

Věc C-34/20

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

24. ledna 2020

Předkládající soud:

Verwaltungsgericht Köln (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

20. ledna 2020

Žalobkyně:

Telekom Deutschland GmbH

Žalovaná:

Spolková republika Německo

Předmět původního řízeníTelekomunikace, mobilní tarify, *video streaming*, zpomalování určité kategorie služeb**Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

Výklad unijního práva, článek 267 SFEU

Předběžné otázky

1. a) Musí být čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 v případě, že mobilní tarif, který stanoví základní měsíční objem dat pro mobilní datový provoz, který je v něm zahrnut a po jehož vyčerpání dojde ke snížení přenosové rychlosti, lze rozšířit o bezplatné tarifní zvýhodnění, na jehož základě lze využívat určité služby tak zvaných partnerských poskytovatelů obsahu dotčené telekomunikační společnosti, aniž by se data spotřebovaná v důsledku využívání těchto služeb započítávala do objemu dat přenesených v rámci základního měsíčního objemu

dat dotčeného mobilního tarifu, přičemž konečný zákazník ale bez ohledu na to, zda se jedná o *video streaming* obsahů partnerských poskytovatelů obsahu, nebo ostatních poskytovatelů, souhlasí s omezením šířky pásma pro *video streaming* na maximálně 1,7 Mb/s, vykládán v tom smyslu, že dohody o vlastnostech služeb přístupu k internetu ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 musí splňovat požadavky uvedené v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120?

b) V případě kladné odpovědi na otázku 1 a): Musí být čl. 3 odst. 3 třetí pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 vykládán v tom smyslu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávaném případě, je nutno omezení šířky pásma považovat za zpomalování určité kategorie služeb?

c) V případě kladné odpovědi na otázku 1 b): Musí být pojem „hrozící přetížení sítě“ ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 vykládán v tom smyslu, že zahrnuje pouze (hrozící) výjimečná nebo dočasná přetížení sítě?

d) V případě kladné odpovědi na otázku 1 b): Musí být ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 vykládáno v tom smyslu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, požadavek, aby bylo s rovnocennými kategoriemi provozu nakládáno stejně, brání omezení šířky pásma, které je uplatňováno pouze v případě jednoho volitelného zvýhodnění, nikoli ale v případě ostatních mobilních tarifů, a které se navíc vztahuje pouze na *video streaming*?

e) V případě kladné odpovědi na otázku: 1 b): Musí být čl. 3 odst. 3 třetí pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 vykládán v tom smyslu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, omezení šířky pásma, jehož uplatňování je závislé na aktivaci volitelného zvýhodnění a které navíc konečný zákazník kdykoliv může až na 24 hodin deaktivovat, splňuje požadavek, že určitou kategorii služeb lze zpomalovat pouze na nezbytně nutnou dobu za účelem dosažení cílů uvedených v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. a) až c) nařízení (EU) 2015/2120?

2. a) V případě záporné odpovědi na otázku: 1 b): Musí být ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120 vykládáno v tom smyslu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, je omezení šířky pásma pouze pro *video streaming* založeno na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb?

b) V případě kladné odpovědi na otázku 2 a): Musí být ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce třetí věty nařízení (EU) 2015/2120 vykládáno v tom smyslu, že identifikace datového provozu připadajícího na *video streaming* na základě IP adres, protokolů, URL a SNI, jakož i prostřednictvím tak zvaného *pattern matchingu*, při němž se určité informace obsažené v *headers* porovnávají s hodnotami typickými pro *video streaming*, představuje sledování konkrétního obsahu provozu?

3. V případě záporné odpovědi na otázku 1 a): Musí být čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120 vykládán v tom smyslu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, omezení šířky pásma vztahující se pouze na *video streaming* omezuje právo koncových uživatelů ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120?

Relevantní ustanovení unijního práva

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 ze dne 25. listopadu 2015, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu a mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a nařízení (EU) č. 531/2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii (Úř. věst. 2015, L 310, s. 1), konkrétně článek 3

Relevantní vnitrostátní ustanovení

Telekommunikationsgesetz (zákon o telekomunikacích) ze dne 22. června 2004 (BGBl. I, s. 1190), konkrétně § 126

