



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

15 september 2020*

„Prejudiciële verwijzing – Elektronische communicatie – Verordening (EU) 2015/2120 – Artikel 3 – Open-internettoegang – Artikel 3, lid 1 – Rechten van eindgebruikers – Recht om toegang te krijgen tot toepassingen en diensten en deze te gebruiken – Recht om toepassingen en diensten aan te bieden – Artikel 3, lid 2 – Verbod op overeenkomsten en commerciële praktijken die de uitoefening van de rechten van eindgebruikers beperken – Begrippen ‚overeenkomsten‘, ‚commerciële praktijken‘, ‚eindgebruikers‘ en ‚consumenten‘ – Beoordeling van het bestaan van een beperking van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers – Modaliteiten – Artikel 3, lid 3 – Verplichting tot gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer – Mogelijkheid om redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen – Verbod op maatregelen die het verkeer blokkeren en vertragen – Uitzonderingen – Commerciële praktijken bestaande in het aanbieden van pakketten waarbij klanten die zich hierop abonneren, een bundel kopen die hun het recht geeft een bepaald datavolume onbeperkt te gebruiken zonder dat het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten die onder een ‚nultarief‘ vallen, daarop in mindering wordt gebracht, en waarbij zij, wanneer dit datavolume is opgebruikt, deze specifieke toepassingen en diensten kunnen blijven gebruiken, terwijl het verkeer voor de andere toepassingen en diensten wordt geblokkeerd of vertraagd”

In de gevoegde zaken C-807/18 en C-39/19,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije) bij beslissingen van 11 september 2018, ingekomen bij het Hof op respectievelijk 20 december 2018 en 23 januari 2019, in de procedures

Telenor Magyarország Zrt.

tegen

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, S. Rodin en I. Jarukaitis, kamerpresidenten, E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský (rapporteur), L. Bay Larsen, F. Biltgen, A. Kumin, N. Jääskinen en N. Wahl, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

* Procestaal: Hongaars.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 december 2019,

gelet op de opmerkingen van:

- Telenor Magyarország Zrt., vertegenwoordigd door A. Losonci en P. Galambos, bijgestaan door M. Orbán, ügyvéd,
- de Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke, vertegenwoordigd door I. Kun als gemachtigde,
- de Hongaarse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door Z. Fehér en Zs. Wagner, vervolgens door Z. Fehér als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek, J. Vlácil en A. Brabcová als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door J. Möller en D. Klebs als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M.K. Bulterman en M.J. Langer als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door G. Hesse en J. Schmoll, vervolgens door J. Schmoll als gemachtigden,
- de Roemeense regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door C.-R. Canțâr, E. Gane, R. I. Hațeganu en A. Wellman, vervolgens door de drie laatstgenoemden als gemachtigden
- de Sloveense regering, vertegenwoordigd door N. Pintar Gosenca en A. Dežman Mušič als gemachtigden,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door M. Pere als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braun, L. Havas en L. Nicolae als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 4 maart 2020,

het navolgende

Arrest

- 1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 3 van verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1).
- 2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen tussen Telenor Magyarország Zrt. (hierna: „Telenor”) en de Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (president van de nationale media-autoriteit, Hongarije) (hierna: „president van de ANCM”) betreffende twee besluiten waarbij laatstgenoemde Telenor heeft opgedragen om bepaalde van haar internettoegangsdiensten te beëindigen.

Toepasselijke bepalingen

Verordening 2015/2120

3 De overwegingen 1, 3, 6 tot en met 9 en 11 van verordening 2015/2120 luiden als volgt:

„(1) Deze verordening strekt ertoe gemeenschappelijke regels vast te stellen om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen. Met deze verordening wordt beoogd de eindgebruikers te beschermen en tevens de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen. [...]

[...]

(3) De afgelopen decennia heeft het internet zich ontwikkeld tot een open platform voor innovatie met lage drempels voor eindgebruikers, aanbieders van inhoud, toepassingen en diensten en aanbieders van internettoegangsdiensten. Het bestaande regelgevingskader is gericht op de bevordering van de mogelijkheden voor eindgebruikers om toegang te verkrijgen tot informatie en deze te delen of toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken. Een groot aantal eindgebruikers heeft evenwel te maken met verkeersbeheerpraktijken die specifieke toepassingen of diensten blokkeren of vertragen. Die trends vereisen gemeenschappelijke regels op Unieniveau om het open karakter van het internet te waarborgen en om fragmentatie van de interne markt als gevolg van door afzonderlijke lidstaten genomen maatregelen te voorkomen.

[...]

(6) Eindgebruikers moeten het recht hebben om via hun internettoegangsdienst toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en zonder discriminatie toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden. [...]

