



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 4 marca 2020 r.¹

Sprawy połączone C-807/18 i C-39/19

**Telenor Magyarország Zrt.
przeciwko
Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego, Węgry)]

Odesłanie prejudycjalne – Telekomunikacja – Rozporządzenie (UE) 2015/2120 – Artykuł 3 – Prawa użytkowników końcowych – Dostęp do otwartego internetu – Neutralność – Umowy lub praktyki handlowe ograniczające wykonywanie tych praw – Taryfa zerowa – Uprzywilejowane traktowanie niektórych aplikacji – Blokowanie lub spowalnianie ruchu

1. W drodze rozporządzenia (UE) 2015/2120² prawodawca Unii podjął decyzję polityczną o ustanowieniu wspólnych zasad w celu zapewnienia „otwartego charakteru internetu”³ we wszystkich państwach członkowskich, unikając m.in. sytuacji, w której użytkowników końcowych „dotykają jednak skutki praktyk zarządzania transmisją danych, które blokują lub spowalniają określone aplikacje lub usługi”⁴.
2. Na Węgrzech dostawca usług dostępu do internetu oferuje swoim klientom preferencyjne pakiety dostępu (zwane „taryfą zerową”), których specyfika polega na tym, że pobieranie danych w niektórych usługach i aplikacjach nie wlicza się do limitu zużycia danych uzgodnionego przez użytkownika końcowego.
3. Węgierski organ administracji uznał, że oferta ta, do szczegółów której odniósł się w dalszej części, naruszyła art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120. Po wniesieniu skargi na decyzję rzeczonego organu do Fővárosi Törvényszék (sądu dla miasta stołecznego, Węgry) sąd ten kieruje swoje wątpliwości w tym względzie do Trybunału Sprawiedliwości, dając mu możliwość wypowiedzenia się po raz pierwszy w przedmiocie wykładni wspomnianego rozporządzenia.

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.U. 2015, L 310, s. 1).

3 Pojęciem powszechnie używanym w debacie politycznej, gospodarczej, technologicznej i naukowej jest „neutralność sieci”. Jednakże pojęcie to jest użyte w rozporządzeniu 2015/2120, w jego motywie drugim, jedynie w zakresie, w jakim rozporządzenie stanowi, że jego przepisy „są zgodne z zasadą neutralności technologicznej, to znaczy nie narzucają ani nie faworyzują wykorzystywania określonego rodzaju technologii”. Jest to zatem nazwa użyta w bardzo szczególnym kontekście. Natomiast art. 3 ust. 3 rozporządzenia odnosi się szerzej do zasady *równego traktowania* w odniesieniu do ruchu internetowego w całości, oczywiście biorąc pod uwagę „neutralność technologiczną”, lecz także neutralność wynikającą z niedyskryminacyjnego traktowania nadawców, odbiorców, treści, aplikacji i usług.

4 Motyw trzeci rozporządzenia 2015/2120.

I. Ramy prawne

A. Rozporządzenie 2015/2120

4. Zgodnie z motywami: pierwszym, trzecim, szóstym, siódmym, ósmym, dziewiątym i jedenastym:

„(1) Niniejsze rozporządzenie ma na celu ustanowienie wspólnych zasad mających na celu zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do internetu oraz związanych z tym praw użytkowników końcowych. Ma ono na celu ochronę użytkowników końcowych oraz równocześnie zagwarantowanie nieprzerwanego funkcjonowania ekosystemu internetowego stanowiącego siłę napędową innowacji. Reformy w dziedzinie roamingu powinny zachęcić użytkowników końcowych do swobodnego korzystania z usług łączności elektronicznej podczas podróży w Unii i powinny z czasem stać się czynnikiem ujednolicania cen i innych warunków w Unii.

[...]

(3) Na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci internet stał się otwartą platformą innowacji o niskich barierach dostępu dla użytkowników końcowych, dostawców treści, aplikacji i usług oraz dostawców usług dostępu do internetu. Obowiązujące ramy regulacyjne mają na celu ułatwienie użytkownikom końcowym dostępu do informacji oraz ich rozpowszechniania lub korzystania z dowolnych aplikacji i usług. Znaczącą liczbę użytkowników końcowych dotyczą jednak skutki praktyk zarządzania transmisją danych, które blokują lub spowalniają określone aplikacje lub usługi. Tendencje te potwierdzają potrzebę ustanowienia wspólnych zasad na poziomie Unii w celu zapewnienia otwartego charakteru internetu i zapobieżenia rozdrobnieniu rynku wewnętrznego, będącemu wynikiem środków przyjmowanych przez poszczególne państwa członkowskie.

[...]

(6) Użytkownicy końcowi powinni mieć – za pośrednictwem usługi dostępu do internetu – prawo dostępu do informacji i treści oraz ich rozpowszechniania oraz prawo do korzystania i udostępniania, bez dyskryminacji, aplikacji i usług. Korzystanie z tego prawa powinno pozostawać bez uszczerbku dla prawa Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego w dziedzinie zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług. Niniejsze rozporządzenie nie ma na celu uregulowania zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług ani też uregulowania związanych z nim procedur, wymogów i gwarancji. Kwestie te pozostają zatem objęte prawem Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego.

(7) W celu wykonywania prawa do uzyskiwania dostępu do informacji i treści oraz do ich rozpowszechniania, a także do korzystania i udostępniania wybranych przez nich aplikacji i usług użytkownicy końcowi powinni mieć swobodę uzgadniania z dostawcami usług dostępu do internetu postanowień umownych dotyczących stawek za określoną ilość danych i prędkość usługi dostępu do internetu. Tego rodzaju postanowienia umowne, jak również wszelkie praktyki handlowe dostawców usług dostępu do internetu, nie powinny ograniczać korzystania z tych praw, a tym samym umożliwiać obchodzenia przepisów niniejszego rozporządzenia dotyczących zagwarantowania dostępu do otwartego internetu. Krajowe organy regulacyjne i inne właściwe organy powinny być uprawnione do podejmowania działań przeciwko postanowieniom umownym lub praktykom handlowym, które – ze względu na swoją skalę – prowadzą do sytuacji, w których wybór użytkowników końcowych jest w praktyce bardzo ograniczony. W tym celu ocena postanowień umownych i praktyk handlowych powinna między innymi uwzględniać odpowiednie pozycje rynkowe dostawców usług dostępu do internetu oraz dostawców treści, aplikacji i usług. Krajowe organy regulacyjne i inne właściwe organy powinny być zobowiązane – w ramach swoich

zadań monitorowania i egzekwowania wykonywania przepisów – do interwencji w przypadku gdy postanowienia umowne lub praktyki handlowe miałyby doprowadzić do podważenia istoty praw użytkowników końcowych.

