

**Mål C-34/20**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler**

**Datum för ingivande:**

24 januari 2020

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Verwaltungsgericht Köln (Tyskland)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

20 januari 2020

**Klagande:**

Telekom Deutschland GmbH

**Motpart:**

Förbundsrepubliken Tyskland

---

**Saken i det nationella målet**

Telekommunikation, mobiltelefonitaxor, videoströmning, nedsaktning av en kategori av tjänster

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

**Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande**

1. a) Ska artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120, i en situation där en mobiltelefonitaxa som omfattar en månatlig datavolym för mobildatatrafik efter vars konsumtion överföringshastigheten sänks, kan utökas med ett kostnadsfritt taxeanternativ enligt vilket vissa tjänster från telekommunikationsföretagets så kallade innehållspartner kan användas utan att den datavolym som förbrukas genom att dessa tjänster används avräknas från den månatliga datavolym som ingår i mobiltelefonitaxan, men slutkunden samtycker till att bandbredden

begränsas till högst 1,7 Mbit/s för videoströmning oberoende av om det rör sig om videoströmning från innehållspartner eller från andra leverantörer, tolkas på så sätt att överenskommelser om egenskaper för internetanslutningstjänster i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 måste uppfylla kraven i artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120?

b) Om fråga 1 a besvaras jakande: Ska artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som är i fråga i förevarande mål, ska anses utgöra en nedsaktning av en kategori av tjänster?

c) Om fråga 1 b besvaras jakande: Ska begreppet ”nära förestående överbelastning av nätet” i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att denna bestämmelse endast avser (nära förestående) exceptionella eller tillfälliga överbelastningar av nätet?

d) Om fråga 1 b besvaras jakande: Ska artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, kravet på lika behandling av likvärdiga kategorier av trafik utgör hinder för en bandbredds begränsning som bara gäller i samband med ett taxealternativ som kan läggas till, men inte tillämpas i samband med andra mobiltelefonitaxor och dessutom bara gäller för videoströmning? **[Orig. s. 3]**

e) Om fråga 1 b besvaras jakande: Ska artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, en bandbredds begränsning vars giltighet är beroende av att ett taxealternativ läggs till och som slutkunden dessutom när som helst kan stänga av i upp till 24 timmar, uppfyller kravet att en kategori av tjänster bara får saktas ned så länge det är nödvändigt för att uppnå målen med artikel 3.3 tredje stycket leden a–c i förordning (EU) 2015/2120?

2. a) Om fråga 1 b besvaras nekande: Ska artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att, bandbredds begränsningen enbart för videoströmning, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, grundas på objektivet sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet för specifika kategorier av trafik?

b) Om fråga 2 a besvaras jakande: Ska artikel 3.3 andra stycket tredje meningen i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att en identifiering av den datatrafik som hänför sig till videoströmning och sker med hjälp av IP-adresser, protokoll, URL och SNI och genom så kallad pattern matching (mönstermatchning), där viss rubrikinformation jämförs med de värden som är typiska för videoströmning, ska anses utgöra övervakning av det konkreta innehållet i datatrafiken?

3. Om fråga 1 a besvaras nekande: Ska artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 tolkas på så sätt att en bandbredds begränsning enbart för videoströmning, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inskränker

slutanvändarnas rättigheter i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120?

### **Anförda unionsbestämmelser**

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2120 av den 25 november 2015 om åtgärder rörande en öppen internetanslutning och om ändring av direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och av förordning (EU) nr 531/2012 om roaming i allmänna mobilnät i unionen (EUT L 310, 2015, s. 1), särskilt artikel 3

### **Anförda nationella bestämmelser**

Telekommunikationsgesetz (lagen om telekommunikation) av den 22 juni 2004 (BGBl. I, s. 1190), särskilt 126 §

### **Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

- 1 Klaganden, Telekom Deutschland GmbH (nedan kallad Telekom Deutschland), är ett dotterbolag till ett telekommunikationsföretag som bland annat erbjuder sina kunder mobiltelefonitjänster till olika taxor. Kunderna kan sedan den 19 april 2017 till de mobiltelefonitaxor ”MagentaMobil” som de erbjuds av Telekom Deutschland lägga till det kostnadsfria alternativet ”StreamON” (ursprungligen i varianterna ”StreamOn Music”, ”StreamOn Music&Video”, ”MagentaEINS StreamOn Music” och ”MagentaEINS StreamOn Music&Video”). När ”StreamOn” läggs till avräknas inte den datavolym som hänför sig till audio- och videoströmning som genomförs av så kallade innehållspartner till Telekom Deutschland från den avtalade datavolym som ingår i mobiltelefonitaxan för användning av den via mobiltelefoni tillhandahållna internetanslutningen (så kallad zero rating (avgiftsfri trafik)), men när denna datavolym har förbrukats sänks överföringshastigheten generellt. Ett villkor för att delta i zero rating som innehållspartner är i allt väsentligt att de tekniska krav som Telekom Deutschland anger i detalj uppfylls och att ett avtal ingås; Telekom Deutschland kräver ingen avgift av sina innehållspartner.
- 2 När det gäller ”StreamOn Music&Video” samtycker slutkunden vidare till att bandbredden begränsas till högst 1,7 Mbit/s för videoströmning oberoende av om det rör sig om videoströmning från innehållspartner eller från andra leverantörer.
- 3 För att kunna skilja den datatrafik som genereras med utbudet från innehållspartner från den övriga datatrafiken kommer Telekom Deutschland överens om särskiljningskriterier med sina partnerföretag, varvid IP-adresser, protokoll, URI och SNI kommer ifråga. I övrigt identifierar Telekom Deutschland

den datatrafik som hänför sig till videoströmning genom så kallad pattern matching (mönstermatchning), där viss rubrikinformation jämförs med de värden som är typiska för videoströmning.

