

Zaak C-807/18

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

20 december 2018

Verwijzende rechter:

Fővárosi Törvényszék

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 september 2018

Verzoekende partij:

Telenor Magyarország Zrt.

Verwerende partij:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen het besluit van de Hongaarse regelgevende instantie waarbij deze instantie oordeelde dat het door het telecommunicatiebedrijf aangeboden pakket voor dataverkeer, dat in beginsel een beperkt gebruik van bepaalde applicaties maar een onbeperkt gebruik zonder snelheidsverlaging van andere applicaties (bekend als verlaagd tarief MyChat) mogelijk maakt, in strijd was met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, en bij het bedrijf erop aandrong om een einde te maken aan de verschillen tussen bepaalde vormen van internetverkeer

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Welke bepaling van artikel 3 van verordening 2015/2120 is van toepassing op het verlaagde tarief MyChat? Kan dit verlaagde tarief verenigbaar zijn met lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en bijgevolg voldoen aan de eis van gelijke en niet-discriminerende behandeling? In welke mate moet de nationale

regelgevende instantie controles uitvoeren ten aanzien van artikel 3 van verordening 2015/2120?

Rechtsgrondslag: artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Moet een commerciële overeenkomst tussen een aanbieder van internettoegangsdiensten en een eindgebruiker op grond waarvan de dienstenaanbieder voor bepaalde applicaties een nultarief hanteert (voor het dataverkeer van en naar bepaalde applicaties wordt dus geen dataverbruik in rekening gebracht en de snelheid wordt ook niet verlaagd bij meerverbruik) en er tijdens 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, worden uitgelegd in het licht van artikel 3, lid 2, 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 elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (hierna: „verordening”)?
2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, moet artikel 3, lid 3, van de verordening 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 de verordening 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 inhoud op internet 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 de verordening 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 de verordening plaatsvindt?

Relevante bepalingen van Unierecht

Overweging 7 en de artikelen 3 en 5 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 mobiele communicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (wet 100 van 2003 betreffende elektronische communicatie).

Beknopte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Telenor, een van de voornaamste aanbieders van telecommunicatiediensten van Hongarije, biedt onder meer het pakket MyChat aan. Dit pakket maakt een verbruik van 1 Gb aan data mogelijk en waarborgt binnen het nationale grondgebied een onbeperkt gebruik van sommige van de voornaamste applicaties (Facebook, Facebook Messenger, Whatsapp, Instagram, Twitter en Viber). Het gebruik van de geselecteerde applicaties telt niet mee voor de limiet van 1 Gb aan dataverkeer en de applicaties zijn beschikbaar voor abonnees met volledige breedband (onbeperkte), zelfs wanneer de 1 Gb aan dataverkeer is opgebruikt, terwijl andere internetapplicaties die niet onder het verlaagde tarief vallen leiden tot betalend dataverkeer en beperkter toegankelijk worden doordat de snelheid wordt verlaagd, wanneer de 1 Gb aan dataverkeer is opgebruikt.
- 2 Het Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (nationale media-autoriteit, Hongarije) was van oordeel dat het verlaagde tarief MyChat kon worden beschouwd als een op commerciële overwegingen berustende verkeersbeheersmaatregel die in strijd is met de eisen van gelijke en niet-discriminerende behandeling zoals neergelegd in artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, en drong er bij verzoekster op aan om een einde te maken aan de onrechtmatige verschillen tussen bepaalde vormen van internetverkeer.
- 3 De Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (president van de nationale media-autoriteit) heeft in de bezwaarprocedure het besluit van het Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala bevestigd. Hij verklaarde verkeersbeheersmaatregelen die een onderscheid maken tussen inhoud op internet, op een objectieve basis en in welke vorm dan ook, verboden en oordeelde dat vast staat dat het pakket MyChat een verkeersbeheersmaatregel is, aangezien het de abonnees ervan onbeperkt gebruik met consistente kwaliteit van bepaalde geselecteerde applicaties aanbiedt, terwijl het de toegang tot de rest van de inhoud op internet beperkt door de up- en downloadsnelheid tot maximaal 32 kbit/s te

verlagen wanneer een bepaald dataverkeervolume is opgebruikt en dit zonder dat is voldaan aan de voorwaarden zoals vastgesteld in artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 om verkeersbeheersmaatregelen te treffen.