- (8) W ramach świadczenia usług dostępu do internetu, dostawcy tych usług powinni traktować każdy ruch równo, bez dyskryminacji, ograniczeń czy ingerencji, bez względu na nadawcę lub odbiorcę, treść, aplikację lub usługę, lub urządzenie końcowe. Zgodnie z zasadami ogólnymi prawa Unii i utrwalonym orzecznictwem, porównywalnych sytuacji nie należy traktować w różny sposób, a różnych sytuacji – w taki sam sposób, chyba że takie postępowanie jest obiektywnie uzasadnione.
- (9) Celem odpowiedniego zarządzania ruchem jest wspieranie efektywnego wykorzystywania zasobów sieciowych i optymalizacji ogólnej jakości transmisji, co ma być odpowiedzią na obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii transmitowanych danych, a zatem transmitowanych treści, aplikacji i usług. Odpowiednie środki zarządzania ruchem stosowane przez dostawców usług dostępu do internetu powinny być przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie powinny być podyktowane względami handlowymi. Wymóg, aby środki zarządzania ruchem nie były dyskryminacyjne, nie uniemożliwia dostawcom usług dostępu do internetu stosowania – w celu optymalizacji ogólnej jakości transmisji – środków zarządzania ruchem wprowadzających rozróżnienie pomiędzy obiektywnie różnymi kategoriami ruchu. Z myślą o zapewnieniu optymalnej ogólnej jakości i komfortu użytkownika takie rozróżnienie powinno być dokonywane wyłącznie w oparciu o obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług (na przykład dotyczące opóźnień, wahań opóźnień, utraty pakietów i przepustowości) w zakresie określonych kategorii ruchu, a nie powinno być podyktowane względami handlowymi. Takie zróżnicowanie środków powinno być proporcjonalne w stosunku do celu ogólnej optymalizacji jakości i powinno zapewniać jednakowe traktowanie równoważnych kategorii ruchu. Takich środków nie należy stosować dłużej, niż jest to konieczne.

[...]

- (11) Wszelkie praktyki zarządzania ruchem wykraczające poza takie odpowiednie środki zarządzania ruchem, które blokują, spowalniają, zmieniają, ograniczają, faworyzują lub ingerują w określone treści, aplikacje lub usługi, lub określone kategorie treści, aplikacji lub usług, lub też pogarszają ich jakość, powinny zostać zakazane, z zastrzeżeniem uzasadnionych i określonych wyłączeń ustanowionych w niniejszym rozporządzeniu. Wyłączenia te powinny podlegać ścisłej interpretacji oraz wymogom proporcjonalności. Określone treści, aplikacje i usługi, a także określone ich kategorie należy chronić z uwagi na negatywny wpływ środków blokujących lub innych środków ograniczających niewchodzących w zakres uzasadnionych wyłączeń na wybór użytkownika końcowego i na innowacje. Przepisy zabraniające zmian treści, aplikacji lub usług odnoszą się do zmiany treści komunikatu, ale nie obejmują niedyskryminacyjnych technik kompresji danych, które zmniejszają rozmiar pliku danych bez ingerencji w jego treść. Taka kompresja umożliwia bardziej efektywne wykorzystanie ograniczonych zasobów i jest w interesie użytkowników końcowych, zmniejszając ilość danych, zwiększając prędkość i poprawiając ogólny komfort korzystania z odnoszących treści, aplikacji lub usług”.

5. Zgodnie z brzmieniem art. 1 („Przedmiot i zakres stosowania”) ust. 1:

„Niniejsze rozporządzenie ustanawia wspólne zasady w celu zagwarantowania równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do internetu oraz związanych z tym praw użytkowników końcowych”.

6. W myśl art. 2 („Definicje”) tego rozporządzenia „[n]a użytek niniejszego rozporządzenia stosuje się definicje zawarte w art. 2 dyrektywy 2002/21/WE^[5]”.

7. Artykuł 3 („Zagwarantowanie dostępu do otwartego internetu”) stanowi:

„1. Użytkownicy końcowi mają prawo – za pomocą usługi dostępu do internetu – do uzyskania dostępu do informacji i treści oraz do ich rozpowszechniania, a także do korzystania z wybranych aplikacji i usług oraz ich udostępniania, jak również do korzystania z wybranych urządzeń końcowych, niezależnie od lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też od lokalizacji, miejsca pochodzenia lub miejsca docelowego informacji, treści lub usługi.

Niniejszy ustęp pozostaje bez uszczerbku dla prawa Unii lub zgodnych z prawem Unii przepisów prawa krajowego w dziedzinie zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług.

2. Postanowienia umowne uzgodnione między dostawcami usług dostępu do internetu a użytkownikami końcowymi, dotyczące warunków finansowych i technicznych oraz cech usług dostępu do internetu, takich jak cena, ilości danych lub prędkości, oraz jakiegokolwiek praktyki handlowe dostawców usług dostępu do internetu, nie mogą ograniczać korzystania przez użytkowników końcowych z ich praw określonych w ust. 1.

3. Dostawcy usług dostępu do internetu, w czasie świadczenia usług dostępu do internetu, traktują wszystkie transmisje danych równo, bez dyskryminacji, ograniczania czy ingerencji, bez względu na nadawcę i odbiorcę, konsultowane lub rozpowszechniane treści, wykorzystywane lub udostępniane aplikacje lub usługi, lub też na wykorzystywane urządzenia końcowe.

Akapit pierwszy nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przez dostawców usług dostępu do internetu odpowiednich środków zarządzania ruchem. Aby środki te mogły być uznane za odpowiednie, muszą być przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie mogą być podyktowane względami handlowymi, lecz muszą opierać się na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu. Środki takie nie obejmują monitorowania konkretnych treści i nie mogą być utrzymywane dłużej, niż jest to konieczne.

Dostawcy usług dostępu do internetu nie mogą stosować środków zarządzania ruchem wykraczających poza środki określone w akapicie drugim, a w szczególności nie mogą blokować, spowalniać, zmieniać, ograniczać, pogarszać jakości ani faworyzować określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii, ani też ingerować w nie, z wyjątkiem przypadków, w których jest to konieczne, i jedynie tak długo, jak jest to konieczne, aby:

- a) zapewnić zgodność z aktami prawodawczymi Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego, którym podlega dostawca usług dostępu do internetu, lub ze zgodnymi z prawem Unii środkami służącymi wykonaniu takich aktów prawodawczych Unii lub przepisów krajowych, w tym z orzeczeniami sądowymi lub decyzjami organów publicznych dysponujących odpowiednimi uprawnieniami;
- b) utrzymać integralność i bezpieczeństwo sieci, usług świadczonych za pośrednictwem sieci oraz urządzeń końcowych użytkowników końcowych;
- c) zapobiec grożącym przeciążeniom sieci oraz złagodzić skutki wyjątkowego lub tymczasowego przeciążenia sieci, o ile równoważne rodzaje transferu danych są traktowane równo.