- 4 Slutkunden kan när som helst stänga av och återaktivera tilläggsalternativet och följaktligen också bandbredds begränsningen, för att med avräkning från den ingående datavolymen åter få maximal överföringskvalitet också för videoströmning. Om kunden inte återaktiverar tilläggsalternativet inom 24 timmar återställer Telekom Deutschland automatiskt standardinställningarna (ingen avräkning från den ingående datavolymen och begränsning av bandbredden). Med ”MagentaEINS StreamOn Music&Video” begränsas däremot inte bandbredden. ”MagentaEINS StreamOn Music&Video” skiljer sig från ”StreamOn Music&Video” genom att detta taxealternativ bara kan läggas till en mobiltelefonitaxa när denna mobiltelefonitaxa är kombinerad med en taxa för fast telefoni inklusive internetanslutningstjänst för detta.
- 5 Samtliga taxealternativ som kan läggas till kan när som helst sägas upp utan uppsägningstid.
- 6 Den 15 december 2017 meddelade Bundesnetzagentur (den federala nätverksbyrån) det omtvistade beslutet. I beslutet slog Bundesnetzagentur fast att sänkningen av dataöverföringshastigheten till högst 1,7 Mbit/s i tilläggsalternativet ”StreamOn” strider mot artikel 3.3 i förordning 2015/2120 och att villkoren för en trafikstyrningsåtgärd enligt artikel 3.3 andra stycket eller tredje stycket led a inte är uppfyllda. Dessutom förbjöds Telekom Deutschland att i tilläggsalternativet ”StreamOn” sänka dataöverföringshastigheten till högst 1,7 Mbit/s och förbjöds att fortsätta använda motsvarande taxevillkor.
- 7 Telekom Deutschlands överklagande av detta beslut avslogs den 8 juni 2018.

### **Parternas huvudargument**

- 8 Telekom Deutschland anser i huvudsak att artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 är det enda prövningskriteriet när det gäller den bandbredds begränsning som följer med det taxealternativ som kan läggas till. Slutanvändarnas rättigheter i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 åsidosätts inte enligt Telekom Deutschland, varför bandbredds begränsningen är tillåten. Något annat blir inte resultatet om – vilket Telekom Deutschland anser vara felaktigt – också artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 används som prövningskriterium. Artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 föreskriver inte någon princip om fullständig likabehandling. Bandbredds begränsning är i varje fall tillåten som en trafikstyrningsåtgärd i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket första meningen i förordning (EU) 2015/2120. Förbudet mot diskriminering och [Orig. s. 7] proportionalitetsprincipen har inte åsidosätts i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120. I överensstämmelse med artikel 3.3 andra stycket tredje meningen övervakas inte

heller innehållet i datatrafiken, och man iakttar kravet att åtgärderna inte får bibehållas längre än vad som är nödvändigt. För övrigt utgör bandbredds begränsning tillåten datakomprimering i den mening som avses i skäl 11 i förordning (EU) 2015/2120.

- 9 Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt Telekom Deutschlands argument.

### **Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs**

- 10 Rättsläget vid tidpunkten för det senaste administrativa beslutet, det vill säga den 8 juni 2018, är avgörande.
- 11 Enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning talar viktiga skäl för att Telekom Deutschland åsidosätter sina skyldigheter enligt förordning (EU) 2015/2120. Rättsläget tycks dock inte vara så klart att inget förhandsavgörande från EU-domstolen behöver begäras.

### **Fråga 1 a**

- 12 Av rättspraxis från Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen framgår följande:
- Överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 ska bedömas mot bakgrund av artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120. Telekom Deutschlands uppfattning att den ifrågasatt bandbredds begränsningen har avtalats mellan Telekom Deutschland och dess slutanvändare och därmed enbart omfattas av artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 kan inte godtas, eftersom artikel 3.2 och 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 inte innehåller några tillämpningsområden som utesluter varandra på så sätt att artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 uttömmande reglerar överenskommelser mellan internetleverantörer och deras slutliga kunder, medan artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 endast avser internetleverantörernas återstående ensidiga åtgärder om vilka inte har avtalats.
  - Begreppen ”diskriminering”, ”begränsningar” och ”störanden” ska förstås som en närmare konkretisering av det allmänna kravet på likabehandling i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket första meningen i förordning (EU) 2015/2120. Med begreppen ”sändare”, ”mottagare”, ”innehåll”, ”applikationer”, ”tjänster” och ”terminalutrustning” förklaras samtidigt uttryckligen att olika behandling på grund av vissa omständigheter inte är tillåten. Därför föreligger diskriminering i ett fall med ett avtal som avser en bandbredds begränsning till högst 1,7 Mbit/s för videoströmning, eftersom det med bandbredds begränsningen för videoströmning godtyckligt görs åtskillnad i tekniskt hänseende i förhållande till andra tjänster och applikationer utifrån typen av använda eller tillhandahållna applikationer eller tjänster.