(7) Met het oog op de uitoefening van hun rechten om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken en aan te bieden, moet de eindgebruikers de vrijheid worden geboden met de aanbieders van internettoegangsdiensten overeenkomsten te sluiten over tarieven voor specifieke datavolumes en snelheden van de internettoegangsdienst. Deze overeenkomsten, alsook enigerlei commerciële praktijken van de aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van die rechten niet inperken en aldus de bepalingen van deze verordening betreffende het waarborgen van open-internettoegang omzeilen. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde autoriteiten dient de bevoegdheid te worden verleend op te treden tegen overeenkomsten of commerciële praktijken die wegens hun omvang tot een feitelijke beperking van de keuzemogelijkheden van de eindgebruikers leiden. Daartoe dient bij het beoordelen van overeenkomsten en commerciële praktijken rekening te worden gehouden met onder meer de respectieve marktposities van de betrokken aanbieders van internettoegangsdiensten en aanbieders van inhoud, diensten en toepassingen. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde autoriteiten moet, als onderdeel van hun toezichts- en handhavingsfunctie, de verplichting worden opgelegd op te treden indien overeenkomsten of commerciële praktijken de essentie van de rechten van de eindgebruikers zouden ondermijnen.

(8) Bij het aanbieden van de internettoegangsdiensten moeten aanbieders van die diensten alle verkeer gelijk behandelen, zonder discriminatie, beperking of inmenging, ongeacht de afzender of ontvanger, de inhoud, toepassing of dienst, of de eindapparatuur. [...]

(9) Het doel van redelijk verkeersbeheer is om bij te dragen aan een efficiënt gebruik van netwerkmiddelen en een optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, in reactie op de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening voor specifieke categorieën verkeer, en daarmee van de doorgegeven inhoud, toepassingen en diensten. De door de aanbieders van internettoegangsdiensten toegepaste redelijke verkeersbeheersmaatregelen moeten transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn en mogen niet ingegeven zijn door commerciële overwegingen. [...]

[...]

(11) Verkeersbeheersmaatregelen die verder gaan dan dergelijke redelijke verkeersbeheersmaatregelen doordat zij specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of specifieke categorieën inhoud, toepassingen of diensten blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken, ermee interfereren, degraderen of daartussen discrimineren, moeten worden verboden, behoudens de in deze verordening opgenomen gerechtvaardigde en nader omschreven uitzonderingen. Die uitzonderingen moeten strikt worden geïnterpreteerd en worden onderworpen aan evenredigheidsvoorschriften. Specifieke inhoud, toepassingen en diensten alsmede de specifieke categorieën daarvan moeten worden beschermd wegens de negatieve gevolgen van het blokkeren of andere niet onder de gerechtvaardigde uitzonderingen vallende beperkende maatregelen voor de keuzemogelijkheden van de eindgebruiker en voor innovatie. [...]"

4 Artikel 1 van verordening 2015/2120, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied”, bevat een lid 1 dat luidt als volgt:

„Bij deze verordening worden gemeenschappelijke regels vastgesteld om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen.”

5 Overeenkomstig artikel 2 van verordening 2015/2120 zijn de definities van artikel 2 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten („Kaderrichtlijn”) (PB 2002, L 108, blz. 33), ook van toepassing voor de toepassing van deze verordening.

6 Artikel 3 van die verordening, met het opschrift „Waarborgen van open-internettoegang”, bepaalt in leden 1 tot en met 3:

„1. Eindgebruikers hebben het recht om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden, en gebruik te maken van de eindapparatuur van hun keuze, ongeacht de locatie van de eindgebruiker of de aanbieder, en ongeacht de locatie, herkomst of bestemming van de informatie, inhoud, toepassing of dienst, via hun internettoegangsdienst.

[...]

2. Overeenkomsten tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers over commerciële en technische voorwaarden en de kenmerken van internettoegangsdiensten zoals prijs, datavolumes of snelheid, en alle commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken.

3. Aanbieders van internettoegangsdiensten behandelen bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie, en ongeacht de verzender en de ontvanger, de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid, de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten, of de gebruikte eindapparatuur.

De eerste alinea belet aanbieders van internettoegangsdiensten niet redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen. Om als redelijk te worden beschouwd, moeten die maatregelen transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en mogen zij niet berusten op commerciële overwegingen, maar op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer berusten. Zulke maatregelen mogen niet inhouden [dat] de specifieke inhoud [wordt] gevolgd, en zij worden niet langer dan nodig aangehouden.

Aanbieders van internettoegangsdiensten treffen geen verkeersbeheersmaatregelen die verder gaan dan de in de tweede alinea bedoelde maatregelen, en gaan met name niet over tot het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of specifieke categorieën daarvan, behalve indien – en slechts zolang – dit nodig is om:

- a) te voldoen aan de wetgevingshandelingen van de Unie of de nationale wetgeving die in overeenstemming is met het Unierecht, waar de aanbieder van de internettoegangsdiensten onder valt, of aan de met het Unierecht in overeenstemming zijnde maatregelen ter uitvoering van dergelijke wetgevingshandelingen van de Unie of dergelijke nationale wetgeving, met inbegrip van beslissingen van rechters of overheidsinstanties die ter zake bevoegd zijn;
 - b) de integriteit en de veiligheid van het netwerk, van de diensten die via dit netwerk worden aangeboden en van de eindapparatuur van de eindgebruikers te beschermen;
 - c) nakende netwerkcongestie te voorkomen en de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie te beperken, op voorwaarde dat gelijkwaardige soorten verkeer gelijk worden behandeld.”
- 7 Artikel 5 van diezelfde verordening, met het opschrift „Toezicht en handhaving”, bepaalt in lid 1, eerste alinea:

„De nationale regelgevende instanties houden nauwlettend toezicht op en zorgen voor de naleving van de artikelen 3 en 4, en zij bevorderen de voortdurende beschikbaarheid van niet-discriminerende internettoegangsdiensten op kwaliteitsniveaus die stroken met de stand van de techniek. Daartoe kunnen de nationale regelgevende instanties voorschriften inzake technische kenmerken, minimale vereisten inzake de kwaliteit van de dienstverlening en andere passende en noodzakelijke maatregelen opleggen aan een of meer aanbieders van elektronische communicatie aan het publiek, met inbegrip van aanbieders van internettoegangsdiensten.”