[...]

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. 2002, L 108, s. 33).

5. Dostawcy łączności elektronicznej dla ludności, w tym dostawcy usług dostępu do internetu oraz dostawcy treści, aplikacji i usług, mają swobodę oferowania usług niebędących usługami dostępu do internetu, które są zoptymalizowane dla określonych treści, aplikacji lub usług, lub ich połączenia, w przypadku gdy optymalizacja jest niezbędna do spełnienia wymogów określonego poziomu jakości treści, aplikacji lub usług.

Dostawcy łączności elektronicznej dla ludności, w tym dostawcy usług dostępu do internetu, mogą oferować takie usługi lub pośredniczyć w ich oferowaniu wyłącznie w przypadku, gdy przepustowość sieci jest wystarczająca do świadczenia tych usług oprócz ewentualnie świadczonych usług dostępu do internetu. Usługi te nie mogą być oferowane ani wykorzystywane jako substytut usług dostępu do internetu oraz nie mogą ograniczać dostępności lub wpływać negatywnie na ogólną jakość usług dostępu do internetu dla użytkowników końcowych”.

8. Artykuł 5 („Nadzór i egzekwowanie wykonywania przepisów”) ust. 1 akapit pierwszy stanowi:

„Krajowe organy regulacyjne ściśle monitorują i zapewniają zgodność z art. 3 i 4 oraz wspierają dalszą dostępność niedyskryminacyjnego dostępu do internetu z zachowaniem poziomów jakości, które odzwierciedlają postęp techniczny. W związku z tym krajowe organy regulacyjne mogą wprowadzać wymogi dotyczące charakterystyk technicznych, wymogi minimalne dotyczące jakości usług oraz inne odpowiednie i niezbędne środki w odniesieniu do jednego lub większej liczby dostawców łączności elektronicznej dla ludności, w tym dostawców usług dostępu do internetu”.

B. Dyrektywa 2002/21

9. Artykuł 2 zawiera następujące definicje:

„h) »użytkownik« oznacza osobę prawną lub fizyczną korzystającą z publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub wnioskującą o udostępnienie takich usług;

i) »konsument« oznacza jakąkolwiek osobę fizyczną korzystającą z publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub żądającą udostępnienia takich usług dla celów niezwiązanych z jej działalnością handlową, gospodarczą lub wykonywaniem zawodu;

[...]

n) »użytkownik końcowy« oznacza użytkownika, który nie udostępnia publicznych sieci łączności ani publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej;

[...]”.

II. Okoliczności faktyczne i pytania prejudycjalne

A. Sprawa C-807/18

10. Telenor Magyarország Zrt. (zwana dalej „Telenor”) jest jednym z dostawców usług telekomunikacyjnych na Węgrzech. Oferuje m.in. pakiet usług MyChat, w ramach którego:

- Abonent otrzymuje 1 Gb danych do wykorzystania w dowolny sposób w zamian za opłatę. Po wykorzystaniu tej ilości danych dostęp do internetu znacznie spowalnia⁶.

⁶ W szczególności system zmniejsza prędkość pobierania i przesyłania do maksymalnie 32 kbit/s.

– Abonent może jednak uzyskać dostęp w każdej chwili, w sposób nieograniczony i bez ograniczeń prędkości, do niektórych głównych aplikacji sieci społecznościowych lub aplikacji do przesyłania wiadomości⁷, bez wliczania tego ruchu danych do limitu 1 Gb.

11. W związku z tym, w ramach pakietu MyChat, gdy abonent wykorzysta 1 Gb danych, dalszy ruch danych odpowiadający aplikacjom *nieuprzywilejowanym* ma ograniczoną dostępność, z bardzo małą prędkością, co nie ma miejsca w przypadku aplikacji *uprzywilejowanych* (związanych z wyżej wymienionymi sieciami społecznościowymi).

12. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (krajowy urząd ds. mediów i komunikacji, Węgry; zwany dalej „urzędem”)⁸ uznał, że pakiet MyChat można określić jako środek zarządzania ruchem w formie praktyki handlowej, który zapewni abonentom nieograniczone korzystanie o jednakowej jakości z niektórych wybranych aplikacji, przy jednoczesnym spowolnieniu dostępu do innych treści internetowych.

13. Zdaniem urzędu środek ów jest sprzeczny z wymogami dotyczącymi równego i niedyskryminacyjnego traktowania, nałożonymi w art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, i nie może on się opierać na żadnym z wyjątków przewidzianych w tym przepisie. W konsekwencji urząd zobowiązał Telenor do usunięcia wspomnianego środka.

14. Telenor wniosła skargę na decyzję urzędu do Fővárosi Törvényszék (sądu dla miasta stołecznego, Węgry).

B. Sprawa C-39/19

15. Telenor oferuje również dodatkowy pakiet usług MyMusic na zasadzie przedpłaty i abonamentu miesięcznego. Pakiet ten jest dostępny w trzech wariantach (Start, Nonstop i Deezer), które gwarantują korzystniejszy ruch danych dla odbioru treści muzycznych i radiowych.

16. W zależności od wybranej opłaty miesięcznej⁹ Telenor oferuje abonentom ograniczone (do 500 Mb miesięcznie w wariantcie MyMusic Start) lub nieograniczone zużycie danych (w pozostałych dwóch wariantach) dla dostępu do czterech platform muzycznych¹⁰ w streamingu oraz do niektórych internetowych stacji radiowych.

17. Ruch generowany w ramach tych pakietów nie jest wliczany do limitu ilości danych uzgodnionego przez abonentów. Aplikacje muzyczne są nadal dostępne dla abonentów bez ograniczeń prędkości lub blokowania dostępu szerokopasmowego, nawet po wykorzystaniu uzgodnionego limitu ilości danych. Natomiast pozostałe treści internetowe, które nie są zawarte w aplikacjach *uprzywilejowanych*, generują odpłatny ruch danych, którego dostępność jest ograniczona.

18. W odniesieniu do wspomnianych pakietów urząd wydał decyzję podobną do tej wydanej w związku z ofertą MyChat (sprawa C-807/19). Telenor zaskarżyła powyższą decyzję przed Fővárosi Törvényszék (sądem dla miasta stołecznego).

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

⁸ Decyzja urzędu została utrzymana w mocy przez Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (prezesa tego urzędu).

⁹ Taryfa za pakiety MyMusic jest znacznie niższa niż taryfa za pakiety 500 Mb lub pakiety o nieograniczonej ilości danych, które są dostępne w ramach tych samych abonamentów.

¹⁰ Deezer, Apple Music, Tidal i Spotify.