- 4 Verzoekster heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit op het bezwaar.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Volgens verzoekster geeft verweerder blijk van een onjuiste opvatting door verordening 2015/2120 strikt uit te leggen. Verzoekster meent dat de regelgevende instantie in twee fasen controles had moeten uitvoeren en dus ten eerste had moeten analyseren of het betrokken gedrag in strijd is met het bepaalde in de leden 1 en 2 of in lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en zo ja, vervolgens een effectbeoordeling had moeten uitvoeren met betrekking tot een dergelijke beperking of inmenging. Verzoeker stelt dat de regelgevende instantie in de onderhavige zaak enkel de eerste fase van deze controle heeft uitgevoerd, aangezien deze instantie op basis van artikel 3, lid 3, oordeelde dat er sprake was van discriminatie, maar volledig verzuimde de effecten ervan te beoordelen. Volgens verzoekster kan ook uit artikel 5 van verordening 2015/2120 worden afgeleid dat een effectbeoordeling nodig was.
- 6 Verzoekster verwijt de regelgevende instantie bovendien dat deze alleen lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 toepaste. Dit argument is hoofdzakelijk gebaseerd op het feit dat niet deze bepaling, die betrekking heeft op de eenzijdig door de dienstenaanbieder getroffen maatregelen, had mogen worden toegepast, maar wel de leden 1 en 2 ervan, aangezien het verlenen van de dienst MyChat moet worden beschouwd als een commerciële praktijk die het gevolg is van een bilaterale overeenkomst tussen de eindgebruiker en de dienstenaanbieder.
- 7 Het argument is subsidiair gebaseerd op de stelling dat de leden 1 tot 3 van artikel 3 van verordening 2015/2010, in hun onderlinge samenhang beschouwd, aldus moeten worden uitgelegd dat het beheer van het verkeer onrechtmatig wordt geacht wanneer het de keuzevrijheid of de rechten van de consument zoals toegekend in de leden 1 en 2 van artikel 3 beperkt. Volgens verzoekster is het pakket MyChat rechtmatig aangezien het de keuzevrijheid van de consument verhoogt door zowel een bepaalde hoeveelheid algemeen dataverkeer, die bruikbaar is voor alle mogelijke inhoud, als een speciale en onbeperkte datahoeveelheid om chatdiensten te gebruiken, mogelijk te maken. Met betrekking tot de omstandigheid dat het pakket MyChat de voorkeur geeft aan bepaalde chatapps tegenover andere stelt verzoekster dat de abonnees van het pakket MyChat toegang hebben tot welke chatapp dan ook aan de hand van het dataverkeer van 1 Gb. Verzoekster meent echter dat het vanwege de praktische beperkingen onhaalbaar zou zijn dat in het pakket om het even welke chattoepassing ter wereld zou zijn inbegrepen.