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Žalobkyně je dceřiná společnost telekomunikačního podniku, která svým zákazníkům mj. nabízí mobilní komunikační služby, a to v rámci různých tarifů. K mobilním tarifům „MagentaMobil“, které nabízí, si zákazníci od 19. prosince 2017 mohou bezplatně aktivovat zvýhodnění „StreamOn“ (původně ve variantách „StreamOn Music“, „StreamOn Music&Video“, „MagentaEINS StreamOn Music“ a „MagentaEINS StreamOn Music&Video“). V případě aktivace zvýhodnění „StreamOn“ se objem dat připadající na *audio* a *video streaming* tzv. partnerských poskytovatelů obsahu žalobkyně nezapočítá do základního objemu dat, který byl v rámci příslušného mobilního tarifu smluvně sjednán pro využívání mobilního internetového připojení (tzv. *zero-rating*), po jehož vyčerpání se obecně snižuje přenosová rychlost. Podmínkou účasti partnerských poskytovatelů obsahu na *zero-ratingu* je v podstatě splnění technických podmínek podrobně stanovených žalobkyní, jakož i uzavření smlouvy; úplatu žalobkyně od partnerských poskytovatelů obsahu nevyžaduje.
- 2 V případě zvýhodnění „StreamOn Music&Video“ konečný zákazník dále bez ohledu na to, zda se jedná o *video streaming* obsahů partnerských poskytovatelů obsahu, nebo ostatních poskytovatelů, souhlasí s omezením šířky pásma pro *video streaming* na maximálně 1,7 Mb/s.
- 3 Aby žalobkyně mohla odlišit datový provoz, generovaný obsahem nabízeným partnerskými poskytovateli obsahu, od ostatního datového provozu, sjednává se svými partnerskými podniky kritéria odlišitelnosti, přičemž v úvahu přicházejí IP

adresy, protokoly, URI a SNI. Mimoto žalobkyně datový provoz připadající na *video streaming* identifikuje metodou tak zvaného *pattern matchingu*, při němž porovnává určité informace obsažené v *headers* s hodnotami typickými pro *video streaming*.

- 4 Konečný zákazník může dané volitelné zvýhodnění, a tudíž i omezení šířky pásma kdykoli deaktivovat a opět aktivovat, aby i u *video streamingu* byla za současného započítávání spotřebovaných dat do základního objemu dat konečného zákazníka znovu možná maximální kvalita přenosu. Pokud ze strany zákazníka do 24 hodin nedojde k opětovné aktivaci, žalobkyně automatizovaně obnoví standardní nastavení (nezapočítávání spotřebovaných dat do základního objemu dat a omezení šířky pásma). Naproti tomu v případě zvýhodnění „MagentaEINS StreamOn Music&Video“ k omezení šířky pásma nedochází. Zvýhodnění „MagentaEINS StreamOn Music&Video“ se od zvýhodnění „StreamOn Music&Video“ liší tím, že toto volitelné zvýhodnění lze k mobilnímu tarifu aktivovat pouze v případě, že je tento mobilní tarif kombinován s tarifem pro pevnou síť, a to včetně příslušné služby přístupu k internetu.
- 5 Veškerá volitelná zvýhodnění lze kdykoli ukončit, aniž by bylo třeba dodržet nějakou výpovědní lhůtu.
- 6 Dne 15. prosince 2017 Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro sítě, Německo) vydala rozhodnutí, které je předmětem sporu. Konstatovala v něm, že snížení rychlosti přenosu dat u streamování videí v rámci volitelného zvýhodnění „StreamOn“ na maximálně 1,7Mb/s je v rozporu s čl. 3 odst. 3 nařízení 2015/2120 a že nejsou splněny podmínky pro zavedení opatření řízení provozu podle ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nebo třetího pododstavce písm. a). Kromě toho žalobkyni zakázala snižování rychlosti přenosu dat v rámci volitelného zvýhodnění „StreamOn“ na maximálně 1,7Mb/s a další používání příslušných tarifních ujednání.
- 7 Opravný prostředek, který žalobkyně podala proti tomuto rozhodnutí, byl dne 8. června 2018 zamítnut.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 8 Žalobkyně je v podstatě toho názoru, že jediným kritériem přezkumu omezení šířky pásma spojeného s uvedeným volitelným zvýhodněním je čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120. Práva koncových uživatelů ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120 nejsou porušována, a proto je omezení šířky pásma přípustné. K jinému závěru nelze dospět, ani pokud se – což žalobkyně považuje za nesprávné – jako kritérium přezkumu použije rovněž čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120. Článek 3 odst. 3 první pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 podle žalobkyně neupravuje zásadu úplně stejného nakládání. V každém případě je dotčené omezení šířky pásma přípustné jakožto opatření řízení provozu ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce první věty nařízení (EU) 2015/2120. Nejedná se o porušení zákazu diskriminace ani zásady proporcionality ve smyslu

ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120. V souladu s ustanovením čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce třetí věty nařízení (EU) 2015/2120 ani není sledován obsah datového provozu a je rovněž respektován požadavek, že se musí jednat pouze o nezbytně nutnou dobu. Mimoto se v případě dotčeného omezení šířky pásma jedná o přípustnou datovou kompresi ve smyslu bodu 11 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120.

- 9 Žalovaná argumentaci žalobkyně zpochybňuje.