19. Sąd ten przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne, które są identyczne w obu sprawach:

- „1) Czy porozumienie handlowe pomiędzy dostawcą usługi dostępu do internetu a użytkownikiem końcowym, na podstawie którego dostawca stosuje do użytkownika końcowego taryfę zerową w stosunku do określonych aplikacji (to znaczy, transmisja spowodowana przez daną aplikację nie jest wliczana do celów zużycia danych, jak również nie powoduje obniżenia prędkości transmisji po wykorzystaniu umówionego limitu danych), i zgodnie z którym dostawca ten stosuje dyskryminację określoną w warunkach porozumienia zawartego z użytkownikiem końcowym, skierowaną wyłącznie przeciwko temu użytkownikowi końcowemu, a nie przeciwko użytkownikowi końcowemu, który nie jest stroną tego porozumienia, należy interpretować w świetle art. 3 ust. 2 rozporządzenia [...] (UE) 2015/2120 [...]?
- 2) Czy w przypadku odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne art. 3 ust. 3 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że aby uznać, że istnieje naruszenie – biorąc pod uwagę również motyw 7 rozporządzenia – konieczna jest ocena oparta na wpływie i na rynku, która ustali, czy przyjęte przez dostawcę usługi dostępu do internetu środki rzeczywiście ograniczają – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – prawa, jakie art. 3 ust. 1 przyznaje użytkownikowi końcowemu?
- 3) Niezależnie od pierwszego i drugiego pytania prejudycjalnego, czy art. 3 ust. 3 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że ustanowiony w nim zakaz ma charakter^[11] powszechny i obiektywny, tak że na jego podstawie zakazane jest jakiekolwiek zarządzanie transmisją danych, które ustanawia różnice pomiędzy określonymi treściami rozpowszechnianymi przez internet, i to niezależnie od tego, czy dostawca usługi dostępu do internetu ustanawia je w drodze porozumienia, praktyki handlowej lub w drodze innego rodzaju zachowania?
- 4) Czy w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie można również uznać istnienie naruszenia art. 3 ust. 3 rozporządzenia tylko z tego powodu, że istnieje dyskryminacja, bez konieczności dokonywania dodatkowo oceny rynku i wpływu, z którego to względu nie będzie konieczna ocena zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia?”

III. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

20. Odesłania prejudycjalne wpłynęły do Trybunału w dniach 20 grudnia 2018 r. (sprawa C-807/18) i 23 stycznia 2019 r. (sprawa C-39/19).

21. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Telenor, urząd, rządy: węgierski, niemiecki, austriacki, czeski, słoweński, fiński, niderlandzki i rumuński, a także przez Komisję.

22. W dniu 14 stycznia 2020 r. odbyła się rozprawa jawna, w której udział wzięli Telenor, urząd, rządy: węgierski, niemiecki, niderlandzki i słoweński, a także Komisja.

¹¹ Pytanie w sprawie C-39/19 zawiera przymiotnik „bezwartunkowy”.

IV. Analiza

A. Uwagi wstępne

23. W ramach stawek, które są przedmiotem sporu w tych dwóch odesłaniach prejudycjalnych, klienci będący abonentami uzyskują dostęp do niektórych aplikacji, a ruch danych generowany poprzez korzystanie z nich nie jest wliczany do uzgodnionego limitu ilości danych, do którego wliczane są jedynie dane odpowiadające korzystaniu z innych aplikacji.

24. „Taryfa zerowa” powoduje spowolnienie pobierania usług i aplikacji nieobjętych ofertą po wykorzystaniu umówionego limitu ilości danych zgodnie z taryfą ogólną. O ile wykorzystanie uzgodnionego limitu danych nie wpływa na dostęp do aplikacji *uprzywilejowanych* ani na prędkość ich wykorzystania, o tyle pozostałe aplikacje są od tej chwili blokowane lub spowalniane.

25. Zdaniem urzędu wspomniane oferty obejmują środki zarządzania ruchem, które są sprzeczne z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120. Sąd odsyłający, do którego wystąpiono o ponowne zbadanie tej oceny, przedkłada cztery pytania prejudycjalne, które można podzielić na dwie grupy:

- Po pierwsze, w świetle którego ustępu (2 czy 3) art. 3 rozporządzenia 2015/2120 należy zbadać taryfy (pytania pierwsze i drugie)?
- Po drugie, w przypadku, gdy zastosowanie ma art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, czy przepis ten wprowadza zakaz o charakterze powszechnym, obiektywnym i bezwarunkowym (pytanie trzecie), a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy wykluczona jest konieczność dokonania szczegółowej oceny w celu ustalenia, czy prawa użytkowników końcowych zostały naruszone (pytania drugie i czwarte)?

1. Cele rozporządzenia 2015/2120

26. Aby rozstrzygnąć rzeczzone kwestie, należy wziąć pod uwagę cele rozporządzenia 2015/2120, w szczególności strukturę jego art. 3.

27. Rozporządzenie 2015/2120 realizuje dwa cele, a mianowicie zapewnienie dostępu do otwartego internetu i ochronę użytkowników końcowych. Moim zdaniem te dwa cele nie mają takiego samego szczególnego znaczenia dla systematyki rozporządzenia, z którego przepisów wynika, że pierwszy z owych celów (zapewnienie otwartego internetu) jest priorytetem.

28. Sam tytuł rozporządzenia 2015/2120 określa jego główny cel, jakim jest ustanowienie „środk[ów] dotycząc[ych] dostępu do otwartego internetu”, a także zmiana dyrektywy 2002/22 „w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników”¹².

29. Podobne jest brzmienie motywu pierwszego i art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120, zgodnie z którym rozporządzenie to „ustanawia wspólne zasady w celu zagwarantowania równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do internetu oraz *związanych z tym praw użytkowników końcowych*”¹³.

¹² Trzecim celem rozporządzenia 2015/2120, który nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, jest zmiana rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 531/2012 z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.U. 2012, L 172, s. 10).

¹³ Wyróżnienie moje. Ustęp ten niejako *precyzuje* prawa użytkowników końcowych, które są stanowione *w związku* z ochroną traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do internetu.

30. Pozostałe artykuły rozporządzenia 2015/2120 potwierdzają główny charakter celu polegającego na zapewnieniu dostępu do otwartego internetu¹⁴. Dotyczy to w szczególności art. 3, którego wykładnią jest przedmiotem odesłania prejudycjalnego i którego celem, zgodnie z wyraźnym brzmieniem jego tytułu, jest „[z]agwarantowanie dostępu do otwartego internetu”. Inne przepisy tekstu odnoszą się do tego samego dostępu¹⁵.