Richtlijn 2002/21

- 8 Artikel 2 van richtlijn 2002/21 bevat onder meer de volgende definities:

„h) ‚gebruiker’: een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst;

i) ‚consument’: een natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden;

[...]

n) ‚eindgebruiker’: een gebruiker die geen openbaar communicatienetwerk of openbare elektronische-communicatiediensten aanbiedt;

[...]”

Hoofdingen en prejudiciële vragen

- 9 Telenor is een belangrijke speler in de informatietechnologie- en communicatiesector en is gevestigd in Hongarije. Zij biedt onder andere internettoegangsdiensten aan. De aan haar potentiële klanten aangeboden diensten omvatten twee pakketten die respectievelijk „MyChat” en „MyMusic” worden genoemd.
- 10 „MyChat” is een pakket dat klanten die zich hierop abonneren, in de eerste plaats de mogelijkheid biedt om een datavolume van één gigabyte te kopen en dat onbeperkt te gebruiken tot het is opgebruikt, waarbij zij vrij toegang hebben tot de beschikbare toepassingen en diensten, zonder dat het gebruik van zes specifieke online communicatietoepassingen – te weten Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber en WhatsApp, die onder een zogenoemd „nultarief” vallen – in mindering wordt gebracht op dit datavolume. In de tweede plaats kunnen klanten die zich op dit pakket abonneren, wanneer dat datavolume is opgebruikt, onbeperkt gebruik blijven maken van deze zes specifieke toepassingen, terwijl het verkeer voor de andere beschikbare toepassingen en diensten wordt vertraagd.
- 11 „MyMusic” is een pakket dat in drie verschillende bundels beschikbaar is, respectievelijk „MyMusic Start”, „MyMusic Nonstop” en „MyMusic Deezer” genoemd, die toegankelijk zijn voor klanten die over een reeds bestaande bundel van internettoegangsdiensten beschikken, en die klanten die zich hierop abonneren, in de eerste plaats in staat stellen online naar muziek te luisteren door met name vier toepassingen voor de transmissie van muziek, namelijk Apple Music, Deezer, Spotify en Tidal, en zes radiodiensten te gebruiken, zonder dat het gebruik van deze onder een „nultarief” vallende toepassingen en diensten in mindering wordt gebracht op het in de gekochte bundel vervatte datavolume. In de tweede plaats kunnen klanten die zich op dit pakket abonneren, wanneer dit datavolume is opgebruikt, onbeperkt gebruik blijven maken van deze specifieke toepassingen en diensten, terwijl het verkeer voor de andere beschikbare toepassingen en diensten maatregelen wordt geblokkeerd of te vertraagd.
- 12 Nadat de Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (nationale media-autoriteit, Hongarije) twee procedures had ingeleid om te toetsen of „MyChat” en „MyMusic” in overeenstemming zijn met artikel 3 van verordening 2015/2120, heeft zij twee besluiten vastgesteld waarbij zij heeft geoordeeld dat bij deze pakketten verkeersbeheersmaatregelen werden ingevoerd die niet voldoen aan de in lid 3 van dit artikel bedoelde verplichting tot gelijke en niet-discriminerende behandeling en dat Telenor deze maatregelen moest beëindigen.
- 13 Deze twee besluiten zijn later bevestigd bij twee besluiten van de president van de ANCM, die met name oordeelde dat het onderzoek naar de verenigbaarheid van de verkeersbeheersmaatregelen met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 geen beoordeling vereiste van de invloed van deze maatregelen op de uitoefening van de in artikel 3, lid 1, van deze verordening vastgelegde rechten van de eindgebruikers.
- 14 Tegen deze twee besluiten van de president van de ANCM is Telenor opgekomen bij de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije).
- 15 In dit verband stelt zij in wezen dat de pakketten „MyChat” en „MyMusic” deel uitmaken van overeenkomsten die zij met haar klanten heeft gesloten en dat zij als zodanig slechts onder artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 kunnen vallen, en niet onder artikel 3, lid 3, van deze verordening, dat uitsluitend betrekking heeft op verkeersbeheersmaatregelen die eenzijdig door de aanbieders van internettoegangsdiensten zijn vastgesteld. Voorts moet, om te bepalen of dergelijke pakketten verenigbaar zijn met laatstgenoemde bepaling, net zoals voor het onderzoek naar hun verenigbaarheid met eerstgenoemde bepaling, in elk geval worden beoordeeld welke invloed zij hebben op de uitoefening van de rechten van eindgebruikers. Die pakketten kunnen dus niet als onverenigbaar met

artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 worden beschouwd alleen omdat zij verkeersbeheersmaatregelen nemen die niet voldoen aan de in deze bepaling bedoelde verplichting tot gelijke en niet-discriminerende behandeling, zoals de president van de ANCM heeft gesteld.