- Mot detta talar varken skäl 9 i förordningen, som enbart är avsett att förklara de villkor som regleras i artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120 för rimliga trafikstyrningsåtgärder som, trots en eventuell skillnad i behandlingen av datatrafiken, fortfarande ska vara tillåtna som ett systematiskt undantag från artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120, eller skäl 11 i förordningen, vilket avser datakomprimering som får till följd en minskning av datavolymen, men inte en sänkning av dataöverföringshastigheten.
- 13 Det finns emellertid också en uppfattning som står i motsats till rättspraxis från Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen. Följande argument framförs:
- Artikel 3.2 och 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 avser olika regleringsområden, varför så kallad traffic shaping (trafikkvotering) som baseras på avtal ska bedömas enbart mot bakgrund av artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120. I ordalydelsen i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 hänvisas bara till artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120, men inte till artikel 3.3 i denna förordning. Begreppet ”behandla” i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 antyder inte att begreppet överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i denna förordning skulle vara närbesläktat i terminologiskt hänseende.
  - I systematiskt hänseende reglerar artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 slutanvändarnas principiella rättigheter, artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 huvudsakligen befogenheten att ingå privaträttsliga avtal, och artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 internetleverantörernas ensidiga skyldigheter och rättigheter, för vilka det inte krävs något avtal med en slutanvändare. Att åberopa artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 för att bedöma huruvida även överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 är lagliga strider mot detta. Vidare tillåter artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 uttryckligen överenskommelser om kommersiella och tekniska villkor för en internetanslutningstjänst. Artikel 3.3 andra stycket FEUF förbjuder däremot alla trafikstyrningsåtgärder som grundas på ”kommersiella överväganden”. Om överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 skulle prövas även mot bakgrund av artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120, skulle det ge det paradoxala resultatet att slutanvändarna och internetleverantörerna visserligen får ingå avtal om ett kommersiellt villkor för internetanslutning, men att det enligt artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120 inte är tillåtet att vidta en motsvarande trafikstyrningsåtgärd för att genomföra avtalet. Ett sådant resultat förhindras genom att artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 åberopas som enda kriterium för att avgöra huruvida avtal är lagliga och genom att artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 förstås som ett kriterium för att avgöra huruvida ensidiga åtgärder som leverantörer av internetanslutningstjänster vidtar är lagliga. En sådan tolkning

överensstämmer också med meningen och syftet med förordning (EU) 2015/2120, i vilken skyddet av slutanvändarna och deras rättigheter står i centrum.

- 14 Mot bakgrund av de olika sätten att se på förhållandet mellan regleringsområdena i artikel 3.2 och 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 anser Verwaltungsgericht Köln att det behöver klargöras huruvida överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 ska bedömas mot bakgrund av kraven i artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120.

### **Fråga 1 b**

- 15 Under förutsättning att också överenskommelser i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120 ska bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 anser Verwaltungsgericht Köln i detta avseende för det första att det är uppenbart att bandbredds begränsningen till högst 1,7 Mbit/s för videoströmning utgör diskriminering i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120. Uppenbarligen behandlas nämligen inte all trafik likvärdigt i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 när internetanslutningstjänster tillhandahålls.
- 16 Vidare anser Verwaltungsgericht Köln att det rimligen inte kan råda tvivel om att diskriminering i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 bara kan motiveras med stöd av artikel 3.3 andra och tredje styckena i förordning (EU) 2015/2120. Enligt skäl 8 i förordning (EU) 2015/2120 bör leverantörer av internetanslutningstjänster vid tillhandahållandet av dessa tjänster behandla all trafik lika, utan diskriminering, begränsningar eller störningar, oberoende av dess sändare, mottagare eller innehåll, eller vilken applikation, tjänst eller terminalutrustning som används. Enligt de allmänna principerna i unionsrätten och fast rättspraxis får lika situationer inte behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.
- 17 En sådan motivering kommer tydligen bara i fråga under de villkor som anges i artikel 3.3 andra och tredje styckena i förordning (EU) 2015/2120.
- 18 I skäl 8 i förordning (EU) 2015/2120 hänvisas det visserligen i samband med förbudet mot diskriminering i den mening som avses i artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 till allmänna principer i unionsrätten och fast rättspraxis. Verwaltungsgericht Köln utgår emellertid från att en objektiv motivering i den mening som avses i skäl 8 endast är möjlig under de villkor som nämns i artikel 3.3 andra och tredje styckena i förordning (EU) 2015/2120. Varje annan tolkning av artikel 3.3 första stycket i förordning (EU) 2015/2120 skulle nämligen strida mot den tydliga systematiken i artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120.