2. Prawa użytkowników końcowych

31. W ramach tego tytułu art. 3 ust. 1 wymienia prawa tzw. „użytkowników końcowych”. Aby określić, kim są ci „użytkownicy końcowi”, należy odwołać się, poprzez wyraźne odesłanie zawarte w art. 2 rozporządzenia 2015/2120, do „definicji zawartych w art. 2 dyrektywy 2002/21”.

32. W art. 2 lit. n) dyrektywy 2002/21 zdefiniowano „użytkownika końcowego” jako „użytkownika, który nie udostępnia publicznych sieci łączności ani publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej”.

33. „Użytkownik końcowy” nie jest zatem jedynie „użytkownikiem”, [którego w art. 2 lit. h) dyrektywy 2002/21 zdefiniowano jako „osobę prawną lub fizyczną korzystającą z publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub wnioskującą o udostępnienie takich usług”], lub „konsumentem”, [którego w art. 2 lit. i) tej samej dyrektywy zdefiniowano jako „jakąkolwiek osobę fizyczną korzystającą z publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub żądającą udostępnienia takich usług dla celów niezwiązanych z jej działalnością handlową, gospodarczą lub wykonywaniem zawodu”], lecz – dla jasności – zarówno konsumentem, który uzyskuje dostęp do internetu, jak i dostawcą treści i aplikacji.

34. Chociaż terminologia może się wydawać niejednoznaczna¹⁶, osobę, która łączy się z internetem za pomocą swoich urządzeń stacjonarnych lub mobilnych, oraz osobę, która dostarcza treści i aplikacje, uznaje się za „użytkowników końcowych” w rozumieniu dyrektywy 2002/21 (i w związku z tym w rozumieniu rozporządzenia 2015/2120), ponieważ osoby te *mają* równy *dostęp* do internetu: w celu uzyskania informacji i treści dostarczanych przez określonych dostawców lub, w przypadku tych ostatnich, w celu zapewnienia, że ich aplikacje, usługi i treści będą publicznie dostępne.

35. Prawa użytkownika końcowego uznane w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia 2015/2120 są następujące:

- prawo do uzyskania dostępu do informacji i treści dostępnych w internecie, a także do ich rozpowszechniania;
- prawo do korzystania z aplikacji i usług oraz ich udostępniania;
- prawo do korzystania z wybranych urządzeń końcowych.

¹⁴ Ostatecznie jedynym celem dostępu do otwartego internetu jest zapewnienie „nieprzerwanego funkcjonowania ekosystemu internetowego stanowiącego siłę napędową innowacji” (motyw pierwszy), co powinno zagwarantować, że pozostanie on „otwartą platformą innowacji” (motyw trzeci). Wszystko z korzyścią dla interesu ogólnego, a zatem *pośrednio*, dla szeregu praw indywidualnych, m.in. dla prawa do informacji lub wolności wypowiedzi. Jednakże prawa, które rozporządzenie 2015/2120 przyznaje *bezpośrednio* użytkownikom końcowym, są ściśle związane z dostępem do otwartego internetu, a zatem mają związek z zasadami i warunkami tego dostępu.

¹⁵ Artykuł 4 rozporządzenia 2015/2120 dotyczy „[ś]rodków w zakresie przejrzystości w celu zapewnienia dostępu do otwartego internetu”. Artykuły 5 i 6 zawierają przepisy dotyczące odpowiednio „[n]adzoru i egzekwowania wykonywania przepisów” oraz „[s]ankcji” w odniesieniu do zgodności z art. 3, 4 i 5.

¹⁶ Nazwa „użytkownik końcowy” nie jest zbyt fortunna, ponieważ pomija identyfikację dostawców jako podmiotów objętych kategorią określoną przez to wyrażenie. Rządy: niemiecki, austriacki, czeski i słoweński podkreślały, że dostawcy *treści* są również „użytkownikami końcowymi” w rozumieniu rozporządzenia 2015/2120. Komisja potwierdziła to na rozprawie, powołując się na odpowiedni fragment Wytycznych w sprawie wdrożenia przez krajowe organy regulacyjne przepisów dotyczących neutralności sieci [BoR (16) 127], zatwierdzonych przez Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC).

36. Wszystkie te prawa są przewidziane „niezależnie od lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też od lokalizacji, miejsca pochodzenia lub miejsca docelowego informacji, treści lub usług”¹⁷. W myśl art. 3 ust. 1 akapit drugi owe prawa „pozostaj[ą] bez uszczerbku dla prawa Unii lub zgodnych z prawem Unii przepisów prawa krajowego w dziedzinie zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług”.

37. Podsumowując, prawa określone w ust. 1 gwarantują dostęp do otwartego internetu w tym sensie, że użytkownicy końcowi mogą *uzyskać dostęp* do wszystkich treści, aplikacji i usług, a także *udostępniać* je i *rozpowszechniać* bez ograniczeń, zakładając, że są one zgodne z prawem.

3. Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120

38. Wątpliwości sądu odsyłającego dotyczą ustępów 2 i 3 art. 3 rozporządzenia 2015/2120.

39. W art. 3 ust. 2 ustanowiono szczególną gwarancję dla praw określonych w ust. 1, w związku z czym, jak już wspomniano, ich przedmiotem jest ochrona otwartego charakteru internetu. W związku z tym w art. 3 ust. 2 wskazano, że korzystanie z tych praw nie może być ograniczone: a) postanowieniami umownymi uzgodnionymi między dostawcami usług dostępu do internetu a użytkownikami końcowymi, dotyczącymi „warunków finansowych i technicznych oraz cech usług dostępu do internetu” oraz b) przez „jakiegokolwiek praktyki handlowe dostawców usług dostępu do internetu”.

40. Moim zdaniem różnica między „postanowieniami umownymi” a „praktykami handlowymi” jest związana z wyraźnym lub dorozumianym charakterem zgody użytkowników końcowych na warunki finansowe i techniczne oraz z cechami usług dostępu:

- Jeśli chodzi o *postanowienia umowne*, użytkownik końcowy wyraża wyraźną zgodę na te warunki poprzez ich uzgodnienie z dostawcą.
- Jeśli chodzi o *praktyki handlowe*, zgoda wynika z dorozumianego przyjęcia przez drugą stronę warunków ustalonych jednostronnie przez dostawców¹⁸.

41. W każdym razie w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120 określono, jakie „warunki finansowe i techniczne oraz cechy usług dostępu do internetu” nie mogą ograniczać korzystania z praw przyznanych użytkownikom końcowym w ust. 1: te odnoszące się do „ceny, ilości danych lub prędkości”. Uważam, że wyliczenie to nie jest wyczerpujące, ale w zakresie, w jakim jest to istotne dla niniejszej sprawy, najważniejsze są wspomniane trzy elementy.