- 16 De president van de ANCM voert ter verweer met name aan dat het antwoord op de vraag vanuit het oogpunt van welke bepaling van artikel 3 van verordening 2015/2120 een bepaalde gedraging moet worden onderzocht, niet afhangt van de vorm van deze gedraging, maar van de inhoud ervan. Voorts betoogt hij dat lid 3 van dit artikel, anders dan lid 2 ervan, dat vereist dat de invloed van overeenkomsten en commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten op de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers wordt beoordeeld, alle ongelijke en discriminerende verkeersbeheersmaatregelen verbiedt, zonder dat onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen die welke zijn ingevoerd bij een overeenkomst die door een eindgebruiker met een aanbieder is gesloten, en die welke op een commerciële praktijk van een aanbieder berusten. Bovendien zijn al deze maatregelen als zodanig verboden en dientengevolge hoeft de invloed ervan op de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers niet te worden beoordeeld.
- 17 Na erop te hebben gewezen dat verordening 2015/2120 ertoe strekt de neutraliteit van het internet te waarborgen en daarom van groot belang is, is de verwijzende rechter in wezen van oordeel dat de bij hem aanhangige gedingen twee reeksen nieuwe rechtsvragen betreffende een sleutelbepaling van deze verordening opwerpen.
- 18 Dienaangaande merkt hij in de eerste plaats op dat naast de leden 1 en 2 van artikel 3 van verordening 2015/2120, die eindgebruikers van internettoegangsdiensten een bepaald aantal rechten waarborgen en de aanbieders van dergelijke diensten verbieden om overeenkomsten te sluiten of commerciële praktijken te hanteren die de uitoefening van deze rechten inperken, lid 3 van dat artikel 3 een algemene verplichting tot gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer oplegt. Op basis van de tekst van deze verordening kan evenwel niet worden bepaald of pakketten die een aanbieder van internettoegangsdiensten ter beschikking stelt op basis van overeenkomsten die hij met zijn klanten sluit en waarin is bepaald dat zijn klanten een „nultarief” genieten waardoor zij bepaalde specifieke toepassingen en diensten onbeperkt kunnen gebruiken, zonder dat dit gebruik in mindering wordt gebracht op het gekochte datavolume en dat, zodra dit datavolume is opgebruikt, ten aanzien van de andere beschikbare toepassingen en diensten maatregelen worden getroffen om het verkeer te blokkeren of te vertragen, onder lid 2, lid 3 of leden 2 en 3 van artikel 3 van deze verordening vallen.
- 19 In de tweede plaats kan, nadat is vastgesteld welk lid of welke leden op dergelijke gedragingen van toepassing is of zijn, op basis van de bewoordingen van deze twee leden evenmin worden achterhaald welke methodologie moet worden toegepast ter bepaling of die gedragingen verenigbaar zijn met verordening 2015/2120.
- 20 In die omstandigheden heeft de Fővárosi Törvényszék de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen, die in de zaken C-807/18 en C-39/19 in gelijkkluidende bewoordingen zijn geformuleerd:
 - „1) Moet een commerciële overeenkomst tussen een aanbieder van internettoegangsdiensten en een eindgebruiker in het licht van artikel 3, lid 2, van [verordening 2015/2120] worden uitgelegd wanneer op grond van die overeenkomst de dienstenaanbieder voor bepaalde toepassingen een nultarief hanteert (voor het dataverkeer van en naar bepaalde toepassingen wordt geen dataverbruik in rekening gebracht en de snelheid wordt ook niet verlaagd bij meerverbruik) en er zijdens die dienstenaanbieder sprake is van een onderscheid dat uitsluitend betrekking heeft op de voorwaarden van de met de eindgebruiker gesloten commerciële overeenkomst en dat alleen jegens die eindgebruiker wordt gemaakt, maar niet jegens eindgebruikers die geen partij zijn bij die commerciële overeenkomst?

- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, moet artikel 3, lid 3, van [verordening 2015/2120] dan aldus worden uitgelegd dat voor de beoordeling of er sprake is van een schending, mede gelet op overweging 7 van de verordening, een effect- en marktbeoordeling moet worden uitgevoerd om te bepalen of de door de aanbieder van internettoegangsdiensten getroffen maatregelen de door artikel 3, lid 1, van de verordening aan eindgebruikers toegekende rechten daadwerkelijk beperken en zo ja, in welke mate?
 - 3) Moet – los van de eerste en de tweede prejudiciële vraag – artikel 3, lid 3, van [verordening 2015/2120] aldus worden uitgelegd dat het daarin neergelegde verbod algemeen en objectief is, zodat op grond van dit verbod alle verkeersbeheersmaatregelen die een onderscheid maken tussen internetinhoud verboden zijn, ongeacht of de aanbieder van internettoegangsdiensten dergelijke maatregelen treft middels een overeenkomst, een commerciële praktijk of anderszins?
 - 4) Indien de derde vraag bevestigend wordt beantwoord, kan dan, reeds omdat er sprake is van een onderscheid, worden geoordeeld dat artikel 3, lid 3, van [verordening 2015/2120] is geschonden, zonder dat ook een markt- en effectbeoordeling hoeft te worden uitgevoerd, waardoor het niet nodig is dat een beoordeling overeenkomstig artikel 3, leden 1 en 2, van deze verordening plaatsvindt?”
- 21 Bij beslissing van de president van het Hof van 8 maart 2019 zijn de zaken C-807/18 en C-39/19 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling alsmede voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 22 Met zijn vier vragen, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3 van verordening 2015/2120 aldus moet worden uitgelegd dat pakketten die door een aanbieder van internettoegangsdiensten beschikbaar worden gesteld op basis van met de eindgebruikers gesloten overeenkomsten, volgens welke laatstgenoemden een bundel kunnen kopen die hun het recht geeft onbeperkt gebruik te maken van een bepaald datavolume, zonder dat het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten die onder een „nultarief” vallen, in mindering wordt gebracht, en zij, wanneer dat datavolume is opgebruikt, onbeperkt gebruik kunnen blijven maken van deze specifieke toepassingen en diensten, terwijl ten aanzien van de andere beschikbare toepassingen en diensten maatregelen worden getroffen om het verkeer te blokkeren of te vertragen, onverenigbaar zijn met lid 2 van dit artikel, gelezen in samenhang met lid 1 ervan, en, subsidiair of cumulatief, met lid 3 van dat artikel.
- 23 Volgens artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 mogen overeenkomsten tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers, en commerciële praktijken van deze aanbieders de uitoefening van de in lid 1 van dit artikel bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken. Deze rechten omvatten met name, zoals blijkt uit laatstgenoemde bepaling die in overweging 6 van verordening 2015/2120 is verduidelijkt, het recht om via een internettoegangsdienst inhoud, toepassingen en diensten te gebruiken en het recht om inhoud, toepassingen en diensten via die internettoegangsdienst aan te bieden.
- 24 Artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening 2015/2120 bepaalt om te beginnen dat aanbieders van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie, en ongeacht onder andere de gebruikte toepassingen of diensten behandelen.
- 25 Vervolgens wordt in de tweede alinea van deze bepaling bepaald dat de eerste alinea ervan aanbieders van internettoegangsdiensten niet belet redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen, waarbij wordt gepreciseerd dat die maatregelen, om als redelijk te worden beschouwd, ten eerste transparant, niet-discriminerend en evenredig moeten zijn, ten tweede niet op commerciële overwegingen mogen

berusten, maar op objectieve technische verschillen tussen bepaalde categorieën verkeer, en ten derde niet mogen inhouden dat de specifieke inhoud wordt gevolgd en niet langer dan nodig mogen worden aangehouden.

- 26 Ten slotte staat in de derde alinea van deze bepaling te lezen dat aanbieders van internettoegangsdiensten geen verkeersbeheersmaatregelen mogen treffen die verder gaan dan de in de tweede alinea bedoelde maatregelen en met name niet mogen overgaan tot het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen specifieke toepassingen of diensten, of specifieke categorieën daarvan, behalve indien – en slechts zolang – dit nodig is om hetzij te voldoen aan wetgevingshandelingen van de Unie, aan nationale wetgeving die in overeenstemming is met het Unierecht of aan maatregelen ter uitvoering van dergelijke wetgevingshandelingen of nationale wetgeving, hetzij om de integriteit en de veiligheid van het netwerk, van de diensten die via dit netwerk worden aangeboden en van de eindapparatuur van de eindgebruikers te beschermen, hetzij om netwerkcongestie te voorkomen of de effecten daarvan te beperken.
- 27 Al deze bepalingen strekken ertoe, zoals volgt uit artikel 1 van verordening 2015/2120 en zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 27 tot en met 29 van zijn conclusie, de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen.
- 28 Aangezien volgens artikel 5 van verordening 2015/2120 de nationale regelgevende autoriteiten zorgen voor de naleving van die bepalingen en daardoor van de doelstellingen van deze verordening, staat het aan deze autoriteiten om, onder toezicht van de nationale rechterlijke instanties en in het licht van de preciseringen van het Hof, per geval te bepalen of een bepaalde gedraging van een aanbieder van internettoegangsdiensten, gelet op de kenmerken ervan, onder artikel 3, lid 2, of artikel 3, lid 3, van die verordening, dan wel onder beide bepalingen valt, waarbij zij in dit laatste geval hun onderzoek moeten beginnen met de ene of de andere bepaling. Wanneer een nationale regelgevende autoriteit besluit dat een bepaalde gedraging van een aanbieder van internettoegangsdiensten in haar geheel onverenigbaar is met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, kan zij ervan afzien om te bepalen of deze gedraging ook onverenigbaar is met artikel 3, lid 2, van deze verordening.
- 29 In casu blijkt uit de aan het Hof overgelegde gegevens dat de pakketten die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, zoals blijkt uit de bewoordingen van de prejudiciële vragen en de in de punten 9 tot en met 11 en punt 18 van dit arrest samengevatte uiteenzettingen in de twee verwijzingsbeslissingen, vier kenmerken vertonen. Ten eerste biedt de aanbieder van internettoegangsdiensten zijn potentiële klanten in Hongarije de door hem ontworpen pakketten aan om deze vervolgens beschikbaar te stellen middels wederkerige overeenkomsten die hij sluit met diegenen die belangstelling hebben. Ten tweede geven deze pakketten aan iedere klant die zich hierop abonneert, het recht om alle beschikbare toepassingen en diensten onbeperkt te gebruiken binnen de grens van het datavolume van de bundel die hij van de aanbieder van internettoegangsdiensten heeft gekocht, zonder dat het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten die onder een „nultarief” vallen evenwel in mindering wordt gebracht. Ten derde mag iedere klant die zich op die pakketten heeft geabonneerd, deze specifieke toepassingen en diensten onbeperkt blijven gebruiken wanneer het gekochte datavolume is opgebruikt. Ten vierde treft de aanbieder van internettoegangsdiensten, wanneer het datavolume in de aan deze voorwaarden onderworpen bundel is opgebruikt, jegens iedere betrokken klant maatregelen om het verkeer te blokkeren of te vertragen dat verband houdt met het gebruik van alle andere toepassingen en diensten dan die welke onder dat nultarief vallen.
- 30 Wat in de eerste plaats artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, betreft, moet vooraf worden opgemerkt dat volgens laatstgenoemde bepaling de rechten die zij eindgebruikers van internettoegangsdiensten waarborgt, moeten worden uitgeoefend „via hun internettoegangsdienst” en dat eerstgenoemde bepaling vereist dat een dergelijke dienst geen beperking van de uitoefening van deze rechten inhoudt.