- 8 De regelgevende instantie, die optreedt als verwerende partij, voert aan dat een effectbeoordeling slechts moet worden uitgevoerd als er sprake is van de in artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 bedoelde overeenkomst tussen de eindgebruiker en de dienstenaanbieder, of als er weliswaar geen schending van artikel 3, lid 3, van deze verordening kan worden vastgesteld, maar de overeenkomst of de commerciële praktijk de in artikel 3, lid 1, van de verordening aan de eindgebruiker toegekende rechten mogelijkwerijs schendt. In artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 wordt daarentegen ondubbelzinnig bepaald dat elke verkeerbeheersmaatregel die een onderscheid maakt tussen bepaalde vormen van inhoud op internet objectief verboden is (ongeacht het feit of de aanbieder van internettoegangsdiensten deze maatregelen treft middels een overeenkomst, een commerciële praktijk of anderszins). Verweerder meent dat in de onderhavige zaak geen controle in twee fasen moet worden uitgevoerd, aangezien de in artikel 3, lid 3, bedoelde beoordeling nodig en ook voldoende is, en dat ook niet hoeft te worden aangetoond of de verboden verkeersbeheersmaatregel tot een aanzienlijke beperking van de rechten en keuzevrijheid van de eindgebruikers leidt.
- 9 Het pakket MyChat moet worden beschouwd als een commerciële praktijk waarmee een verboden verkeersbeheersmaatregel wordt getroffen, niettegenstaande het betoog van verzoekster (er wordt bijvoorbeeld van tevoren geen inhoud of applicatie geblokkeerd en de abonnees kunnen steeds kiezen voor dataverkeer dat algemeen gebruik mogelijk maakt). Verzoekster kan niet stellen dat het doel om een dienstverlening die in strijd is met het bepaalde in verordening 2015/2120 in overeenstemming te brengen met de eisen van netneutraliteit onhaalbaar is. Het is immers niet zo dat de eisen van netneutraliteit moeten worden afgestemd op verzoeksters producten, maar wel dat verzoekster producten moet aanbieden die aan dergelijke eisen voldoen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 10 De onderhavige verwijzingsbeslissing betreft een van de eerste door de Hongaarse regelgevende instantie krachtens verordening 2015/2120 gegeven toezichtsbesluiten. Met betrekking tot twee aspecten is er sprake van uiteenlopende uitleggingen leidt. Het eerste aspect houdt verband met het materieel recht en betreft de vraag of het door de aanbieder van internettoegangsdiensten aangeboden pakket verenigbaar kan zijn met de in genoemde verordening gestelde eisen van netneutraliteit, alsmede de vraag welke van de bepalingen van de verordening van toepassing is. Het andere aspect is van procedurele aard en vereist dat wordt verduidelijkt in welke mate de nationale regelgevende instantie controles moet uitvoeren. De uitkomst van het onderhavige geschil heeft gevolgen voor honderdduizenden consumenten en de in de onderhavige zaak gegeven uitlegging kan ook in aanzienlijke mate van invloed zijn op de oriëntatie, concrete invulling en intensiteit van de controles die de regelgevende instantie in de toekomst uitvoert.