- 19 Verwaltungsgericht Köln anser i detta sammanhang inte heller att det råder tvivel om att artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 ska ha företräde framför artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120 vid bedömningen.
- 20 Denna bestämmelse föreskriver nämligen enligt sin ordalydelse ett principiellt förbud mot sådana trafikstyrningsåtgärder som är mer långtgående än rimlig praxis i fråga om trafikstyrningsåtgärder i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120. Där nämns uttryckligen nedsaktning av vissa kategorier av tjänster som en åtgärd som är förbjuden för leverantörerna av internetanslutningstjänster, såvida inte villkoren i artikel 3.3 tredje stycket leden a–c i förordning (EU) 2015/2120 är uppfyllda.
- 21 Verwaltungsgericht Köln anser att det i det nu aktuella fallet dock inte är möjligt att utifrån dessa grundläggande antaganden tillräckligt säkert sluta sig till huruvida bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, ska anses utgöra en nedsaktning av en kategori av tjänster i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120.
- 22 Verwaltungsgericht Köln kan rimligen inte utan att tveka utgå från att en bandbredds begränsning som enbart gäller för videoströmning avser en viss kategori av tjänster i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 (*specific content, applications or services, or specific categories thereof, des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services*). Begreppet ”kategori av tjänster” definieras inte i artikel 2 i förordning (EU) 2015/2120. Med begreppen ”specifika kategorier av trafik” och ”likvärdiga kategorier av trafik” innehåller artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120 och artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 dessutom ytterligare begrepp. Dessa begrepp definieras å sin sida inte i artikel 2 i förordning (EU) 2015/2120 och bidrar inte till förståelsen av begreppet kategori av tjänster; i de giltiga språkversionerna av förordning (EU) 2015/2120 används delvis begrepp som är identiska med begreppet kategori av tjänster (*specific categories of traffic, certaines catégories spécifiques de trafic, équivalent categories of traffic, les catégories équivalentes de trafic*).
- 23 Även om Verwaltungsgericht Köln anser att det mesta talar för att en bandbredds begränsning som enbart gäller för videoströmning omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde, eftersom begreppen ”specifikt innehåll, specifika applikationer eller tjänster eller specifika kategorier av dessa” nämns i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120, följer det dock enligt skäl 11 i förordning (EU) 2015/2120 inte av artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 att icke-diskriminerande datakomprimeringstekniker medelst vilka storleken på en fil reduceras utan någon som helst ändring av innehållet skulle vara förbjudna. Enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning talar visserligen det mesta för att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inte utgör en icke-diskriminerande datakomprimeringsteknik i denna bemärkelse, eftersom en sådan



datakomprimering enligt skäl 11 i förordning (EU) 2015/2120 möjliggör en mer effektiv användning av knappa resurser och ska tjäna slutanvändarnas intresse genom att datavolymen minskas, hastigheten ökas och användarnas upplevelse förbättras vid användningen av innehållet i fråga. Verwaltungsgericht Köln anser att dessa villkor inte är uppfyllda i en situation som den som är i fråga i förevarande mål, eftersom bandbredden begränsas.

- 24 Icke desto mindre visar skäl 11 i förordning (EU) 2015/2120 emellertid tydligt att artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 inte utgör hinder för alla åtgärder som leverantörerna av internetanslutningstjänster vidtar och som ska möjliggöra en mer effektiv användning av knappa resurser. På grund av denna omständighet kan Verwaltungsgericht Köln åtminstone, i en sådan situation som den som är ifråga i förevarande mål, rimligen inte utan tveka utgå från att bandbredds begränsningen utgör en nedsaktning av en viss kategori av tjänster i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120. Verwaltungsgericht Köln anser följaktligen att det behöver klargöras huruvida bandbredds begränsningen ska anses utgöra en nedsaktning av en viss kategori av tjänster i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120.

#### *Fråga 1 c*

- 25 Enligt skäl 11 i förordning (EU) 2015/2120 bör artikel 3.3 tredje stycket leden a–c i förordning (EU) 2015/2120 vara föremål för strikta tolknings- och proportionalitetskrav. Specifikt innehåll, specifika applikationer och tjänster såväl som specifika kategorier av dessa bör skyddas på grund av de negativa effekterna på slutanvändarnas val och på innovation av blockering eller andra restriktiva åtgärder som inte omfattas av de motiverade undantagen. Mot bakgrund av detta anser Verwaltungsgericht Köln att det mesta talar för att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inte uppfyller kraven i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120. Det följer nämligen av skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 att artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 möjliggör nödvändiga åtgärder för att undvika en tillfällig överbelastning, det vill säga situationer där en överbelastning håller på att ske, och för att mildra effekterna av överbelastning av nätet, där en sådan överbelastning endast är tillfällig eller sker under exceptionella omständigheter. Tillfällig överbelastning bör enligt detta skäl tolkas som specifika kortvariga situationer, där en plötslig ökning av antalet användare utöver de vanliga användarna eller en plötslig ökning av efterfrågan på ett särskilt innehåll eller särskilda applikationer eller tjänster kan överskrida överföringskapaciteten för vissa delar av nätet och göra resten av nätet mindre reaktivt. Exceptionell överbelastning bör enligt skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 [Orig. s. 24] dessutom tolkas som en hänvisning till oförutsedda och oundvikliga fall av överbelastning. Möjliga orsaker till sådana situationer kan enligt skäl 15 inbegripa tekniska fel, såsom ett avbrott i tjänsten till följd av trasiga kablar eller andra infrastrukturdelar, oväntade ändringar i dirigeringen av