Stručné shrnutí odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 10 Rozhodný je právní stav existující v době vydání posledního správního rozhodnutí, tj. ke dni 8. června 2018.
- 11 Podle [předkládajícího] soudu svědčí ve prospěch názoru, že žalobkyně porušuje povinnosti, které pro ni vyplývají z nařízení (EU) 2015/2120, závažné důvody. Právní stav se však nejeví jako natolik zřejmý, aby mohlo být upuštěno od předložení žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce Soudnímu dvoru.

K otázce 1. a)

- 12 Z judikatury Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Vrchní správní soud spolkové země Severní Porýní-Vestfálsko, Německo) vyplývá následující:
- Dohody ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 musí být posuzovány z hlediska požadavků uvedených v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120. Názor žalobkyně, že předmětné omezení šířky pásma je mezi ní a jejími konečnými zákazníky ujednáno smluvně a spadá tedy výlučně do působnosti čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120, neobstojí, jelikož ustanovení čl. 3 odst. 2 a 3 nařízení (EU) 2015/2120 neobsahují žádné vzájemně se vylučující oblasti působnosti v tom smyslu, že by čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 komplexně upravoval přípustnost smluvních ujednání mezi poskytovateli přístupu k internetu a jejich konečnými zákazníky, zatímco čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120 by se zaměřoval pouze na jednostranná opatření poskytovatelů přístupu k internetu, která v takovém případě ještě zůstávají smluvně neupravena.
 - Pojmy „diskriminace“, „omezení“ nebo „narušování“ je třeba chápat jako bližší upřesnění obecného požadavku rovného zacházení ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce první věty nařízení (EU) 2015/2120. Zároveň jsou za použití pojmů „odesílatel“, „příjemce“, „obsah“, „aplikace“, „služby“ nebo „konecová zařízení“ za nepřipustná výslovně prohlášena určitá kritéria příznačná pro diskriminaci. Proto se v případě dohody, jejímž předmětem je omezení šířky pásma pro *video streaming* na maximálně 1,7 Mb/s, jedná o diskriminaci v rozsahu, v němž prostřednictvím omezení šířky pásma pro *video streaming* dochází ke

svévolnému technickému rozlišování podle druhu používaných, respektive poskytovaných aplikací nebo služeb.

- V neprospěch uvedeného nesvědčí ani bod 9 odůvodnění nařízení, který slouží pouze k objasnění podmínek opatření přiměřeného řízení provozu upravených v čl. 3 odst. 3 druhém pododstavci nařízení (EU) 2015/2120, která mají být navzdory případné diskriminaci datového provozu bez ohledu na čl. 3 odst. 3 první pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 nadále přípustná, ani bod 11 odůvodnění nařízení, který se týká datové komprimace, která má za následek zmenšení objemu dat, nikoli ale zmenšení rychlosti přenosu dat.
- 13 Existuje ovšem i názor, který je v rozporu s judikaturou Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Vrchní správní soud spolkové země Severní Porýní-Vestfálsko) a který se opírá o následující argumenty:
- Odstavce 2 a 3 článku 3 nařízení (EU) 2015/2120 upravují různé oblasti, takže tak zvaný *traffic shaping*, k němuž dochází na základě smluvních ujednání, se musí posuzovat výlučně z hlediska čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120. Znění čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 odkazuje pouze na čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120, nikoli na čl. 3 odst. 3 tohoto nařízení. Z pojmu „nakládají“ ve smyslu čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 nelze dovodit terminologickou blízkost k pojmu „dohody“ ve smyslu čl. 3 odst. 2 tohoto nařízení.
 - Ze systematického hlediska čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120 upravuje zásadní práva koncových uživatelů, čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 v podstatě upravuje oprávnění uzavírat soukromoprávní dohody a čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120 jednostranné povinnosti a práva poskytovatelů přístupu k internetu, k nimž není třeba vzájemné dohody s koncovým uživatelem. Uplatňování požadavků uvedených v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120 rovněž na posuzování legality dohod ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 by bylo s tímto v rozporu. Článek 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 dále výslovně povoluje dohody o obchodních a technických podmínkách služeb přístupu k internetu. Článek 3 odst. 3 druhý pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 naproti tomu zakazuje všechna opatření řízení provozu „založená na obchodních cílech“. Pokud by dohody ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 bylo třeba posuzovat z hlediska požadavků, které jsou uvedeny rovněž v 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120, vedlo by to k paradoxnímu výsledku, že by koncový uživatel a poskytovatel přístupu k internetu sice mohli uzavřít smlouvu o obchodních podmínkách přístupu k internetu, ale podle čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 by bylo nepřípustné provádět za účelem plnění smlouvy příslušná opatření řízení provozu. Takovému výsledku se zabrání tím, že se jako jediné kritérium legality smluvních ujednání použije čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 a že se čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120 chápe jako kritérium legality jednostranných opatření poskytovatelů přístupu k internetu. Takovýto výklad je rovněž v souladu se

smyslem a účelem nařízení (EU) 2015/2120, jejichž středobodem je ochrana koncového uživatele a jeho práv.