- 11 De bepalingen van verordening 2015/2120 zijn nieuw. Voor zover de verwijzende rechter weet, bestaat er noch in het Unierecht noch in het recht van de lidstaten al een eenduidige uitlegging van deze bepalingen. De richtsnoeren van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie van 30 augustus 2016 beogen weliswaar de instanties die belast zijn met het toepassen van het recht oriëntaties aan te bieden, maar partijen zijn het allesbehalve eens over de uitlegging daarvan. Gelet op het voorgaande is de verwijzende rechter van oordeel dat de uitlegging van het Hof van Justitie noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding.
- 12 De door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen betreffen ten eerste de uitlegging van de leden 1 en 2 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en van lid 3 van dat artikel 3, gelezen in samenhang met overweging 7 van de verordening. Het onderlinge verband tussen deze bepalingen doet vragen rijzen. Volgens de verwijzende rechter kan niet worden uitgesloten dat het voornaamste doel van het in lid 3 van artikel 3 vastgestelde verbod is te voorkomen dat aanbieders van internettoegangsdiensten eenzijdige maatregelen treffen. Indien de in de onderhavige zaak geanalyseerde commerciële praktijk echter onder het toepassingsgebied van artikel 3, lid 3, zou vallen, dan zou de vraag rijzen of het daadwerkelijk gaat om een objectief of algemeen verbod dat geen effectbeoordeling van de onrechtmatige praktijk vereist, dan wel of het noodzakelijk is in een kader te voorzien in overeenstemming met de inhoud van overweging 7 om de aanzienlijke beperking van het recht op „open internettoegang” of van de keuzevrijheid van de consument te beoordelen.
- 13 Verzoekster ontkent niet dat met het pakket MyChat het verkeer anders wordt beheerd naarmate het gaat om de geselecteerde applicaties of andere inhoud op internet, maar terwijl de regelgevende instantie van mening is dat dit op zich voldoende is om te concluderen dat er sprake is van schending van het Unierecht, acht verzoekster het noodzakelijk dat ook wordt gekeken naar andere bepalingen van de verordening. Volgens een letterlijke uitlegging zou de verwijzende rechter tot de slotsom komen dat lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 een op zichzelf staande, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke wettelijke verplichting bevat.
- 14 Indien verzoeksters betoog echter wordt aanvaard, zou artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 op het hoofdgeding van toepassing zijn, wat de vraag zou doen rijzen of het feit dat er sprake is van een commerciële overeenkomst tussen de dienstenaanbieder en de eindgebruiker, die laatstgenoemde uit vrije keuze aangaat, eraan in de weg staat dat het betoog slaagt dat de schending van de rechten van de eindgebruiker objectief en zonder met andere eisen rekening te houden kan worden vastgesteld, aangezien in het onderhavige geval de dienstenaanbieder en de eindgebruiker op verzoek van laatstgenoemde de voorwaarden van de dienst in onderling overleg zijn overeengekomen, wat zou inhouden dat de schending van de rechten van de eindgebruiker slechts kan worden vastgesteld na een individuele controle.

- 15 Bovendien beoogt lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 aan de hand van het algemene verbod ook om de rechten van andere personen te beschermen, hoewel hier niet uitdrukkelijk naar wordt verwezen. Verweerder betoogt terecht dat verzoekster in de onderhavige zaak weliswaar eindgebruikers niet daadwerkelijk discrimineert, maar wel aanbieders van applicaties of inhoud discrimineert. Dit doet ernstige vragen rijzen over verzoeksters argument dat gebaseerd is op de vrijheid van overeenkomst, aangezien die vrijheid kan leiden tot een commerciële overeenkomst tussen de dienstenaanbieder en de eindgebruiker waarmee de rechten van derden worden geschonden. Van een dergelijk gevolg kan echter geen sprake zijn waar het gaat om de bepalingen van het Unierecht inzake netneutraliteit waarin open-internettoegang wordt aangemerkt als een regelgevingsdoel. Wordt dit argument toch aanvaard, dan is de belangrijke vraag aan de orde of reeds het bestaan van discriminatie voldoende is om te kunnen spreken van schending van de voorschriften inzake netneutraliteit, dan wel of ook de effecten ervan moeten worden beoordeeld.

Zaak C-39/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

23 januari 2019

Verwijzende rechter:

Fővárosi Törvényszék (Hongarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 september 2018

Verzoekende partij:

Telenor Magyarország Zrt.

Verwerende partij:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen het besluit van de Hongaarse regelgevende instantie waarbij deze instantie heeft geoordeeld dat het door het telecommunicatiebedrijf aangeboden pakket voor dataverkeer, dat in beginsel een beperkt gebruik van bepaalde applicaties, maar een onbeperkt gebruik zonder snelheidsverlaging van andere applicaties (bekend als het gereduceerde tarief MyMusic) mogelijk maakt, in strijd is met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, en er bij het bedrijf op heeft aangedrongen om een einde te maken aan de verschillen tussen bepaalde vormen van internetverkeer.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Welke bepaling van artikel 3 van verordening 2015/2120 is van toepassing op het gereduceerde tarief MyMusic? Kan dit gereduceerde tarief verenigbaar zijn met lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en bijgevolg voldoen aan de eis van gelijke en niet-discriminerende behandeling? In welke mate moet de nationale

regelgevende instantie controles uitvoeren ten aanzien van artikel 3 van verordening 2015/2120?