trafiken eller stora ökningar av nättrafiken på grund av nödsituationer eller andra situationer som ligger utanför leverantörerna av internetjänsternas kontroll.

- 26 Verwaltungsgericht Köln anser att den bandbredds begränsning som gäller i samband med tilläggsalternativet för videoströmning inte uppfyller dessa krav, eftersom den inte tillämpas enbart vid tillfälliga eller exceptionella omständigheter. Tvärtom sker bandbredds begränsningen enligt Telekom Deutschland på grund av att nätets befintliga kapacitet endast tillåter varaktig, obegränsad användning av videoströmning upp till en bandbredd på högst 1,7 Mbit/s. Oberoende av om man överhuvudtaget på grundval av ett sådant generellt argument kan utgå från att en överbelastning av nätet är nära förestående, går det inte att se att det föreligger vare sig tillfälliga eller exceptionella omständigheter i den mening som avses i skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120.
- 27 Verwaltungsgericht Köln kan dock rimligen inte utan att tveka utgå från att begreppet ”nära förestående överbelastning av nätet” i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 bara avser en tillfällig eller exceptionell nära förestående överbelastning av nätet.
- 28 I artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 nämns en nära förestående överbelastning av nätet å ena sidan och effekterna av en exceptionell eller tillfällig överbelastning av nätet å andra sidan. Verwaltungsgericht Köln anser därför att det behöver klargöras huruvida adjektiven ”exceptionell” och ”tillfällig” också avser begreppet ”nära förestående överbelastning av nätet”.
- 29 Något som talar för detta är enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning att det i skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 sammanfattningsvis anges att trafikstyrningsåtgärder som är mer långtgående än de rimliga trafikstyrningsåtgärderna är tillåtna ”för att förhindra eller mildra effekterna av tillfällig eller exceptionell överbelastning av nätet”. Enligt detta omfattas uppenbarligen nära förestående överbelastningar av nätet av tillämpningsområdet för artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 endast när de är exceptionella eller tillfälliga. Mindre användbar som bevis är däremot uppgiften i skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 om att återkommande och mer långvarig överbelastning av nätet som varken är exceptionell eller tillfällig inte bör gynnas av undantaget i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120, utan snarare bör hanteras genom utbyggnad av nätets kapacitet. Hänvisningen till en utbyggnad av nätets kapacitet görs enligt Verwaltungsgericht Kölns tolkning enbart för att göra en avgränsning i förhållande till exceptionella och tillfälliga överbelastningar och är därför en senare fråga än frågan huruvida också begreppet ”nära förestående överbelastning av nätet” endast avser exceptionella och tillfälliga situationer.
- 30 Trots det stöd som skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 ger för tolkningen av bestämmelsen anser Verwaltungsgericht Köln att ordalydelsen i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 inte är entydig. Utan ett klargörande

från EU-domstolen kan Verwaltungsgericht Köln därför inte tolka bestämmelsen på så sätt att den endast avser (nära förestående) exceptionella eller tillfälliga överbelastningar av nätet.

### **Fråga 1 d**

- 31 Verwaltungsgericht Köln anser att det mesta talar för att redan den omständigheten att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, bara gäller för tilläggsalternativet ”StreamON Music&Video”, men inte i övrigt och särskilt inte för tilläggsalternativet ”MagentaEins StreamOn Music&Video”, innebär att likvärdiga kategorier av trafik behandlas olika. Bandbredds begränsningen för videoströmning gäller nämligen inte för alla slutanvändare, och följaktligen behandlas inte bara likvärdiga, utan snarare samma kategorier av trafik olika. Dessutom anser Verwaltungsgericht Köln att det också rör sig om en skillnad i behandling av likvärdiga kategorier av trafik vilken omfattas av tillämpningsområdet för artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120, eftersom bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, enbart gäller för videoströmning.
- 32 Begreppet ”likvärdiga kategorier av trafik” (*equivalent categories of traffic, les catégories équivalentes de trafic*) definieras emellertid – vilket påpekats ovan – inte heller i artikel 2 i förordning (EU) 2015/2120. Dessutom överensstämmer begreppet inte med begreppet ”specifika kategorier av trafik” i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120, även om delvis identiska begrepp används i de giltiga språkversionerna av förordning (EU) 2015/2120 (*specific categories of traffic, certaines catégories spécifiques de trafic, équivalent catégories of traffic, les catégories équivalentes de trafic*). Slutligen skiljer sig begreppet från begreppet ”kategori av tjänster” i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 i terminologiskt hänseende.
- 33 Bortsett från vad som anförts ovan kan enligt artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 en nedsaktning av en kategori av tjänster vara tillåten ”så länge” den är nödvändig för att förhindra en nära förestående överbelastning av nätet eller lindra effekterna av en exceptionell eller tillfällig överbelastning av nätet. I skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 hänvisas det vidare till proportionalitetsprincipen, som kräver att trafikstyrningsåtgärder som grundas på artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 behandlar likvärdiga kategorier av trafik lika. Detta medför att Verwaltungsgericht Köln rimligen inte utan att tveka kan **[Orig. s. 27]** avgöra huruvida, i sådana fall som det förevarande, bandbredds begränsningens giltighet strider mot artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 endast när det rör sig om ett taxealternativ som kan läggas till. Även om Verwaltungsgericht Köln anser att inte mycket talar för detta skulle hänvisningen till proportionalitetsprincipen i synnerhet kunna ge intryck av att likvärdiga (och även identiska) kategorier av trafik inte måste behandlas lika vid nedsaktning av en kategori av tjänster, om en