- 14 S ohledem na rozdílné pohledy týkající se vztahu oblastí úpravy odstavce 2 a odstavce článku 3 nařízení (EU) 2015/2120, je podle názoru [předkládajícího] soudu třeba objasnit, zda se dohody ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 musí posuzovat z hlediska požadavků uvedených v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120.

K otázce 1. b)

- 15 Za předpokladu, že i dohody ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120 je třeba posuzovat z hlediska požadavků uvedených v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120, považuje [předkládající] soud v tomto ohledu předně za zjevné, že omezení šířky pásma pro *video streaming* na maximálně 1,7 Mb/s představuje nestejně nakládání ve smyslu čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120. S veškerým provozem při poskytování služeb přístupu k internetu se v tomto ohledu totiž očividně nenakládá stejně ve smyslu čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.
- 16 Dále podle názoru [předkládajícího] soudu nelze mít rozumně pochybnosti o tom, že nestejně nakládání ve smyslu čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 lze odůvodnit pouze za dodržení čl. 3 odst. 3 druhého a třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120. Podle bodu 8 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 při poskytování služeb přístupu k internetu mají poskytovatelé těchto služeb nakládat s veškerým provozem stejně, bez diskriminace, omezení či narušování, nezávisle na odesílateli, příjemci, obsahu, aplikaci, službě nebo koncovém zařízení. V souladu s obecnými zásadami práva Unie a ustálenou judikaturou by s provozem ve srovnatelných situacích nemělo být nakládáno rozdílně a s provozem v rozdílných situacích by nemělo být nakládáno stejně, s výjimkou případů, kdy je takové nakládání objektivně odůvodněno.
- 17 Takové odůvodnění zjevně přichází v úvahu pouze za podmínek uvedených v čl. 3 odst. 3 druhém a třetím pododstavci nařízení (EU) 2015/2120.
- 18 Bod 8 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 sice v souvislosti se zákazem nestejného nakládání ve smyslu čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 odkazuje na obecné zásady práva Unie a ustálenou judikaturu. [Předkládající] soud však má za to, že objektivní odůvodnění ve smyslu bodu 8 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 je možné výlučně za podmínek uvedených čl. 3 odst. 3 druhém a třetím pododstavci nařízení (EU) 2015/2120. Jakýkoli jiný výklad čl. 3 odst. 3 prvního pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 by totiž byl v rozporu se systematickou patrnou v čl. 3 odst. 3 (EU) 2015/2120.
- 19 V návaznosti na to [předkládající] soud nepovažuje za spornou ani okolnost, že čl. 3 odst. 3 třetí pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 je třeba zkoumat přednostně před čl. 3 odst. 3 druhým pododstavcem nařízení (EU) 2015/2120.

- 20 Toto ustanovení totiž podle svého znění stanoví principiální zákaz takových opatření řízení provozu, která jdou nad rámec postupů přiměřeného řízení provozu ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nařízení (EU) 2015/2120, a výslovně přitom jako opatření, které je v případě, že nejsou splněny podmínky uvedené v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. a) až c) nařízení (EU) 2015/2120, poskytovatelům služeb přístupu k internetu zakázáno, uvádí zpomalování kategorií služeb.
- 21 S ohledem na tyto základní předpoklady ovšem v projednávaném případě podle názoru [předkládajícího] soudu nelze z nařízení (EU) 2015/2120 dostatečně jasně dovodit, zda je v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, omezení šířky pásma třeba kvalifikovat jako zpomalování kategorie služeb ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.
- 22 [Předkládající s]oud ani nemůže rozumně a bez pochybností vycházet z toho, že se omezení šířky pásma, které se vztahuje výlučně na *video streaming*, dotýká kategorie služeb [pozn. překl.: v německém znění „*Dienstekategorie*“] ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (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*“). Pojem „kategorie služeb“ není v článku 2 nařízení (EU) 2015/2120 definován. Navíc ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120 a čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120, ve kterých je jednak uveden pojem „určité kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*bestimmte Datenverkehrskategorien*“], a jednak pojem „rovnocenné kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*gleichwertige Verkehrsarten*“], obsahují další pojmy. Tyto pojmy samy nejsou definovány v článku 2 nařízení (EU) 2015/2120 a navíc nepřispívají k pochopení pojmu kategorie služeb; v tomto ohledu jsou totiž v závazných jazykových zněních nařízení (EU) 2015/2120 [na rozdíl od německého znění] používány pojmy, které se částečně shodují s pojmem kategorie služeb („*specific categories of traffic*“, „*certaines catégories spécifiques de trafic*“, „*équivalent categories of traffic*“, „*les catégories équivalentes de trafic*“).
- 23 Ačkoli podle názoru [předkládajícího] soudu převažují argumenty ve prospěch toho, že s ohledem na uvedení pojmů „konkrétní obsah, aplikace nebo služby“ a „jejich konkrétní kategorie“ v čl. 3 odst. 3 třetím pododstavci nařízení (EU) 2015/2120, omezení šířky pásma, které se vztahuje pouze na *video streaming*, spadá do oblasti působnosti daného ustanovení, podle bodu 11 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 z čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 nevyplývá zákaz nediskriminačních technik datové komprese, které zmenšují velikost datového souboru bez jakékoli změny obsahu. Podle názoru [předkládajícího] soudu ovšem převažují argumenty ve prospěch toho, že se v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, v případě omezení šířky pásma nejedná o nediskriminační techniku datové komprese v tomto smyslu, jelikož podle bodu 11 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 má tato komprese umožnit účinnější využívání nedostatkových zdrojů a sloužit zájmu koncových

