikenteen yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu*.¹⁹

43. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan mukaan internetyhteyspalvelujen tarjoajien on kohdeltava internetyhteyspalveluja tarjotessaan ”kaikkea tietoliikennettä yhdenvertaisesti, syrjimättömästi, rajoituksitta ja häiriöittä ja riippumatta lähettäjistä, vastaanottajasta, saadusta tai jaetusta sisällöstä, käytetyistä tai tarjotuista sovelluksista tai palveluista tai käytetystä päätelaitteesta”.²⁰

44. Tämä velvoite ei kuitenkaan ole ehdoton. Saman artiklan 3 kohdan mukaan internetyhteyspalvelujen tarjoajat saavat nimittäin ”panna täytäntöön kohtuullisia liikenteenhallintatoimenpiteitä”. Näiden toimenpiteiden ”on oltava läpinäkyviä, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia, eivätkä ne saa perustua kaupallisiin näkökohtiin, vaan tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin”.

45. Tietoliikenteen *eriytetty* (mutta syrjimätön) kohtelu on siis sallittua, jos sen teknisesti tehokas hallinnointi tätä vaatii.

18 Vaikka sopimusten ja käytäntöjen käsitteiden välisellä erolla ei ole käsiteltävässä asiassa ratkaisevaa merkitystä, on huomautettava, että BEREC viittaa verkon neutraaliutta koskevien sääntöjen täytäntöönpanosta kansallisissa sääntelyviranomaisissa antamiensa suuntaviivojen (BoR (16) 127) 33 kohdassa (alaviite 10) mahdollisuuteen turvautua – ilmeisistä eroista huolimatta – siihen ”kaupallisten menettelyjen” määritelmään, joka annetaan sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/EY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/17/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) (EUVL 2005, L 149, s. 22) 2 artiklan d alakohdassa. Yksi tämän käsitteen määrävistä piirteistä on yksipuolisuus: sillä tarkoitetaan ”elinkeinoharjoittajan tointa, mainitsematta jättämistä, käyttäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myynnin edistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille”.

19 Vaikka monet tämän ennakkoratkaisumenettelyn osapuolista suosivatkin ilmausta ”neutraalius”, olen sekaannuksen estämiseksi välttänyt sitä (ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 3) ja käyttänyt yksinomaan ilmausta ”yhdenvertaisen kohtelun periaate” tai muita vastaavia ilmauksia. Internetin neutraaliutta käsittelevästä oikeuskirjallisuudesta ks. Robles Carrillo, M., ”El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: Alcance y contenido”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63 (2019), s. 449–488.

20 Viittaauksella ”käytettyyn päätelaitteeseen” formalisoidaan asetuksen johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa mainittu ”teknologianeutraaliuden” periaate. Säännöksen loppuosassa asetetaan tyyppillinen syrjimättömän kohtelun velvoite. Se vahvistetaan asetuksen johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa, jossa olennaisin osin toistetaan 3 artiklan 3 kohdan sisältö ja lisätään, että ”unionin oikeuden yleisten periaatteiden ja vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei tulisi kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua”.

46. Herkkä tasapaino yhtäältä kaikkien internetyhteysmuotojen yhdenvertaisen kohtelun velvoitteen ja toisaalta tehokkaan liikenteenhallinnan välillä määritetään luettelemalla asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tietyjä joko sallittuja tai kiellettyjä menettelytapoja.

47. Tästä säännöksestä ilmenee seuraavaa:

- Internetyhteyspalvelujen tarjoajat eivät saa suorittaa liikenteenhallintatoimenpiteitä, jotka menevät toisessa alakohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä pidemmälle, eivätkä ”varsinkaan saa estää pääsyä tiettyihin sisältöihin, sovelluksiin tai palveluihin taikka niiden tiettyihin luokkiin tai hidastaa, muuttaa, rajoittaa tai häiritä niitä tai heikentää niiden laatua tai syrjiä niitä –”.
- Tätä kieltoa sovelletaan kuitenkin vain ”siinä määrin, kuin se on välttämätöntä ja vain niin pitkään kuin se on välttämätöntä” tietyissä tarkoituksissa, joista tässä yhteydessä on mainittava pyrkimys ”– säilyttää verkon, sen kautta tarjottavien palvelujen ja loppukäyttäjien päätelaitteiden eheys ja turvallisuus; [ja] estää uhkaava verkon ruuhkautuminen ja lieventää poikkeuksellisen tai väliaikaisen verkon ruuhkautumisen vaikutuksia, edellyttäen, että toisiaan vastaavia tietoliikenteen luokkia kohdellaan yhdenvertaisesti”.²¹