- 31 Voorts volgt uit artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120, gelezen in het licht van overweging 7 van deze verordening, dat de diensten van een bepaalde aanbieder van internettoegang door de nationale regelgevende autoriteiten, handelend op basis van artikel 5 van die verordening en onder toezicht van de bevoegde nationale rechterlijke instanties, moeten worden beoordeeld in het licht van dat vereiste, waarbij zij rekening moeten houden met zowel de overeenkomsten tussen deze aanbieder en de eindgebruikers als de commerciële praktijken van die aanbieder.
- 32 In dit verband zij er ten eerste op gewezen dat artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 ziet op „overeenkomsten” tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers over commerciële en technische voorwaarden alsmede over de kenmerken van de internettoegangsdiensten die de eersten aan de tweeden moeten verstrekken, zoals de te betalen prijs en het datavolume en de snelheid die daarbij behoren.
- 33 Zoals blijkt uit overweging 7 van verordening 2015/2120, geven deze overeenkomsten concreet uitdrukking aan de vrijheid van iedere eindgebruiker om de diensten te kiezen via welke hij, op basis van hun kenmerken, de door deze verordening gewaarborgde rechten wil uitoefenen. In deze overweging wordt hieraan evenwel toegevoegd dat dergelijke overeenkomsten de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers niet mogen inperken en aldus de bepalingen van die verordening betreffende het waarborgen van open-internettoegang omzeilen.
- 34 Wat de in artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 bedoelde „commerciële praktijken” betreft, deze bepaling preciseert dat dit praktijken zijn „van” aanbieders van internettoegangsdiensten. Anders dan „overeenkomsten”, waarnaar die bepaling ook verwijst, worden commerciële praktijken dus niet geacht een wilsovereenstemming tussen een dergelijke aanbieder en een eindgebruiker weer te geven.
- 35 Deze commerciële praktijken kunnen met name het gedrag van een aanbieder van internettoegangsdiensten omvatten, dat erin bestaat dat hij zijn potentiële klanten varianten of specifieke combinaties van deze diensten aanbiedt om aan hun verwachtingen en voorkeuren te voldoen en in voorkomend geval met ieder van hen een individuele overeenkomst te sluiten, hetgeen mogelijkwerwijs tot gevolg heeft dat een groter of kleiner aantal overeenkomsten tot stand komt waarvan de inhoud, naargelang van die verwachtingen of voorkeuren, identiek of soortgelijk is. Net zoals de in artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 bedoelde overeenkomsten, mogen die commerciële praktijken de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers echter niet inperken en aldus de bepalingen van deze verordening betreffende het waarborgen van open-internettoegang omzeilen.
- 36 Ten tweede volgt uit artikel 2 van verordening 2015/2120 en uit de bepalingen van richtlijn 2002/21 waarnaar dit artikel verwijst, met name uit artikel 2, onder h), i) en n), van deze richtlijn, dat het begrip „eindgebruikers” alle natuurlijke of rechtspersonen omvat die gebruikmaken van of verzoeken om een openbare elektronische-communicatiedienst en die geen openbaar communicatienetwerk of openbare elektronische-communicatiediensten aanbieden. Dit begrip heeft dus betrekking op zowel consumenten als handelaren, zoals ondernemingen of rechtspersonen zonder winstoogmerk.
- 37 Voorts omvat dat begrip zowel natuurlijke of rechtspersonen die gebruikmaken van of verzoeken om internettoegangsdiensten teneinde toegang te krijgen tot inhoud, toepassingen en diensten, als zij die gebruikmaken van de toegang tot het internet om inhoud, toepassingen en diensten aan te bieden.
- 38 Ook artikel 3, lid 1, van verordening 2015/2120 en overweging 6 van deze verordening verwijzen specifiek naar deze twee categorieën eindgebruikers, ten aanzien van wie zij bevestigen dat zij met name het recht hebben om toegang te krijgen tot informatie en inhoud alsmede om toepassingen en diensten te gebruiken, maar ook om informatie en inhoud te delen en toepassingen en diensten aan te bieden.