uživatelů snižováním objemu dat, zvyšováním rychlosti a zlepšováním zkušeností s využíváním dotčeného obsahu, aplikací nebo služeb. Tyto podmínky nejsou podle názoru [předkládajícího] soudu v takové situaci, o jakou se jedná v projednávaném případě, ve vztahu k omezení šířky pásma splněny.

- 24 Z bodu 11 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 je ale nicméně patrné, že čl. 3 odst. 3 třetí pododstavec nařízení (EU) 2015/2120 nebrání veškerým opatřením poskytovatelů služeb přístupu k internetu, která směřují k účinnějšímu využívání nedostatkových zdrojů. Na základě této okolnosti [předkládající] soud nemůže – přinejmenším nikoli rozumně a bez pochybností – vycházet z toho, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, představuje omezení šířky pásma zpomalování kategorie služeb ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120. Podle názoru [předkládajícího] soudu je proto třeba objasnit, zda je dotčené omezení šířky pásma nutno považovat za zpomalování kategorie služeb ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.

K otázce 1. c)

- 25 Podle bodu 11 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 musí být ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. a) až c) nařízení (EU) 2015/2120 vykládána restriktivně a vztahují se na ně požadavky proporcionality. Konkrétní obsah, aplikace a služby, jakož i jejich konkrétní kategorie, mají být chráněny, protože jejich blokování či jiná omezující opatření, která nespádají pod odůvodněné výjimky, by měla nepříznivý dopad na možnost volby pro koncové uživatele a možné inovace. S ohledem na výše uvedené podle názoru [předkládajícího] soudu převažují argumenty ve prospěch toho, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávaném případě, nesplňuje dotčené omezení šířky pásma požadavky uvedené v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120. Podle bodu 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 totiž ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 umožňuje opatření nezbytná pro to, aby se zabránilo hrozícímu přetížení sítě, tedy v situacích, kdy má k přetížení právě dojít, a aby se zmírnily účinky přetížení sítě, pokud k takovému přetížení dochází pouze dočasně či za výjimečných okolností. Za dočasné přetížení je podle tohoto bodu odůvodnění třeba považovat konkrétní krátkodobé situace, kdy náhlý nárůst počtu uživatelů nad rámec pravidelných uživatelů nebo náhlý nárůst poptávky po určitém obsahu, aplikacích či službách mohou překročit přenosovou kapacitu některých prvků sítě, a zpomalit tak reakce zbytku sítě. Za výjimečné přetížení je podle bodu 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 dále třeba považovat nepředvídatelné a nevyhnutelné situace přetížení. Příčinou těchto situací může podle uvedeného bodu odůvodnění být například technický nedostatek, jako je výpadek služby kvůli přerušeným kabelům či jiným prvkům infrastruktury, neočekávané přesměrování provozu či rozsáhlé nárůsty provozu v síti následkem nouzových či jiných situací, které poskytovatelé služeb přístupu k internetu nemohou ovlivnit.
- 26 Omezení šířky pásma, které se v projednávané věci v případě dotčeného volitelného zvýhodnění vztahuje na *video streaming*, podle názoru

[předkládajícího] soudu tyto požadavky nesplňuje již proto, že není uplatňováno pouze v případě dočasných nebo výjimečných okolností. Podle informací žalobkyně k dotčenému omezení šířky pásma naopak dochází proto, že kapacita sítě, která je k dispozici, umožňuje trvalé neomezené využívání *video streamingu* pouze do maximální šířky pásma 1,7 Mb/s. Bez ohledu na to, zda na základě takového obecného argumentu vůbec lze vycházet z toho, že se jedná o hrozící přetížení sítě, každopádně nejsou v této souvislosti patrné ani dočasné, ani výjimečné okolnosti ve smyslu bodu 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120.