48. Vaikka Suomen hallitus väittää, että 3 artiklan 3 kohdan säännökset muodostavat 1 ja 2 kohdan säännöksiin nähden ”itsenäisen kokonaisuuden”,²² yhdyin pikemminkin Unkarin hallituksen ja komission näkemykseen, jonka mukaan 2 kohdan tavoin myös 3 kohdan tavoitteena on taata 1 kohdassa tunnustetut oikeudet.²³

49. Internetliikenteen yhdenvertaisen ja syrjimättömän hallinnan takaaminen on ehdoton edellytys sille, että verkko tosiasiallisesti on avoin loppukäyttäjille. Tämä *avoimuus* merkitsee mahdollisuutta saada käyttöön sisältöjä, sovelluksia ja palveluja sekä tarjota ja välittää niitä riippumatta 3 artiklan 1 kohdassa mainituista seikoista eli ”loppukäyttäjän tai palveluntarjoajan sijaintipaikasta taikka [internetissä saatavilla olevan] tiedon, sisällön, sovelluksen tai palvelun alkuperästä tai määränpäätstä” aiheutuvista rajoituksista.

50. Viime kädessä asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään erilaisista takeista saman artiklan 1 kohdassa vahvistetuille oikeuksille.²⁴

51. Tarkastelen seuraavaksi kansallisen tuomioistuimen esittämiä ennakkoratkaisukysymyksiä näistä lähtökohdista käsin.

21 Lisäksi on muita edellytyksiä, joilla ei ole tässä merkitystä. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 4 kohdassa säädetään, että toimenpiteet, joihin liittyy henkilötietojen käsittelyä, ovat sallittuja ainoastaan, jos tällainen käsittely on välttämätöntä ja oikeasuhteista 3 kohdassa vahvistettujen tavoitteiden saavuttamiseksi ja jos siinä noudatetaan unionin tietosuojalainsäädäntöä. Saman artiklan 5 kohdan mukaan optimoituja internetyhteyspalveluja voidaan tarjota, jos ne eivät muun muassa ”heikennä loppukäyttäjien internetyhteyspalvelujen saatavuutta tai yleistä laatua”.

22 Suomen hallituksen huomautukset, 15 kohta.

23 Itävallan hallitus huomauttaa samansuuntaisesti, että 3 artiklan 3 kohdan rikkominen merkitsee samalla sen 1 kohdan rikkomista, mistä syystä nämä kohdat eivät voi olla toisiinsa nähden itsenäisiä.

24 Kuten istunnossa tuotiin esiin, 3 artiklan 2 ja 3 kohdassa ja 4 artiklan 1 kohdassa on tiettyä yhdenmukaisuutta. Jälkimmäisessä, jossa täsmennetään tiedot, jotka jokaisessa internetyhteyspalveluja koskevassa sopimuksessa on oltava, viitataan sekä mahdollisista liikenteenhallintatoimenpiteistä (3 artiklan 3 kohdassa tarkoitettujen toimenpiteiden) että osapuolten välillä sovitusta palvelun laatuvaatimuksista (3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sopimusehdot) aiheutuviin käytännön vaikutuksiin. Kummankin viittauksen tarkoituksena on viime kädessä tuoda esiin takeet, joilla 3 artiklan 2 ja 3 kohdassa pyritään suojaamaan saman artiklan 1 kohdassa vahvistetut oikeudet.

B Riidanalaisen tariffin lainmukaisuutta arvioitaessa merkityksellinen säännös (ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys)

52. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, onko sen käsiteltäviksi saatettujen päätösten lainmukaisuus tutkittava asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan valossa (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys) vai onko päinvastoin sovellettava saman artiklan 3 kohtaa (toinen ennakkoratkaisukysymys).

53. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan on olemassa ”internetyhteyspalvelujen tarjoajan [Telenor] ja loppukäyttäjän välinen sopimus, jonka perusteella [Telenor] soveltaa loppukäyttäjään nollatariffia tiettyjen sovellusten osalta (toisin sanoen tietyn sovelluksen tuottamaa liikennettä ei oteta huomioon laskettaessa datan kulutusta, eikä se myöskään hidastu sen jälkeen, kun sovittu datamäärä on käytetty) ja jonka perusteella [Telenor] kohtelee eri tavalla tällaisen sopimuksen ehtojen mukaisesti ja niiden puitteissa vain sopimuksen osapuolena olevaa loppukäyttäjää eikä sellaista loppukäyttäjää, joka ei ole tehnyt sopimusta”.²⁵

54. Kuten Saksan hallitus korosti, kyseisen sopimuksen nojalla internetyhteyspalvelujen tarjoaja soveltaa liikenteenhallintatoimenpidettä. Ennakkoratkaisupyynnössä nimittäin todetaan, että Telenor ”ei kiistä sitä, että – – paketti merkitsee verkkoliikenteen hallintaa eri tavalla sen mukaan, onko kyse valituista sovelluksista vai muista internetsisällöistä”. Nämä hallintatoimenpiteet näkyvät viimeksi mainittujen sisältöjen saatavuuden hidastumisena.

55. Jos näin on, muiden kuin valittujen sovellusten tarjoajia kohdellaan ”loppukäyttäjinä” syrjivästi sopimuksessa etuoikeutettujen sovellusten tarjoajiin nähden. Sopimuksesta aiheutuu lopulta välittömimmin vahinkoa ensin mainituille. Pitää paikkansa, että tilaajat, jotka ovat tehneet tämän sopimuksen ja jotka siis myös ovat ”loppukäyttäjii”, eivät joudu tämän välittömän syrjinnän kohteeksi. Hekään eivät kuitenkaan vältty muiden kuin etuoikeutettujen palveluntarjoajien saaman kohtelun välillisiltä seurauksilta, sillä lopulta myös heidän asetuksen 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa vahvistetulla oikeudella taatut mahdollisuutensa saada verkon sisältöjä heikkenevät.

56. Mielestäni tämä yhteyden hidastamistoimenpide, joka on objektiivinen ja helposti todennettavissa, kuuluu luonnostaan asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan, sillä siinä ”hidastaminen” mainitaan lähtökohtaisesti kiellettyjen liikenteenhallintakeinojen joukossa (lainsäätäjän myöhemmin mainitsemia poikkeuksellisia tapauksia lukuun ottamatta).²⁶

57. Sellaisten sovellusten ja sisältöjen, joita ei ole *etuoikeutettu*, saatavuuden hidastamisesta on sovittu Telenorin ja sen tilaajien välisessä sopimuksessa. Siksi on otettava esille asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohta, jossa kielletään *sopimukset* ”kaupallisista ja teknisistä ehdoista”.²⁷

58. Seuraava kysymys onkin, kumpaa 3 artiklan kohtaa on sovellettava silloin, kun dataliikenteen hidastamistoimenpide on, kuten käsiteltävässä asiassa, kirjattu internetyhteyspalvelujen tarjoajan ja sen tilaajien väliseen sopimukseen.

25 Kuten jo nähtiin (edellä 36 kohta), asetuksen 2015/2120 mukaan kuluttaja on yksi loppukäyttäjistä, ja tähän samaan ryhmään kuuluvat myös sisältöjen ja sovellusten tarjoajat. Näin ollen on ymmärrettävä, että riidanalaisella sopimuksella todellakin ”kohdellaan eri tavalla tällaisen sopimuksen ehtojen mukaisesti ja niiden puitteissa vain sopimuksen osapuolena olevaa kuluttajaa”. Toisin sanoen sopimusehtoja (kuten liikenteenhallintatoimenpiteitä, joilla tiettyjen sovellusten saatavuutta hidastetaan) sovelletaan ainoastaan sopimuspuolena olevaan kuluttajaan. Tämä tarkoittaa, että ei hidasteta kaikkia internetissä saatavilla olevia sovelluksia yleisesti ja kaikilta loppukäyttäjiltä, vaan hidastetaan ainoastaan tietoliikennettä sopimuspuolena olevan loppukäyttäjän (tilaaja) ja paketin ulkopuolisia sovelluksia tarjoavan loppukäyttäjän (palveluntarjoaja) välillä.