¹⁷ Przepis ten wymienia oddzielnie „użytkownika końcowego” i „dostawcę”. Moim zdaniem niesłusznie, biorąc pod uwagę definicję pierwszego pojęcia zawartą w art. 2 lit. n) dyrektywy 2002/21. Wydaje się, że prawodawca rozporządzenia 2015/2120 padł ofiarą niedokładności pojęciowej wyrażenia „użytkownik końcowy”, o której mowa w poprzednim przypisie.

¹⁸ Chociaż rozgraniczenie pojęciowe między „postanowieniami umownymi” a „praktykami” nie jest w tym przypadku decydujące, należy zauważyć, że w pkt 33 (przypis 10) Wytycznych w sprawie wdrożenia przez krajowe organy regulacyjne przepisów dotyczących neutralności sieci [BoR (16) 127] BEREC odnosi się do możliwości stosowania, przy zachowaniu wszelkich proporcji, definicji „praktyk handlowych” zawartej w art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”) (Dz.U. 2005, L 149, s. 22). Jednostronność jest jednym z decydujących elementów tego pojęcia: „każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklame i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów”.

4. Artykuł 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120

42. O ile w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120 ustanowiono szczególną gwarancję dla praw określonych w ust. 1, a zatem mającą na celu ochronę *otwartego charakteru internetu*, o tyle w art. 3 ust. 3 nałożono na dostawców usług dostępu do internetu obowiązek zarządzania ruchem w sieci, którego celem jest zapewnienie *równego i niedyskryminacyjnego traktowania ruchu internetowego*¹⁹.

43. Zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 dostawcy usług dostępu do internetu, w czasie świadczenia usług dostępu do internetu, są zobowiązani traktować „wszystkie transmisje danych równo, bez dyskryminacji, ograniczania czy ingerencji, bez względu na nadawcę i odbiorcę, konsultowane lub rozpowszechniane treści, wykorzystywane lub udostępniane aplikacje lub usługi, lub też na wykorzystywane urządzenia końcowe”²⁰.

44. Obowiązek ten nie jest jednak bezwzględny. Artykuł 3 ust. 3 nie stoi na przeszkodzie „stosowaniu przez dostawców usług dostępu do internetu odpowiednich środków zarządzania ruchem”. Środki te „muszą być przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie mogą być podyktowane względami handlowymi, lecz muszą opierać się na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu” oraz „nie obejmują monitorowania konkretnych treści i nie mogą być utrzymywane dłużej, niż jest to konieczne”.

45. *Zróżnicowane* (choć niedyskryminacyjne) traktowanie ruchu jest zatem dopuszczalne, jeżeli wymaga tego technicznie skuteczne zarządzanie ruchem.

46. Delikatna równowaga między obowiązkiem zapewnienia równego traktowania wszelkich form dostępu do internetu z jednej strony, a obowiązkiem skutecznego zarządzania tym ruchem z drugiej strony znajduje odzwierciedlenie w wyliczeniu dozwolonych lub zakazanych zachowań, o których mowa w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia 2015/2120.

47. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu

- Dostawcy usług dostępu do internetu nie mogą stosować środków zarządzania ruchem wykraczających poza środki określone w akapicie drugim, a ponadto „w szczególności nie mogą blokować, spowalniać, zmieniać, ograniczać, pogarszać jakości ani faworyzować określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii, ani też ingerować w nie [...]”.
- Zakaz ten nie dotyczy jednak „przypadków, w których jest to konieczne, i jedynie tak długo, jak jest to konieczne, aby” osiągnąć niektóre cele, spośród których dla niniejszej sprawy istotne jest, aby „[...] utrzymać integralność i bezpieczeństwo sieci, usług świadczonych za pośrednictwem sieci oraz urządzeń końcowych użytkowników końcowych; [oraz] zapobiec grożącym przeciążeniom sieci oraz złagodzić skutki wyjątkowego lub tymczasowego przeciążenia sieci, o ile równoważne rodzaje transferu danych są traktowane równo”²¹.

19 Aby uniknąć niejasności i pomimo tego, że jest to wybór wielu stron niniejszych postępowań, będę unikać zwrotu „neutralność” (zob. przypis 3 niniejszej opinii) i będę używać tylko wyrażenia „zasada równego traktowania” lub jego odpowiedników. Odnosnie do sporu w doktrynie na temat neutralności internetu, zob. Margarita Robles Carrillo: „El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: Alcance y contenido”, [w:] *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63 (2019), s. 449–488.

20 Odniesienie do „wykorzystywanego urządzenia końcowego” stanowi sformalizowanie zasady „neutralności technologicznej”, o której mowa w motywie drugim rozporządzenia. Pozostała część przepisu ustanawia typowy obowiązek niedyskryminacyjnego traktowania. Potwierdza to motyw ósmy rozporządzenia, w którym zasadniczo powtórzono brzmienie art. 3 ust. 3 i dodano, że „[z]godnie z zasadami ogólnymi prawa Unii i utrwalonym orzecznictwem, porównywalnych sytuacji nie należy traktować w różny sposób, a różnych sytuacji – w taki sam sposób, chyba że takie postępowanie jest obiektywnie uzasadnione”.

21 Oprócz tych warunków istnieją jeszcze inne, które nie są istotne w niniejszej sprawie. W związku z tym art. 3 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 stanowi, że środki wiążące się z przetwarzaniem danych osobowych są dopuszczalne, tylko jeśli takie przetwarzanie jest niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia celów określonych w ust. 3 oraz jeśli owe środki są zgodne z przepisami Unii w dziedzinie ochrony danych. Artykuł 3 ust. 5 zezwala na świadczenie zoptymalizowanych usług dostępu do internetu, pod warunkiem że usługi te m.in. nie będą „ogranaczać dostępności lub wpływać negatywnie na ogólną jakość usług dostępu do internetu dla użytkowników końcowych”.

48. Chociaż rząd fiński twierdzi, że przepisy art. 3 ust. 3 stanowią „autonomiczną całość” w stosunku do przepisów ust. 1 i 2 tego samego artykułu²², przychylam się raczej do stanowiska rządu węgierskiego i Komisji, w myśl którego ust. 3, podobnie jak ust. 2, ma również na celu zagwarantowanie praw uznanych w ust. 1²³.

49. Zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego zarządzania ruchem internetowym jest warunkiem koniecznym, aby sieć była rzeczywiście otwarta dla użytkowników końcowych. To *otwarcie* oznacza możliwość uzyskania dostępu do dostępnych treści, aplikacji i usług, a także ich udostępniania i rozpowszechniania bez ograniczeń opartych o którykolwiek z czynników wymienionych w art. 3 ust. 1: „lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też od lokalizacji, miejsca pochodzenia lub miejsca docelowego informacji, treści lub usługi”, które są dostępne przez internet.