- 39 Hieruit volgt dat bij de beoordeling of er sprake is van een verboden beperking van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers, zoals in punt 30 van het onderhavige arrest gepreciseerd, rekening moet worden gehouden met de gevolgen van overeenkomsten of commerciële praktijken van een bepaalde aanbieder van internettoegangsdiensten voor de rechten van niet alleen handelaren en consumenten die gebruikmaken van of verzoeken om internettoegangsdiensten teneinde toegang te krijgen tot inhoud, toepassingen en diensten, maar ook van handelaren die gebruikmaken van die internettoegangsdiensten om inhoud, toepassingen en diensten aan te bieden. Dienaangaande blijkt uit overweging 7 van verordening 2015/2120 dat bij het beoordelen van overeenkomsten en commerciële praktijken juist rekening moet worden gehouden met onder meer de marktposities van deze categorie handelaren.
- 40 Ten derde verwijst artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120, in de in het vorige punt genoemde context, naar „overeenkomsten” en „commerciële praktijken” van een bepaalde aanbieder van internettoegangsdiensten door in een groot aantal taalversies het meervoud te gebruiken.
- 41 Voorts wordt in overweging 7 van verordening 2015/2120 gepreciseerd dat bij de beoordeling of er sprake is van een eventuele beperking van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers, moet worden bepaald of de overeenkomsten en commerciële praktijken van een dergelijke aanbieder wegens hun „omvang” tot een beperking van de keuzemogelijkheden van de eindgebruikers leiden, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de respectieve marktposities van de betrokken aanbieders van internettoegangsdiensten en aanbieders van inhoud, diensten en toepassingen.
- 42 Hieruit volgt dat de Uniewetgever de beoordeling van overeenkomsten en commerciële praktijken van een bepaalde aanbieder van internettoegangsdiensten niet heeft willen beperken tot een bepaalde overeenkomst of commerciële praktijk, afzonderlijk beschouwd, maar heeft willen bepalen dat er ook een beoordeling van alle overeenkomsten en commerciële praktijken van deze aanbieder moet worden verricht.
- 43 Gelet op deze elementen moet om te beginnen worden opgemerkt dat een overeenkomst waarbij een bepaalde klant zich abonneert op een pakket op grond waarvan hij, wanneer het in de gekochte bundel vervatte datavolume is opgebruikt, slechts onbeperkt toegang heeft tot bepaalde toepassingen en diensten die onder een „nultarief” vallen, een beperking van de uitoefening van de in artikel 3, lid 1, van verordening 2015/2120 bedoelde rechten met zich kan brengen. Of een dergelijke overeenkomst verenigbaar is met artikel 3, lid 2, van deze verordening, moet per geval worden beoordeeld in het licht van de criteria van overweging 7 van die verordening.
- 44 Vervolgens kunnen dergelijke pakketten, die onderdeel zijn van een commerciële praktijk in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120, gelet op het gecombineerde effect van de overeenkomsten waartoe zij kunnen leiden, het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten doen toenemen, namelijk die welke onbeperkt tegen een „nultarief” kunnen worden gebruikt wanneer het datavolume is opgebruikt dat in de door de klanten gekochte bundel is vervat, en tegelijkertijd het gebruik van de andere beschikbare toepassingen en diensten doen afnemen, gelet op de maatregelen waarmee de betrokken aanbieder van internettoegangsdiensten het gebruik daarvan technisch gezien moeilijker of zelfs onmogelijk maakt.
- 45 Ten slotte, hoe meer klanten overeenkomsten sluiten waarbij zij zich op dergelijke pakketten abonneren, des te groter de kans is dat het gecombineerde effect van die overeenkomsten, gelet op de omvang ervan, een ernstige beperking van de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers oplevert of zelfs de essentie zelf van deze rechten ondermijnt, welke situatie uitdrukkelijk wordt vermeld in overweging 7 van verordening 2015/2120.