26 Näin rajataan BERECin suuntaviivoissa, joilla osapuolten istunnossa ilmaiseman yksimielisen näkemyksen mukaan on yleinen, vaikkakaan ei sitova, tulkinnallinen arvo.

27 Kursivointi tässä.

59. Lopullisten vaikutusten kannalta tällä kysymyksellä ei todellisuudessa ole merkitystä: sovellettiinpa kumpaa kohtaa hyvänsä, lopputulos on joka tapauksessa sama (eli riidanalainen toimenpide ja näin ollen myös sopimus, jossa siitä määrätään, ovat lainvastaisia). Tämä kysymys voi kuitenkin auttaa täsmentämään, missä tilanteessa lainvastaisuus ilmenee:

- Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan noudattamiseksi toimivaltaisten viranomaisten on, kuten sen johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa todetaan, huomioitava sopimuksen ”mittakaava” ja otettava huomioon ”muun muassa – – asianomaisten internetyhteyspalvelujen tarjoajien sekä sisältöjen, sovellusten tai palvelujen tarjoajien markkina-asema” sekä puututtava tilanteeseen silloin, kun sopimus ”heikentäisi olennaisesti” oikeutta avoimeen internetyhteyteen.²⁸
- Sen 3 artiklan 3 kohdan noudattamiseksi ei sitä vastoin oteta huomioon mitään tapauskohtaisia seikkoja, koska yhdenvertaisen kohtelun vaatimus pätee aivan ”riippumatta lähettäjistä, vastaanottajasta, saadusta tai jaetusta sisällöstä, käytetyistä tai tarjotuista sovelluksista tai palveluista tai käytetystä päätelaitteesta”.²⁹

60. Tässä tilanteessa olen Alankomaiden hallituksen kanssa samaa mieltä siitä, että asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdalle on annettava etusija.

61. Koska nimittäin yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu on avoimen internetyhteyden turvaamisen ehdoton edellytys,³⁰ sen rajoittaminen muilla tavoin, siis joko sopimuksilla tai kaupallisilla käytännöillä, voidaan estää vain, jos tämä yhteys on *teknisesti* taattu.³¹

62. Näin ollen katson, että asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohta on yleinen säännös, jonka perusteella kaikki sopimukset ja kaupalliset käytännöt on ensin arvioitava. Sen jälkeen, kun on suljettu pois se mahdollisuus, että liikenteenhallintatoimet eivät ole 3 kohdan edellytysten mukaisia, voidaan tarvittaessa tutkia 2 kohdan valossa, ovatko mainitut sopimukset ja käytännöt lainmukaisia. Kuten Romanian hallitus huomauttaa, millään sopimuksella ei ymmärrettävästikään voida poiketa 3 kohdan mukaisesta syrjintäkiellosta.

63. Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohdan välinen jakolinja ei perustu eron tekemiseen yhtäältä sopimusten (2 kohta) ja toisaalta yksipuolisten toimenpiteiden (3 kohta) välillä, kuten Telenor väittää. Se ei perustu myöskään kaupallisten ehtojen (2 kohta) ja teknisten ehtojen (3 kohta) väliseen erotteluun, koska 2 kohdassa viitataan näihin molempiin.

64. Mielestäni merkityksellisenä on pidettävä eroa yhtäältä 1 kohdassa vahvistettujen loppukäyttäjien oikeuksien välittömän loukkaamisen ja toisaalta näiden oikeuksien välillisen loukkaamisen, joka aiheutuu syrjivistä liikenteenhallintatoimenpiteistä, välillä:

- Jälkimmäisessä tapauksessa syrjivä liikenteenhallintatoimenpide on lainvastainen sillä perusteella, että se rikkoo 3 kohtaa, koska sillä loukataan yhdenvertaisen kohtelun velvoitetta, jonka noudattaminen on pakollista 1 kohdassa mainittujen oikeuksien saamiseksi.