nära förestående överbelastning av nätet kan förhindras redan genom att en kategori av tjänster delvis saktas ned.

- 34 Det behöver följaktligen klargöras huruvida artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120 tillåter en sådan tolkning. Bara under förutsättning att en delvis nedsaktning i ovanstående bemärkelse är tillåten skulle det för övrigt överhuvudtaget ha betydelse huruvida den omständigheten att bandbredds begränsningen gäller endast för tilläggsalternativet ”StreamOn Music&Video”, men inte för tilläggsalternativet ”MagentaEins StreamOn Music&Video”, kan förklaras med att det – i enlighet med Telekom Deutschlands uppfattning – när det gäller tilläggsalternativet ”MagentaEins StreamOn Music&Video” är möjligt att, på grund av den befintliga anslutningen till det fasta nätet, förutse att videoströmningen delvis inte kommer att ske via mobilnätet.

### *Fråga 1 e*

- 35 Verwaltungsgericht Köln anser att det mesta talar för att den tidsmässiga begränsningen i artikel 3.3 tredje meningen led c i förordning (EU) 2015/2120 inte iakttas när bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, i princip är varaktig, men dels är beroende av att ett alternativ läggs till, dels kan stängas av och återaktiveras av slutanvändaren.
- 36 Enligt den tolkning som Verwaltungsgericht Köln gör uppfyller en varaktig bandbredds begränsning nämligen inte syftet med artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120, vilket det följer av skäl 15 i förordning (EU) 2015/2120 är att inte ge leverantörerna av internetanslutningstjänster möjlighet att kringgå det allmänna förbudet mot att blockera, sakta ned, ändra, begränsa, störa, försämma eller diskriminera mellan specifikt innehåll, specifika applikationer eller tjänster eller specifika kategorier av dessa.
- 37 I skälen i förordning (EU) 2015/2120 finns emellertid inga förtydliganden angående villkoret att åtgärder i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 bara är tillåtna ”så länge” de är nödvändiga för att uppnå de mål som nämns i artikel 3.3 tredje stycket leden a–c i förordning (EU) 2015/2120. Även om Verwaltungsgericht Köln anser att det inte finns några övertygande skäl som talar för detta kan man åtminstone rimligen inte, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, utan att tveka utgå från att kravet enligt artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 uppfylls redan genom att bandbredds begränsningen inte tillämpas förrän taxealternativet läggs till och slutanvändaren dessutom när som helst kan stänga av och återaktivera det tillagda taxealternativet.
- 38 Mot denna bakgrund anser Verwaltungsgericht Köln att det behövs klargöranden också beträffande tolkningen av den tidsmässiga begränsningen i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120.

**Fråga 2**

- 39 Om bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inte strider mot artikel 3.3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120, behöver, förutom tolkningsfrågorna 1 b–e, frågan huruvida bandbredds begränsningen utgör en tillåten trafikstyrningsåtgärd i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120 klargöras.