- 27 [Předkládající s]oud ovšem není s to rozumně a bez pochybností vycházet z toho, že se pojem „hrozící přetížení sítě“ ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 týká pouze dočasného nebo výjimečného hrozícího přetížení sítě.
- 28 Znění ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 totiž uvádí jednak hrozící přetížení sítě a jednak účinky výjimečného nebo dočasného přetížení sítě. Podle názoru [předkládajícího] soudu je tedy třeba objasnit, zda se přídatná jména „výjimečné“ a „dočasné“ vztahují rovněž k pojmu „hrozící přetížení sítě“.
- 29 Ve prospěch tohoto závěru podle názoru [předkládajícího] soudu svědčí okolnost, že bod 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 souhrnně uznává za přípustná opatření řízení provozu jdoucí nad rámec opatření přiměřeného řízení provozu, „s cílem předejít dočasnému či výjimečnému přetížení sítě či zmírnit jeho účinky“. Hrozící přetížení sítě podle tohoto bodu odůvodnění očividně spadají do oblasti působnosti čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 pouze v případě, že jsou výjimečná nebo dočasná. Naproti tomu se nejeví jako směrodatné, že podle bodu 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 se výjimka uvedená v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 nemá vztahovat na případy opakovaných a dlouhodobějších přetížení sítě, která nejsou výjimečná ani dočasná, a že se taková přetížení mají řešit spíše rozšířením kapacity sítě. Odkaz na rozšíření kapacity sítě je podle výkladu [předkládajícího] soudu uveden pouze za účelem odlišení od výjimečných a dočasných přetížení, a navazuje proto na otázku, zda se pojem hrozícího přetížení sítě týká pouze výjimečných a dočasných situací.
- 30 Navzdory vodítkům, která pro výklad dotčeného ustanovení poskytuje bod 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120, nepovažuje [předkládající] soud znění ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 za jednoznačné. [Předkládající s]oud tedy má za to, že bez předchozího objasnění ze strany Soudního dvora Evropské unie nemůže učinit výklad v tom smyslu, že dotčené ustanovení zahrnuje pouze (hrozící) výjimečná nebo dočasná přetížení sítě.

K otázce 1. d)

- 31 Podle názoru [předkládajícího] soudu převažují argumenty ve prospěch toho, že samotná okolnost, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, dotčené omezení šířky pásma platí pouze v případě volitelného zvýhodnění „*StreamON Music&Video*“, nikoli ale v ostatních případech a zejména nikoli v případě volitelného zvýhodnění „*MagentaEins StreamOn Music&Video*“ představuje nestejně nakládání s rovnocennými kategoriemi provozu. Dotčené omezení šířky pásma pro *video streaming* totiž neplatí pro všechny konečné zákazníky; nestejně je tudíž nakládáno nikoli pouze s rovnocennými kategoriemi provozu, nýbrž spíše s kategoriemi provozu, které jsou stejné. Navíc lze podle názoru [předkládajícího] soudu nestejně nakládání s rovnocennými kategoriemi provozu, které je relevantní z hlediska oblasti působnosti ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120, spatřovat rovněž v tom, že se v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, dotčené omezení šířky pásma vztahuje pouze na *video streaming*.
- 32 Ovšem – jak bylo uvedeno – (ani) pojem „rovnocenné kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*gleichwertige Verkehrsarten*“] („*equivalent categories of traffic*“, „*les catégories équivalentes de trafic*“) není definován v článku 2 nařízení (EU) 2015/2120. Navíc se tento pojem neshoduje s pojmem „určité kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*bestimmte Datenverkehrskategorien*“] ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120, ačkoli v závazných jazykových zněních nařízení (EU) 2015/2120 jsou [na rozdíl od německého znění] používány pojmy, které se částečně shodují („*specific categories of traffic*“, „*certaines catégories spécifiques de trafic*“, „*équivalent catégories of traffic*“, „*les catégories équivalentes de trafic*“). Uvedený pojem se konečně terminologicky liší od pojmu „kategorie služeb“ ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.
- 33 Mimoto může být podle ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 zpomalování některé kategorie služeb přípustné „v případech, kdy“ je nezbytné za účelem zabránění hrozícímu přetížení sítě a zmírnění účinků výjimečného nebo dočasného přetížení sítě. Bod 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 dále poukazuje na zásadu proporcionality a považuje v tomto ohledu za nezbytné, aby opatření řízení provozu založená na ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 nakládala s rovnocennými kategoriemi provozu stejně. Tato okolnost [předkládajícímu] soudu znemožňuje, aby rozumně a bez pochybností rozhodl, zda je v takových případech, jako je projednávaný případ, uplatňování omezení šířky pásma, ke kterému dochází výlučně v případě volitelného zvýhodnění, v rozporu s ustanovením čl. 3 odst. třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120. Ačkoli tomu podle názoru [předkládajícího] soudu nasvědčuje máloco, mohl by jmenovitě odkaz na zásadu proporcionality naznačovat, že se právě v případě zpomalování kategorií služeb nemusí v případě, že již částečným zpomalením

některé kategorie služeb lze zabránit hrozícímu přetížení sítě, s rovnocennými (ani stejnými) kategoriemi provozu nakládat stejně.