Rechtsgrondslag: artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

- 1) Moet een commerciële overeenkomst tussen een aanbieder van internettoegangsdiensten en een eindgebruiker op grond waarvan de dienstenaanbieder voor bepaalde applicaties een nultarief hanteert (voor het dataverkeer van en naar bepaalde applicaties wordt dus 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, worden uitgelegd in het licht van artikel 3, lid 2, 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 elektronischecommunicatienetwerken en diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (hierna: „verordening”)?
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, moet artikel 3, lid 3, van de verordening 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 de verordening aldus worden uitgelegd dat het daarin neergelegde verbod onvoorwaardelijk, algemeen en objectief is, zodat op grond van dit verbod alle verkeersbeheersmaatregelen die een onderscheid maken tussen inhoud op internet 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 de verordening 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 de verordening plaatsvindt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Overweging 7 en de artikelen 3 en 5 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 mobiele communicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (wet 100 van 2003 betreffende elektronische communicatie).

Beknopte uiteenzetting van de feiten en het hoofdgeding

- 1 Telenor, een van de voornaamste aanbieders van telecommunicatiediensten van Hongarije, biedt onder meer het aanvullende dienstenpakket MyMusic aan, op basis van vooraf te betalen maandabbonnementen. Het pakket MyMusic is beschikbaar in drie versies (Start, Nonstop en Deezer) en biedt, afhankelijk van de prijs van het maandabbonnement, toegang tot vier concrete muziekstreamingplatforms (Deezer, Apple Music, Tidal en Spotify) en tot bepaalde onlineradiozenders (Kossuth Rádió, Petőfi Rádió, Bartók Rádió, Dankó Rádió, Rádió 1, Music FM, en Sláger FM) (hierna gezamenlijk aangeduid als de „applicaties”), met een dataverbruik van 500 Mb of met onbeperkt dataverbruik. Het in het kader van deze pakketten gegenereerde dataverkeer telt niet mee voor het datavolume waarover de abonnees beschikken, die onbeperkt (dat wil zeggen zonder restricties of blokkering van de breedband) toegang tot deze applicaties blijven behouden, ook nadat zij het overeengekomen datavolume (dat in het geval van het pakket MyMusic Start 500 Mb bedraagt) hebben verbruikt. Andere internetinhoud die niet tot de applicaties behoort genereert dataverkeer waarvoor wel moet worden betaald, en aan de beschikbaarheid van die inhoud zijn limieten verbonden. Het tarief voor het pakket MyMusic is aanzienlijk lager dan dat voor de pakketten van 500 Mb of met onbeperkt verbruik die onder hetzelfde abbonnement beschikbaar zijn.
- 2 Het Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (nationale media-autoriteit, Hongarije) was van oordeel dat het gereduceerde tarief MyMusic kon worden beschouwd als een op commerciële overwegingen berustende verkeersbeheersmaatregel die in strijd is met de eisen van gelijke en niet-discriminerende behandeling zoals neergelegd in artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, en drong er bij verzoekster op aan een einde te maken aan de onrechtmatige verschillen tussen bepaalde vormen van internetverkeer.