50. Podsumowując, ustępy 2 i 3 art. 3 rozporządzenia 2015/2120 ustanawiają różne gwarancje praw uznanych w ust. 1 tego artykułu²⁴.

51. W oparciu o powyższe przesłanki przeanalizuję pytania sądu odsyłającego.

B. W przedmiocie przepisu mającego znaczenie dla oceny zgodności z prawem spornej taryfy (pytania prejudycjalne pierwsze i drugie)

52. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy podlegające jego kontroli decyzje powinny być rozpatrywane w świetle art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120 (pytanie pierwsze), czy też przeciwnie, zastosowanie do nich ma ust. 3 tego samego artykułu (pytanie drugie).

53. Zdaniem sądu odsyłającego istnieje „porozumienie handlowe pomiędzy dostawcą usługi dostępu do internetu [Telenor] a użytkownikiem końcowym, na podstawie którego dostawca [Telenor] stosuje do użytkownika końcowego taryfę zerową w stosunku do określonych aplikacji (to znaczy, transmisja spowodowana przez daną aplikację nie jest wliczana do celów zużycia danych, jak również nie powoduje obniżenia prędkości transmisji po wykorzystaniu umówionego limitu danych), i zgodnie z którym dostawca ten [Telenor] stosuje dyskryminację określoną w warunkach porozumienia zawartego z użytkownikiem końcowym, skierowaną wyłącznie przeciwko temu użytkownikowi końcowemu, a nie przeciwko użytkownikowi końcowemu, który nie jest stroną tego porozumienia”²⁵.

54. Jak podkreślił rząd niemiecki, na mocy tej umowy dostawca usług dostępu do internetu stosuje środek zarządzania ruchem. W postanowieniach odsyłających stwierdzono bowiem, iż Telenor nie zaprzecza, że [...] dochodzi do odmiennego zarządzania transmisją danych w zależności od tego, czy chodzi o wybrane aplikacje, czy o inne treści rozpowszechniane przez internet. W szczególności wspomniane zarządzanie prowadzi do spowolnienia dostępu do wymienionych treści.

22 Punkt 15 uwag na piśmie rządu fińskiego.

23 Podobnie rząd austriacki wskazuje, że naruszenie art. 3 ust. 3 prowadzi do naruszenia praw określonych w ust. 1 tego samego artykułu, wykluczając w ten sposób autonomię między tymi dwoma ustępami.

24 Jak podniesiono na jawnej rozprawie, istnieje pewna zbieżność między oboma ustępami art. 3 i ustępem 1 art. 4. W art. 4 ust. 1, który określa informacje, jakie muszą być zawarte w każdej umowie o świadczenie usług dostępu do internetu, odniesiono się do praktycznych skutków zarówno wszelkich środków zarządzania ruchem (o których mowa w art. 3 ust. 3), jak i do parametrów jakości usługi uzgodnionych między stronami (warunki umowne, które są przedmiotem art. 3 ust. 2). W obu przypadkach ostatecznym celem jest dostarczenie informacji o gwarancjach, za pomocą których oba ustępy art. 3 dążą do ochrony praw uznanych w ust. 1 tego samego przepisu.

25 Jak już wspomniano (pkt 36 powyżej), zgodnie z rozporządzeniem 2015/2120 konsument jest jednym z użytkowników końcowych i do tej samej kategorii należą również dostawcy treści i aplikacji. Należy zatem uznać, że umowa będąca przedmiotem sporu „stosuje dyskryminację określoną w warunkach porozumienia zawartego z użytkownikiem końcowym, skierowaną wyłącznie przeciwko temu użytkownikowi końcowemu”. Innymi słowy, uzgodnione warunki (w tym środki zarządzania ruchem, które spowalniają dostęp do niektórych aplikacji) mają zastosowanie tylko do konsumenta, który zawarł umowę. W konsekwencji, spowolnienie nie dotyczy ruchu wszystkich aplikacji dostępnych w internecie w sposób powszechny i wobec wszystkich użytkowników końcowych, lecz ruchu między użytkownikiem końcowym (abonentem), który zawarł umowę, a użytkownikiem końcowym (dostawcą), który dostarcza wyłączone aplikacje.

55. W takiej sytuacji dostawcy niewybranych aplikacji, jako „użytkownicy końcowi”, są traktowani w sposób dyskryminujący w stosunku do dostawców aplikacji uprzywilejowanych na mocy umowy handlowej. Ostatecznie ci pierwsi są najbardziej bezpośrednio poszkodowani przez wspomnianą umowę. Z pewnością abonenci, którzy zawierają umowę i którzy w związku z tym są również „użytkownikami końcowymi”, nie doświadczają takiej dyskryminacji bezpośredniej. Jednakże nadal będą oni ponosić pośrednio konsekwencje traktowania nieuprzywilejowanych dostawców, ponieważ ostatecznie zostaną ograniczone ich możliwości dostępu do treści dostępnych w sieci, zagwarantowane prawem uznanym w art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120.

56. W mojej ocenie ten środek powodujący zmniejszenie prędkości transmisji, który jest obiektywny i łatwy do stwierdzenia, wpisuje się naturalnie w art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, w którym „spowolnienie” jest jedną z metod zarządzania ruchem, która jest zasadniczo zakazana (z zastrzeżeniem wyjątkowych przypadków określonych poniżej przez prawodawcę)²⁶.

57. Spowolnienie w dostępie do aplikacji i treści innych niż *uprzywilejowane* zostało uzgodnione w umowie między Telenor a jej abonentami. Należy zatem przywołać art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120, który zakazuje *postanowień umownych* dotyczących „warunków finansowych i technicznych”²⁷.

58. Kolejne pytanie dotyczy tego, który z dwóch ustępów art. 3 powinien mieć zastosowanie, jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, środek mający na celu spowolnienie ruchu został zawarty w umowie między dostawcą usług dostępu do internetu a jego abonentami.

59. W rzeczywistości pytanie to nie jest istotne z punktu widzenia ostatecznych skutków: niezależnie od tego, który ustęp ma zastosowanie, skutek jest taki sam (a mianowicie niezgodność z prawem spornego środka i w związku z tym ustanawiającej go umowy). Może ono jednak posłużyć do wyjaśnienia, która przesłanka faktyczna powoduje niezgodność z prawem:

- Stosując art. 3 ust. 2, jak przewidziano w motywie siódmym rozporządzenia 2015/2120, właściwe organy muszą uwzględnić „skalę” umowy, biorąc pod uwagę „między innymi [...] odpowiednie pozycje rynkowe dostawców usług dostępu do internetu oraz dostawców treści, aplikacji i usług”, oraz powinny interweniować w przypadku, gdy umowa może „doprowadzić do podważenia istoty” prawa dostępu do otwartego internetu²⁸.
- Natomiast stosując art. 3 ust. 3, wyklucza się wszelkie okoliczności faktyczne, ponieważ obowiązek równego traktowania jest wiążący „bez względu na nadawcę lub odbiorcę, treść, aplikację lub usługę, lub urządzenie końcowe”²⁹.