**Fråga 2 a**

- 40 Enligt skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120 får leverantörer av internetanslutningstjänster genomföra trafikstyrningsåtgärder som gör åtskillnad mellan objektivet olika kategorier av trafik i syfte att optimera den övergripande överföringskvaliteten. För att den övergripande kvaliteten och användarupplevelsen ska optimeras bör varje sådan åtskillnad endast tillåtas på grundval av objektivet olika krav på tjänstens tekniska kvalitet (till exempel när det gäller svarstid, jitter, paketförluster och bandbredd) för de specifika kategorierna av trafik och inte på grundval av kommersiella överväganden. Målet med rimlig trafikstyrning är att bidra till en effektiv användning av nätresurser och till en optimering av den övergripande överföringskvaliteten som svarar mot objektiva skillnader mellan kraven på tjänstens tekniska kvalitet för särskilda kategorier av trafik och därmed för det innehåll, de applikationer och de tjänster som överförs.
- 41 Mot denna bakgrund talar enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning det mesta för att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inte baseras på objektivet sett olika tekniska krav vad gäller kvaliteten på tjänsten för specifika kategorier av trafik i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120. I faktiskt hänseende skiljer sig nämligen kraven för videoströmning när det gäller svarstid, jitter, paketförluster och bandbredd inte från dataöverföring för användning av andra applikationer eller tjänster. Videoströmning skiljer sig från dataöverföring för användning av andra applikationer eller tjänster endast genom att den så kallade adaptive bitrate-tekniken används regelbundet.
- 42 Verwaltungsgericht Köln anser att det emellertid inte rör sig om objektivet sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet för specifika kategorier av trafik i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120. Detsamma gäller beträffande den omständigheten att videoströmning – vilket Telekom Deutschland har gjort gällande – är en potentiellt bandbreddsintensiv tillämpning. Enbart detta räcker enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning inte för att anse att varje trafikstyrningsåtgärd måste grundas på objektivet sett skilda tekniska krav på kvaliteten på tjänsten för specifika kategorier av trafik.
- 43 Att en bandbredds begränsning för videoströmning inte grundas på objektivet sett skilda tekniska krav på kvaliteten på tjänsten för specifika kategorier av trafik i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning

(EU) 2015/2120 visar sig för övrigt enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning också genom att bandbredds begränsningen tillämpas bara i samband med ett taxealternativ som kan läggas till, men inte annars, och slutanvändaren dessutom när som helst kan stänga av och återaktivera det tillagda taxealternativet.

- 44 Verwaltungsgericht Köln kan ändå rimligen inte bedöma detta slutgiltigt utan att tveka. Detta beror för det första på att begreppet ”specifik kategori av trafik” (*specific categories of traffic, certaines catégories spécifiques de trafic*) – vilket påpekats ovan – inte definieras i artikel 2 i förordning (EU) 2015/2120. Dessutom överensstämmer begreppet inte med begreppet ”likvärdiga kategorier av trafik” i den mening som avses i artikel 3.3 tredje stycket led c i förordning (EU) 2015/2120, fastän delvis identiska begrepp används i de giltiga språkversionerna av förordning (EU) 2015/2120 (*specific categories of traffic, certaines catégories spécifiques de trafic, equivalent categories of traffic, les catégories équivalentes de trafic*). Vidare skiljer sig begreppet ”likvärdiga kategorier av trafik” från begreppet ”kategori av tjänster” i den mening som avses i artikel 3 tredje stycket i förordning (EU) 2015/2120 i terminologiskt hänseende.
- 45 Det ska tilläggas att bestämmelsen i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120 om att trafikstyrningsåtgärder ska grundas på objektiva skillnader mellan kraven på tjänstens tekniska kvalitet bara definieras som ett exempel i skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120. Också av denna anledning kan Verwaltungsgericht Köln inte slutgiltigt slå fast att bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, inte grundas på objektivet sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet för specifika kategorier av trafik i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket i förordning (EU) 2015/2120.
- 46 Innebörden i begreppet ”objektivt sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet” kan inte heller anses vara tillräckligt klargjord, eftersom leverantörerna av internetanslutningstjänster enligt skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120 får tillämpa trafikstyrningsåtgärder för att optimera den övergripande överföringskvaliteten. Med samma formulering anges i skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120 att trafikstyrningsåtgärder ska optimera den övergripande överföringskvaliteten och användarupplevelsen. Verwaltungsgericht Köln anser att detta inte i sig är tillräckligt för att klargöra hur man ska tolka kravet i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120 att trafikstyrningsåtgärder ska grundas på objektivet sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet för specifika kategorier av trafik. Skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120 anknyter självt till detta krav endast genom att ange att målet med rimlig trafikstyrning är att ”bidra till en effektiv användning av nätresurser och till en optimering av den övergripande överföringskvaliteten som svarar mot objektiva skillnader mellan kraven på tjänstens tekniska kvalitet för särskilda kategorier av trafik och därmed för det innehåll, de applikationer och de tjänster som överförs”. Inte heller med stöd av skäl 9 i förordning (EU) 2015/2120 kan följaktligen innebörden i begreppet ”objektivt sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet” fastställas tillräckligt tydligt.

- 47 Mot bakgrund av det ovan anförda behöver det klargöras huruvida bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, uppfyller kravet i artikel 3.3 andra stycket andra meningen i förordning (EU) 2015/2120 att trafikstyrningsåtgärder ska grundas på objektivet sett skilda krav på tjänstens tekniska kvalitet för specifika kategorier av trafik.