28 Istunnossa keskusteltiin, onko mahdollista vaikutusta sillä, että johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa tehdään ero tapausten, joissa kansallisille sääntelyviranomaisille ja muille ”toimivaltaisille viranomaisille olisi *annettava valta* puuttua sopimukseen tai kaupallisiin käytäntöihin”, ja tapausten, joissa näiltä viranomaisilta *”olisi edellytettävä”* – – puuttumista tilanteeseen”, välillä. Nähdäkseni ensin mainitussa tapauksessa on kyse siitä, että kansallisessa oikeudessa *sallitaan* viranomaisten *puuttuminen* sopimukseen tai kaupallisiin käytäntöihin. Jälkimmäisessä tapauksessa taas on kyse siitä, että jos sääntelyviranomaisilla on tällainen valta, ne ovat *velvollisia puuttumaan* tilanteeseen, jos ne toteavat asetuksen 2015/2120 vastaisia sopimuksia ja käytäntöjä.

29 Asetuksen 2015/2120 johdanto-osan kahdeksas perustelukappale.

30 Ks. edellä 50 kohta.

31 Näin Alankomaiden hallituksen huomautusten 28 kohdassa.

- Ensin mainitussa tapauksessa näitä oikeuksia on saatettu loukata, vaikka 3 kohdassa mainittua vaatimusta olisikin noudatettu, jos kuluttajaa yhdenvertaisesta liikenteenhallinnasta huolimatta jollakin tavoin kannustetaan käyttämään pääasiassa tai yksinomaan tiettyjä sovelluksia.³²

C Asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetyn kiellon luonne (toinen, kolmas ja neljäs ennakkoratkaisukysymys)

65. Edellä esitetyillä perusteluilla olennaisin osin vastataan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiin, jotka koskevat asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua kieltä.

66. Päätelen, että tämä kieltä on luonteeltaan yleinen, ehdoton ja objektiivinen, koska sillä kielletään kaikki liikenteenhallintatoimenpiteet, jotka eivät ole (3 kohdassa tarkoitettulla tavalla) kohtuullisia ja jotka eivät edistä liikenteen yhdenvertaista ja syrjimätöntä kohtelua.

67. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että sen jälkeen, kun on todettu, että 3 artiklan 3 kohtaa on rikottu, ei välttämättä tarvitse enää määrittää, onko rikottu myös saman artiklan 2 kohtaa (mikä edellyttäisi markkinoiden ja riidanalaisen toimenpiteen vaikutusten yksityiskohtaista arviointia), tämän kuitenkin vaikuttamatta siihen, että jäsenvaltioiden prosessioikeudessa voidaan säätää toisin.

V Ratkaisuehdotus

68. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Fővárosi Törvényszékin esittämään ennakkoratkaisupyyntöön seuraavasti:

Avointa internetyhteyttä koskevista toimenpiteistä ja yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY sekä verkkovierailuista yleisissä matkaviestinverkoissa unionin alueella annetun asetuksen (EU) N:o 531/2012 muuttamisesta 25.11.2015 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklaa on tulkittava seuraavasti:

Sellainen internetyhteyksipalvelujen tarjoajan ja tilaajan välinen kaupallinen sopimus, jonka nojalla tiettyihin sovelluksiin sovelletaan nollatariffia ja muiden sovellusten käyttönopeutta hidastetaan sen jälkeen, kun sovittu datamäärä on käytetty, sisältää liikenteenhallintatoimenpiteen, jolla rikotaan asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan mukaista yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta, paitsi jos voidaan soveltaa kyseiseen 3 kohtaan sisältyviä poikkeuksia, minkä selvittäminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia.

Kun kyseisen vaatimuksen rikkominen on todettu, ei ole enää tarpeen selvittää, onko myös asetuksen 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan säännöksiä rikottu, eikä arvioida yksityiskohtaisesti markkinoita ja toimenpiteen vaikutuksia.

³² Komissio viittaa tilanteeseen, jossa nollatariffiin yhdistetty dataliikenteen enimmäisraja on erittäin alhainen suhteessa internetsisältöjen keskimääräisen käytön vaatimaan dataliikenteeseen, mikä kannustaisi kuluttajia käyttämään yksinomaan nollatariffisisältöjä (huomautusten 51 kohta). Koska riidanalaisen sopimukseen joka tapauksessa sisältyy, kuten edellä jo todettiin, asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan vastainen tekninen liikenteenhallintatoimenpide, joka riittää jo yksinään perusteeksi sopimuksen toteamiseen lainvastaiseksi, 2 kohdan mahdolliseen rikkomiseen liittyvä muu pohdinta on ainoastaan hypoteettista, eikä se siten ole välttämätöntä käsiteltävän asian ratkaisemisen kannalta.