- 3 In de bezwaarprocedure heeft verweerder, de Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (president van de nationale media-autoriteit), het besluit van het Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala bevestigd. Hij verklaarde verkeersbeheersmaatregelen die een onderscheid maken tussen inhoud op internet, op een objectieve basis en in welke vorm dan ook, verboden en voegde daaraan toe dat het gereduceerde tarief voor het pakket MyMusic ontegenzeggelijk een verkeersbeheersmaatregel vormt die, als zodanig, kan worden beschouwd als strijdig met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, zonder dat er een markt- en effectbeoordeling hoeft te worden uitgevoerd.
- 4 Verzoekster heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit op het bezwaar.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Volgens verzoekster geeft verweerder blijk van een onjuiste opvatting door verordening 2015/2120 strikt uit te leggen. Verzoekster meent dat de regelgevende instantie in twee fasen controles had moeten uitvoeren en dus ten eerste had moeten analyseren of het betrokken gedrag in strijd is met het bepaalde in de leden 1 en 2 of in lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en zo ja, vervolgens een effectbeoordeling had moeten uitvoeren met betrekking tot een dergelijke beperking of inmenging. Verzoeker stelt dat de regelgevende instantie in de onderhavige zaak enkel de eerste fase van deze controle heeft uitgevoerd, aangezien deze instantie op basis van artikel 3, lid 3, heeft geoordeeld dat er sprake was van discriminatie, maar volledig heeft verzuimd de effecten ervan te beoordelen. Volgens verzoekster kan ook uit artikel 5 van verordening 2015/2120 worden afgeleid dat een effectbeoordeling nodig was.
- 6 Verzoekster verwijt de regelgevende instantie bovendien dat deze alleen lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 heeft toegepast. Dit argument is hoofdzakelijk gebaseerd op het feit dat niet deze bepaling, die betrekking heeft op de eenzijdig door de dienstenaanbieder getroffen maatregelen, had mogen worden toegepast, maar wel de leden 1 en 2 ervan, aangezien het gereduceerde tarief voor MyMusic moet worden beschouwd als een commerciële praktijk die het gevolg is van een bilaterale overeenkomst tussen de eindgebruiker en de dienstenaanbieder. In het geval van handelspraktijken moet de vraag of de keuzevrijheid van de eindgebruiker wordt ingeperkt worden beantwoord in relatie tot het geheel aan diensten die de dienstverrichter aanbiedt, en niet tot één enkel dienstenpakket (MyMusic Start, bijvoorbeeld), waarbij die vrijheid niet wordt beperkt wanneer de eindgebruiker toegang heeft tot alle mogelijke inhoud. In het geval van eenzijdige maatregelen is de doorslaggevende factor daarentegen dat de dienstverrichter bepaalde inhoud niet minder gunstig behandelt en slechts verkeersbeheersmaatregelen toepast die toegestaan en redelijk zijn.
- 7 Het argument is subsidiair gebaseerd op de stelling dat de leden 1 tot en met 3 van artikel 3 van verordening 2015/2010, in hun onderlinge samenhang beschouwd,

aldus moeten worden uitgelegd dat het beheer van het verkeer onrechtmatig wordt geacht wanneer het de keuzevrijheid of de rechten van de consument zoals toegekend in de leden 1 en 2 van artikel 3 beperkt. Volgens verzoekster is het gereduceerde tarief MyMusic rechtmatig omdat het de keuzevrijheid van de consument juist verhoogt, gezien het feit dat de abonnementen van verzoekster zowel datapakketten die te gebruiken zijn voor algemene inhoud, dat wil zeggen alle mogelijke inhoud, als datapakketten die toegang bieden tot bepaalde bijzondere inhoud omvatten. Naast een beperkte hoeveelheid data (Start) of een onbeperkte hoeveelheid data (Nonstop, Deezer) biedt het pakket MyMusic toegang tot bepaalde muziekdiensten, en consumenten hebben de mogelijkheid om de hoeveelheid dataverkeer waarover zij beschikken te verhogen. Er bestaat een grote vraag naar muziekapplicaties, waardoor het gereduceerde tarief MyMusic de keuzevrijheid en het welzijn van consumenten vergroot.