### **Fråga 2 b**

- 48 I artikel 2 i förordning (EU) 2015/2120 definieras inte begreppet otillåten övervakning av den specifika datatrafiken i den mening som avses i artikel 3.3 andra stycket tredje meningen i denna förordning. I skäl 10 i förordningen förklaras endast att en rimlig trafikstyrning inte kräver tekniker som övervakar det specifika innehållet i datatrafik som överförs via internetaccess-tjänsten.
- 49 Verwaltungsgericht Köln saknar således tillräckliga uppgifter för att kunna närmare fastställa det normativa innehållet i artikel 3.3 andra stycket tredje meningen i förordning (EU) 2015/2120. Verwaltungsgericht Köln kan därför rimligen inte utan att tveka avgöra huruvida den ifrågavarande bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, förekommer tillsammans med otillåten övervakning av den konkreta datatrafiken, om man utnyttjar tekniska uppgifter från IP-adresser och/eller protokoll och/eller URL och/eller SNI (för HTTPS) och/eller de öppna nycklar som (i förekommande fall) används för HTTPS-kryptering och/eller tekniska uppgifter som leverantörer eller deras tillhandahållare av tjänster använder.

### **Fråga 3**

- 50 Om bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, ska bedömas endast mot bakgrund av artikel 3.2 i förordning (EU) 2015/2120, men inte mot bakgrund av artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120, anser Verwaltungsgericht Köln att det behöver klargöras huruvida slutanvändarnas rättigheter enligt artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 åsidosätts genom bandbredds begränsningen. Enligt denna bestämmelse ska slutanvändare ha rätt att via sin internetanslutningstjänst ha tillgång till och distribuera information och innehåll, använda och tillhandahålla applikationer och tjänster och använda terminalutrustning efter eget val, oavsett var slutanvändaren eller leverantören befinner sig och oavsett informationens, innehållets, applikationens eller tjänstens lokalisering, ursprung eller destination.
- 51 Verwaltungsgericht Köln anser till att börja med att det inte har klargjorts tillräckligt mot bakgrund av Berecs riktlinjer huruvida bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, ska anses utgöra en inskränkning av slutanvändarnas rättigheter enligt artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120. I Berecs riktlinjer finns visserligen ett påpekande om att vissa tekniska omständigheter strider mot artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120. Enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning är det emellertid inte möjligt att med

definitiv säkerhet dra slutsatsen att artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 åsidosätts just genom en bandbredds begränsning.

- 52 Detsamma gäller beträffande antagandet i Berecs riktlinjer att ett åsidosättande av artikel 3.3 i förordning (EU) 2015/2120 samtidigt kan innebära att artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 överträds – något som dessutom inte uttryckligen framgår av förordning (EU) 2015/2120.
- 53 I vissa fall kritiserar redan tilläggsalternativet som sådant, eftersom slutanvändarna tvingas använda tjänster från så kallade innehållspartner. Särskilt enligt Berecs riktlinjer är så kallade zero rating-erbjudanden (erbjudanden om avgiftsfri trafik) dock inte i sig oförenliga med artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120. I den mån icke-diskriminerande tillgång till avgiftsfri trafik garanteras för innehållsleverantörer och inte heller någon separat avgift tas ut för avgiftsfri trafik anses sådana erbjudanden i allmänhet vara tillåtna också oberoende av Berecs riktlinjer.
- 54 Det har slutligen dock inte klargjorts definitivt huruvida just bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, ska anses utgöra en inskränkning av slutanvändarnas rättigheter i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120. Diskussionen hittills beträffande detta kan sammanfattas enligt följande: Den konkreta utformningen av så kallad trafikkvotering anses vara avgörande. Om slutanvändaren – så som i det nu aktuella fallet – kan stänga av och återaktivera trafikkvotering (tillsammans med avgiftsfri trafik) anses det inte att artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 åsidosätts genom bandbredds begränsningen, eftersom slutanvändarna – enligt motiveringen – självständigt kan bestämma hur de vill använda sin internetanslutning. Om användarna får ytterligare ett alternativ och själva råder över beslutet, talar detta inte för att deras valfrihet inskränks, utan för att deras handlingsalternativ utökas.
- 55 Bestämmelsens ordalydelse och skälen i förordning (EU) 2015/2120 tyder vad gäller detta övervägande inte på att ett åsidosättande av slutanvändarnas rättigheter kan uteslutas på grund av att deras handlingsalternativ, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, utökas genom det taxealternativ som kan läggas till. Detsamma gäller beträffande frågan huruvida innehållsleverantörernas rättigheter åsidosätts genom att de inte längre kan sända sitt utbud till alla slutanvändare med bästa möjliga tekniska kvalitet. Den omständigheten att det i artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120 hänvisas till slutanvändarnas ("sin") internetanslutningstjänst gör det inte heller möjligt att ge ett definitivt svar på tolkningsfrågan, eftersom det av detta inte går att dra några slutsatser beträffande innehållsleverantörernas eventuella rättsliga ställning. I diskussionen om så kallad trafikkvotering har det – i den mån det går att se – hittills inte tagits hänsyn till att leverantörer av videoströmningstjänster och andra innehållsleverantörer behandlas olika i den situation som är i fråga i förevarande mål.



- 56 Mot denna bakgrund anser Verwaltungsgericht Köln att det behövs ett klargörande från Europeiska unionens domstol av frågan huruvida bandbredds begränsningen, i en sådan situation som den som är i fråga i förevarande mål, ska anses utgöra en inskränkning av slutanvändarnas rättigheter i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning (EU) 2015/2120.

ARBETSDOKUMENT