60. W związku z powyższym zgadzam się z rządem niderlandzkim, że należy opowiedzieć się za art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120.

²⁶ Z powyższym stanowiskiem zgodne są wytyczne BEREC, co do których ogólnej wartości interpretacyjnej – pomimo iż nie są one wiążące – strony zgodziły się na rozprawie.

²⁷ Wyróżnienie moje.

²⁸ Na rozprawie przedmiotem dyskusji był ewentualny wpływ rozróżnienia zastosowanego w motywie siódmym w odniesieniu do przypadków, w których krajowe organy regulacyjne „*powinny być uprawnione* do podejmowania działań przeciwko postanowieniom umownym lub praktykom handlowym”, oraz przypadków, w których organy te „*powinny być zobowiązane* [...] do interwencji”. Moim zdaniem w pierwszym przypadku chodzi o to, aby prawo krajowe *zezwalalo* wspomnianym organom *na interwencję* przeciwko postanowieniom umownym lub praktykom handlowym. W drugim zaś przypadku chodzi o to, aby po uzyskaniu uprawnienia organy regulacyjne *interweniowały bezwzględnie*, jeżeli stwierdzą istnienie postanowień umownych i praktyk sprzecznych z rozporządzeniem 2015/2120.

²⁹ Motyw ósmy rozporządzenia 2015/2120.

61. Ze względu na to, iż równe i niedyskryminacyjne traktowanie jest koniecznym warunkiem wstępnym ochrony dostępu do otwartego internetu³⁰, jedynie w przypadku, gdy dostęp ten jest *technicznie* zagwarantowany, należy uniknąć ograniczenia go w inny sposób, to znaczy na mocy umowy lub poprzez praktyki handlowe³¹.

62. Uważam zatem, że art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 zawiera ogólny przepis, zgodnie z którym wszystkie umowy i praktyki handlowe muszą być uprzednio przeanalizowane. Po wykluczeniu środków zarządzania ruchem, które nie spełniają przesłanek określonych w owym ust. 3, zgodność z prawem wspomnianych umów i praktyk może zostać zbadana, w stosownych przypadkach, w świetle ust. 2. Przy czym, jak zauważa rząd rumuński, nie jest możliwe, aby w drodze umowy przewidziano wyjątek od zakazu dyskryminującego traktowania określonego w ust. 3.

63. Podział między ustępami 2 i 3 art. 3 rozporządzenia 2015/2120 nie dotyczy rozróżnienia między umowami (ust. 2) z jednej strony, a środkami jednostronnymi (ust. 3) z drugiej strony – jak twierdzi Telenor. Nie dotyczy on także różnicy między warunkami finansowymi (ust. 2) a warunkami technicznymi (ust. 3), ponieważ ust. 2 odnosi się do obu tych warunków.

64. Moim zdaniem istotne jest rozróżnienie, które dotyczy bezpośredniego naruszenia praw użytkowników końcowych, o których mowa w ust. 1, z jednej strony, i pośredniego naruszenia tych praw poprzez dyskryminujące środki zarządzania ruchem z drugiej strony:

- W tym drugim przypadku dyskryminujący środek zarządzania ruchem będzie niezgodny z prawem z powodu naruszenia ust. 3, ponieważ wraz z nim został naruszony obowiązek równego traktowania, który jest bezwzględnym warunkiem korzystania z praw określonych w ust. 1.
- W pierwszym przypadku, pomimo przestrzegania obowiązku określonego w ust. 3, wspomniane prawa mogły zostać naruszone, jeżeli pomimo zarządzania ruchem przy zachowaniu równego traktowania konsument jest w jakiś sposób zachęcany do korzystania głównie lub wyłącznie z niektórych aplikacji³².

C. W przedmiocie charakteru zakazu ustanowionego w art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 (pytanie drugie, trzecie i czwarte)

65. Powyższe argumenty stanowią zasadniczo odpowiedź na pytania sądu odsyłającego dotyczące zakazu, o którym mowa w art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120.

66. Wnioskuje, że wspomniany zakaz ma charakter powszechny, bezwarunkowy i obiektywny, ponieważ zakazuje wszelkich środków zarządzania ruchem, które nie są odpowiednie (w rozumieniu owego ust. 3) i nie przyczyniają się do zapewnienia równego i niedyskryminacyjnego traktowania wspomnianego ruchu.

67. Zgadzam się z Komisją, że w przypadku stwierdzenia naruszenia art. 3 ust. 3 nie jest konieczne ustalenie, czy dodatkowo doszło do naruszenia ust. 2 tego samego artykułu (co pociągałoby za sobą szczegółową ocenę rynku i wpływu spornego środka), z zastrzeżeniem, że prawo procesowe państw członkowskich może stanowić inaczej.

³⁰ Zobacz pkt 50 powyżej.

³¹ Zobacz pkt 28 uwag na piśmie rządu Niderlandów.

³² Komisja odnosi się do przypadku dotyczącego ofert o zerowej taryfie w połączeniu z bardzo niskim limitem transmisji danych w odniesieniu do transmisji danych wymaganej dla przeciętnego korzystania z treści internetowych, co zachęcałoby konsumenta do korzystania wyłącznie z treści objętych taryfą zerową (pkt 51 uwag na piśmie Komisji). W każdym razie, jak wspomniano powyżej, sporna umowa obejmuje techniczny środek zarządzania sprzeczny z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, który jest wystarczający do uznania owej umowy za niezgodną z prawem. Wszelkie inne względy dotyczące ewentualnego naruszenia ust. 2 tego samego artykułu byłyby hipotetyczne i w związku z tym pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu głównego.

V. Wnioski

68. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział Fővárosi Törvényszék (sądowi dla miasta stołecznego, Węgry) w następujący sposób:

„Artykuł 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii należy interpretować w ten sposób, że:

Umowa handlowa zawarta między dostawcą usługi dostępu do internetu a abonentem, na podstawie której stosuje się taryfę zerową w stosunku do określonych aplikacji oraz spowalnia się prędkość dostępu do innych aplikacji po wykorzystaniu umówionego limitu danych, obejmuje środek zarządzania ruchem, który narusza obowiązek równego i niedyskryminacyjnego traktowania określony w art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, chyba że możliwe byłoby oparcie się na wyjątkach przewidzianych we wspomnianym ustępie, czego wyjaśnienie należy do sądu odsyłającego.

Po stwierdzeniu tego naruszenia nie jest już konieczne ustalenie, czy doszło również do naruszenia przepisów art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120, ani też dokonanie szczegółowej oceny rynku i wpływu danego środka”.