- 8 Met betrekking tot de omstandigheid dat het gereduceerde tarief MyMusic voorrang geeft aan bepaalde muziekapplicaties boven andere, betoogt verzoekster dat abonnees via het pakket MyMusic toegang hebben tot muziekdiensten die zij doorgaans gebruiken en dat het gaat om een open systeem waar elke andere aanbieder van muziekdiensten zich vrijelijk bij kan aansluiten. Verzoekster meent echter dat het vanwege de praktische beperkingen onhaalbaar zou zijn dat in het dienstenpakket om het even welke muziekapplicatie ter wereld zou zijn inbegrepen.
- 9 De regelgevende instantie, die optreedt als verwerende partij, voert aan dat een effectbeoordeling slechts moet worden uitgevoerd als er sprake is van de in artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 bedoelde overeenkomst tussen de eindgebruiker en de dienstenaanbieder, of als er weliswaar geen schending van artikel 3, lid 3, van deze verordening kan worden vastgesteld, maar de overeenkomst of de commerciële praktijk de in artikel 3, lid 1, van de verordening aan de eindgebruiker toegekende rechten mogelijkserwijs schendt. In artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 wordt daarentegen ondubbelzinnig bepaald dat elke verkeerbeheersmaatregel die een onderscheid maakt tussen bepaalde vormen van inhoud op internet objectief verboden is (ongeacht het feit of de aanbieder van internettoegangsdiensten deze maatregelen treft middels een overeenkomst, een commerciële praktijk of anderszins). De verwerende partij is van mening dat in casu geen controle in twee fasen moet worden uitgevoerd, aangezien de in artikel 3, lid 3, bedoelde beoordeling nodig en ook voldoende is, en dat ook niet hoeft te worden aangetoond of de verboden verkeersbeheersmaatregel tot een aanzienlijke beperking van de rechten en keuzevrijheid van de eindgebruikers leidt.
- 10 Het gereduceerde tarief MyMusic moet worden beschouwd als een commerciële praktijk waarmee een verboden verkeersbeheersmaatregel wordt getroffen, niettegenstaande het betoog van verzoekster (zo wordt er van tevoren geen inhoud of applicatie geblokkeerd en kunnen de abonnees steeds kiezen voor dataverkeer dat algemeen gebruik mogelijk maakt). Alle diensten die toegang tot internet verlenen moeten voldoen aan het vereiste van netneutraliteit. Anders zou de

aanbieder van de internettoegangsdienst de naleving van deze verplichting kunnen omzeilen door binnen zijn hele commerciële aanbod voor abonnees slechts één pakket aan dat vereiste te laten voldoen.

- 11 Verzoekster kan niet stellen dat het doel om een dienstverlening die in strijd is met het bepaalde in verordening 2015/2120 in overeenstemming te brengen met de eisen van netneutraliteit onhaalbaar is. Het is immers niet zo dat de eisen van netneutraliteit moeten worden afgestemd op verzoeksters producten, maar wel dat verzoekster producten moet aanbieden die aan dergelijke eisen voldoen.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 12 De onderhavige verwijzingsbeslissing betreft een van de eerste door de Hongaarse regelgevende instantie krachtens verordening 2015/2120 gegeven toezichtsbesluiten. Met betrekking tot twee aspecten is er sprake van uiteenlopende uitleggingen. Het eerste aspect houdt verband met het materieel recht en betreft de vraag of het door de aanbieder van internettoegangsdiensten aangeboden pakket verenigbaar kan zijn met de in genoemde verordening gestelde eisen van netneutraliteit, alsmede de vraag welke van de bepalingen van de verordening van toepassing is. Het andere aspect is van procedurele aard en vereist dat wordt verduidelijkt in welke mate de nationale regelgevende instantie controles moet uitvoeren. De uitkomst van het onderhavige geschil heeft gevolgen voor honderdduizenden consumenten en de in casu gegeven uitlegging kan ook in aanzienlijke mate van invloed zijn op de oriëntatie, concrete invulling en intensiteit van de controles die de regelgevende instantie in de toekomst uitvoert.
- 13 De bepalingen van verordening 2015/2120 zijn nieuw. Voor zover de verwijzende rechter weet, bestaat er noch in het Unierecht noch in het recht van de lidstaten al een eenduidige uitlegging van deze bepalingen. De richtsnoeren van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie van 30 augustus 2016 beogen weliswaar de instanties die belast zijn met het toepassen van het recht oriëntaties aan te bieden, maar partijen zijn het allesbehalve eens over de uitlegging daarvan. Gelet op het voorgaande is de verwijzende rechter van oordeel dat de uitlegging van het Hof van Justitie noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding.
- 14 De door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen betreffen ten eerste de uitlegging van de leden 1 en 2 van artikel 3 van verordening 2015/2120 en van lid 3 van dat artikel 3, gelezen in samenhang met overweging 7 van de verordening. Het onderlinge verband tussen deze bepalingen doet vragen rijzen. Volgens de verwijzende rechter kan niet worden uitgesloten dat het voornaamste doel van het in lid 3 van artikel 3 vastgestelde verbod is te voorkomen dat aanbieders van internettoegangsdiensten eenzijdige maatregelen treffen. Indien de in de onderhavige zaak geanalyseerde commerciële praktijk echter onder het toepassingsgebied van artikel 3, lid 3, zou vallen, dan zou de vraag rijzen of het