- 46 Dientengevolge kan de sluiting van dergelijke overeenkomsten op een wezenlijk deel van de markt de uitoefening van de rechten van de eindgebruikers beperken in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120.
- 47 In de tweede plaats dient er met betrekking tot artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 om te beginnen op te worden gewezen dat, zoals uit punt 24 van het onderhavige arrest blijkt, de eerste alinea van deze bepaling, gelezen in het licht van overweging 8, de aanbieders van internettoegangsdiensten een algemene verplichting oplegt om het verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie te behandelen, waarvan in geen geval kan worden afgeweken door middel van commerciële praktijken van deze aanbieders of overeenkomsten die tussen die aanbieders en eindgebruikers zijn gesloten.
- 48 Voorts blijkt uit de tweede alinea van die bepaling en uit overweging 9 van verordening 2015/2120, in het licht waarvan deze alinea moet worden gelezen, dat aanbieders van internettoegangsdiensten deze algemene verplichting weliswaar dienen na te leven, maar de mogelijkheid behouden om redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen. Deze mogelijkheid hangt echter met name af van de voorwaarde dat die maatregelen berusten op „objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de specifieke categorieën verkeer” en niet zijn ingegeven door „commerciële overwegingen”. Maatregelen van een aanbieder van internettoegangsdiensten jegens een eindgebruiker, zoals omschreven in de punten 36 en 37 van dit arrest, die zonder op dergelijke objectieve verschillen te berusten ertoe leiden dat de inhoud, toepassingen of diensten die door de verschillende aanbieders van inhoud, toepassingen of diensten worden aangeboden, niet op gelijke wijze en zonder discriminatie worden behandeld, moeten in het bijzonder worden geacht te berusten op dergelijke „commerciële overwegingen”.
- 49 Ten slotte volgt uit artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening 2015/2120 dat alle maatregelen bestaande in het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen met name specifieke toepassingen of diensten, niet kunnen worden geacht redelijk te zijn in de zin van de tweede alinea van deze bepaling en dus als zodanig moeten worden geacht hiermee onverenigbaar te zijn, tenzij zij voor een bepaalde duur zijn getroffen en nodig zijn om aanbieders van internettoegangsdiensten in staat te stellen hetzij te voldoen aan een wettelijke verplichting, hetzij de integriteit en de veiligheid van het netwerk te beschermen, hetzij netwerkcongestie te voorkomen of te beperken.
- 50 Hieruit volgt dat voor de vaststelling van deze onverenigbaarheid niet hoeft te worden beoordeeld of deze maatregelen invloed hebben op de uitoefening van de rechten van eindgebruikers, aangezien artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 niet voorziet in een dergelijk vereiste waaraan zou moeten worden getoetst of aan de daarin bepaalde algemene verplichting wordt voldaan.
- 51 In casu omvatten de gedragingen die in de hoofdingen aan de orde zijn, maatregelen om het verkeer in verband met het gebruik van bepaalde toepassingen en diensten te blokkeren of te vertragen die onder artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 vallen, ongeacht of zij voortvloeien uit een overeenkomst met de aanbieder van internettoegangsdiensten, uit een commerciële praktijk van deze aanbieder of uit een technische maatregel van hem die noch met een overeenkomst, noch met een commerciële praktijk verband houdt. Deze maatregelen om het verkeer te blokkeren of te vertragen worden toegepast ter aanvulling op het „nultarief” dat de betrokken eindgebruikers genieten en maken het gebruik door deze eindgebruikers van toepassingen en diensten die niet onder dit tarief vallen, technisch gezien moeilijker of zelfs onmogelijk.
- 52 Deze maatregelen lijken dus niet te berusten op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van bepaalde specifieke categorieën verkeer, maar op commerciële overwegingen.
- 53 Verder wijst niets in het dossier erop dat die maatregelen onder een van de drie uitzonderingen vallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening 2015/2120.

- 54 Gelet op alle voorgaande overwegingen dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 3 van verordening 2015/2120 aldus moet worden uitgelegd dat pakketten die door een aanbieder van internettoegangsdiensten ter beschikking worden gesteld op basis van met eindgebruikers gesloten overeenkomsten, volgens welke laatstgenoemden een bundel kunnen kopen die hun het recht geeft een bepaald datavolume onbeperkt te gebruiken, zonder dat het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten die onder een „nultarief” vallen, in mindering wordt gebracht, en zij deze specifieke toepassingen en diensten onbeperkt kunnen blijven gebruiken wanneer dit datavolume is opgebruikt, terwijl ten aanzien van de andere beschikbare toepassingen en diensten maatregelen worden toegepast om het verkeer te blokkeren of te vertragen:
- onverenigbaar zijn met lid 2 van dit artikel, gelezen in samenhang met lid 1 ervan, voor zover deze pakketten, overeenkomsten en blokkerings- of verdragingsmaatregelen de uitoefening van de rechten van eindgebruikers beperken, en
 - onverenigbaar zijn met lid 3 van dat artikel, voor zover die blokkerings- of verdragingsmaatregelen berusten op commerciële overwegingen.

Kosten

- 55 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3 van verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie, moet aldus worden uitgelegd dat pakketten die door een aanbieder van internettoegangsdiensten ter beschikking worden gesteld op basis van met eindgebruikers gesloten overeenkomsten, volgens welke laatstgenoemden een bundel kunnen kopen die hun het recht geeft een bepaald datavolume onbeperkt te gebruiken, zonder dat het gebruik van bepaalde specifieke toepassingen en diensten die onder een „nultarief” vallen, in mindering wordt gebracht, en zij deze specifieke toepassingen en diensten onbeperkt kunnen blijven gebruiken wanneer dit datavolume is opgebruikt, terwijl het verkeer voor de andere beschikbare toepassingen en diensten wordt geblokkeerd of vertraagd:

- onverenigbaar zijn met lid 2 van dit artikel, gelezen in samenhang met lid 1 ervan, voor zover deze pakketten, overeenkomsten en blokkerings- of verdragingsmaatregelen de uitoefening van de rechten van eindgebruikers beperken, en
- onverenigbaar zijn met lid 3 van dat artikel, voor zover die blokkerings- of verdragingsmaatregelen berusten op commerciële overwegingen.

ondertekeningen