daadwerkelijk gaat om een objectief of algemeen verbod dat geen effectbeoordeling van de onrechtmatige praktijk vereist, dan wel of het noodzakelijk is in een kader te voorzien in overeenstemming met de inhoud van overweging 7 om de aanzienlijke beperking van het recht op „open internettoegang” of van de keuzevrijheid van de consument te beoordelen.

- 15 Verzoekster ontkent niet dat met het gereduceerde tarief MyMusic het verkeer anders wordt beheerd naarmate het gaat om de geselecteerde applicaties of andere inhoud op internet, maar terwijl de regelgevende instantie van mening is dat dit op zich voldoende is om te concluderen dat er sprake is van schending van het Unierecht, acht verzoekster het noodzakelijk dat ook wordt gekeken naar andere bepalingen van de verordening. Volgens een letterlijke uitlegging zou de verwijzende rechter tot de slotsom komen dat lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 een op zichzelf staande, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke wettelijke verplichting bevat.
- 16 Indien verzoeksters betoog echter wordt aanvaard, zou artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 op het hoofdgeding van toepassing zijn, wat de vraag zou doen rijzen of het feit dat er sprake is van een commerciële overeenkomst tussen de dienstenaanbieder en de eindgebruiker, die laatstgenoemde uit vrije keuze aangaat, eraan in de weg staat dat het betoog slaagt dat de schending van de rechten van de eindgebruiker objectief en zonder met andere eisen rekening te houden kan worden vastgesteld, aangezien in het onderhavige geval de dienstenaanbieder en de eindgebruiker op verzoek van laatstgenoemde de voorwaarden van de dienst in onderling overleg zijn overeengekomen, wat zou inhouden dat de schending van de rechten van de eindgebruiker slechts kan worden vastgesteld na een individuele controle.
- 17 Bovendien beoogt lid 3 van artikel 3 van verordening 2015/2120 aan de hand van het algemene verbod ook om de rechten van andere personen te beschermen, hoewel hier niet uitdrukkelijk naar wordt verwezen. De verwerende partij betoogt terecht dat verzoekster in casu weliswaar eindgebruikers niet daadwerkelijk discrimineert, maar wel aanbieders van applicaties of inhoud discrimineert. Dit doet ernstige vragen rijzen over verzoeksters argument dat gebaseerd is op de vrijheid van overeenkomst, aangezien die vrijheid kan leiden tot een commerciële overeenkomst tussen de dienstenaanbieder en de eindgebruiker waarmee de rechten van derden worden geschonden. Van een dergelijk gevolg kan echter geen sprake zijn waar het gaat om de bepalingen van het Unierecht inzake netneutraliteit waarin open-internettoegang wordt aangemerkt als een regelgevingsdoel. Wordt dit argument toch aanvaard, dan is de belangrijke vraag aan de orde of reeds het bestaan van discriminatie voldoende is om te kunnen spreken van schending van de voorschriften inzake netneutraliteit, dan wel of ook de effecten ervan moeten worden beoordeeld.