- 34 Je tedy třeba objasnit, zda ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 připouští výklad v tomto smyslu. Ostatně otázka, zda je přípustné, aby uplatňování omezení šířky pásma pouze na volitelné zvýhodnění „StreamOn Music&Video“, nikoli ale konkrétně na volitelné zvýhodnění „MagentaEins StreamOn Music&Video“ bylo odůvodňováno okolností, že – jak se domnívá žalobkyně – v případě volitelného zvýhodnění „MagentaEins StreamOn Music&Video“ lze na základě okolnosti, že je k dispozici pevné připojení k internetu, očekávat, že se *video streaming* zčásti nebude uskutečňovat prostřednictvím mobilní sítě, by vůbec byla relevantní pouze za podmínky, že se ukáže, že částečné zpomalování ve výše uvedeném smyslu je přípustné.

K otázce 1. e)

- 35 Podle názoru [předkládajícího] soudu převažují argumenty ve prospěch toho, že požadavek týkající se doby uvedený v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120 není dodržen již v případě, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, platí omezení šířky pásma v zásadě trvale, je ovšem jednak závislé na aktivaci daného volitelného zvýhodnění a jednak je konečný zákazník může deaktivovat a opět aktivovat.
- 36 Podle názoru [předkládajícího] soudu totiž trvalé omezení šířky pásma zjevně nenaplnuje smysl úpravy obsažené v čl. 3 odst. 3 třetím pododstavci nařízení (EU) 2015/2120, který podle bodu 15 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 nemá poskytovatelům služeb přístupu k internetu umožňovat obcházení obecného zákazu blokovat, zpomalovat, měnit, omezovat, narušovat, zhoršovat či diskriminovat konkrétní obsah, aplikace či služby nebo jejich konkrétní kategorie.
- 37 Odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 však neobsahuje žádné upřesnění požadavku, že opatření ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120 jsou přípustná pouze na „[doby] nutnou“ pro dosažení některého z cílů uvedených v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. a) až c) nařízení (EU) 2015/2120. Ačkoli tomu podle názoru [předkládajícího] soudu nenasvědčují žádné přesvědčivé důvody, nelze – přinejmenším nikoli rozumně a bez pochybností – mít za to, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, je požadavek obsažený v čl. 3 odst. 3 třetím pododstavci nařízení (EU) 2015/2120 naplněn již tím, že se omezení šířky pásma uplatní teprve na základě aktivace daného volitelného zvýhodnění a že konečný zákazník navíc toto volitelné zvýhodnění může kdykoli deaktivovat a opět aktivovat.
- 38 S ohledem na výše uvedené má [předkládající] soud za to, že objasnění vyžaduje rovněž výklad požadavku týkajícího se doby, který je uveden v ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120.

K otázce 2

- 39 Pro případ, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, není omezení šířky pásma v rozporu s čl. 3 odst. 3 třetím pododstavcem nařízení (EU) 2015/2120, je třeba nad rámec předběžných otázek 1 b) až e) objasnit, zda je toto omezení přípustným opatřením řízení provozu ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.

K otázce 2. a)

- 40 Podle bodu 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 mohou poskytovatelé služeb přístupu k internetu zavést za účelem optimalizace celkové kvality přenosu opatření řízení provozu rozlišující mezi objektivně odlišnými kategoriemi provozu. Jakékoli takovéto rozlišování za účelem optimalizace celkové kvality a přínosu pro uživatele má být podle tohoto bodu odůvodnění povoleno pouze na základě objektivně odlišných požadavků na technickou kvalitu služeb (například pokud jde o prodlevu, kolísání kvality přenosu („*jitter*“), ztrátovost paketů a šířku pásma) jednotlivých kategorií provozu, a nikoli na základě obchodních cílů. Deklarovaným účelem přiměřeného řízení provozu je přispět k účinnému využívání síťových zdrojů a k optimalizaci celkové kvality přenosu v reakci na objektivně různé požadavky jednotlivých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb, a tedy kvalitu přenášeného obsahu, aplikací a služeb.
- 41 Vycházejí z výše uvedeného, má [předkládající] soud za to, že převažují argumenty ve prospěch závěru, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávaném případě, není omezení šířky pásma založeno na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nařízení (EU) 2015/2120. Z věcného hlediska se totiž požadavky, které *video streaming* klade na prodlevu, kolísání kvality přenosu, ztrátovost paketů a šířku pásma, neliší od přenosu dat za účelem využívání jiných aplikací nebo služeb. *Video streaming* se od přenosu dat za účelem využívání jiných aplikací nebo služeb liší pouze tím, že se zpravidla používá technologie tzv. *adaptive bitrate*.
- 42 Podle názoru [předkládajícího] soudu se v tomto případě ovšem nejedná o objektivně odlišný požadavek určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120. Totéž platí rovněž ve vztahu k okolnosti, že se – jak tvrdí žalobkyně – v případě *video streamingu* jedná o aplikaci, která může být z hlediska šířky pásma velmi náročná. Podle názoru [předkládajícího] soudu pouhá tato okolnost nespĺňuje požadavek, že každé opatření řízení provozu musí být založeno na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb.
- 43 Podle názoru [předkládajícího] soudu je ostatně skutečnost, že omezení šířky pásma pro *video streaming* není založeno na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb ve smyslu ustanovení čl. 3

odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120, patrná rovněž z toho, že se omezení šířky pásma uplatňuje pouze v případě jednoho volitelného zvýhodnění, nikoli ale v ostatních případech, a navíc konečný zákazník dotčené volitelné zvýhodnění může kdykoli deaktivovat a opět aktivovat.

- 44 Nicméně [předkládající] soud není s to tuto otázku rozumně a bez pochybností posoudit s konečnou platností. Vyplývá to jednak z okolnosti, že – jak bylo uvedeno – (ani) pojem „určitá kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*bestimmte Datenverkehrskategorie*“] („*specific categories of traffic*“, „*les catégories équivalentes de trafic*“) není definován v článku 2 nařízení (EU) 2015/2120. Navíc se tento pojem neshoduje s pojmem „rovnocenné kategorie provozu“ [pozn. překl.: v německém znění „*gleichwertige Verkehrsarten*“] ve smyslu ustanovení čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce písm. c) nařízení (EU) 2015/2120, ačkoli v závazných jazykových zněních nařízení (EU) 2015/2120 jsou [na rozdíl od německého znění] používány pojmy, které se částečně shodují („*specific categories of traffic*“, „*certaines catégories spécifiques de trafic*“, „*équivalent categories of traffic*“, „*les catégories équivalentes de trafic*“). Uvedený pojem se navíc terminologicky liší od pojmu „kategorie služeb“ ve smyslu čl. 3 odst. 3 třetího pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.
- 45 Navíc bod 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 pravidlo, že opatření řízení provozu musí být založena na objektivně různých požadavcích na technickou kvalitu služeb, které je obsaženo v ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120, vymezuje pouze příkladmo. I z tohoto důvodu není [předkládající] soud s to s konečnou platností dospět k závěru, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, není dotčené omezení šířky pásma založeno na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce nařízení (EU) 2015/2120.
- 46 Obsah pojmu objektivně odlišné [technické] požadavky [pozn. překl.: v německém znění „*objektiv unterschiedliche technische Anforderungen*“] nelze považovat za dostatečně objasněný ani proto, že podle bodu 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 mohou poskytovatelé služeb přístupu k internetu zavést za účelem optimalizace celkové kvality přenosu opatření řízení provozu; stejně tak bod 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 konstatuje, že opatření řízení provozu mají optimalizovat celkovou kvalitu a přínos pro uživatele. Podle názoru [předkládajícího] soudu to totiž samo o sobě neozřejmuje, jak je třeba vykládat požadavek, že opatření řízení provozu musí být založena na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb, který je uveden v ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120. Bod 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 dokonce spojitost s tímto požadavkem formuluje pouze tak, že podle tohoto bodu odůvodnění je účelem přiměřeného řízení provozu „příspěk k účinnému využívání síťových zdrojů a k optimalizaci celkové kvality přenosu v reakci na objektivně různé požadavky jednotlivých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb, a tedy kvalitu přenášeného obsahu, aplikací a služeb“. Obsah pojmu objektivně odlišné

[technické] požadavky tedy nelze s dostatečnou jasností určit ani se zřetelem na bod 9 odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120.

- 47 S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že je třeba objasnit, zda v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, splňuje omezení šířky pásma požadavek, že opatření řízení provozu musí být založena na objektivně odlišných požadavcích určitých kategorií provozu na technickou kvalitu služeb, uvedený v ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce druhé věty nařízení (EU) 2015/2120.

K otázce 2. b)

- 48 Článek 2 nařízení (EU) 2015/2120 neobsahuje žádné vymezení pojmu nepřipustného sledování konkrétního obsahu ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce třetí věty tohoto nařízení. Bod 10 odůvodnění tohoto nařízení pouze uvádí, že přiměřené řízení provozu nevyžaduje použití technik sledování konkrétního obsahu dat přenášených prostřednictvím služby přístupu k internetu.
- 49 [Předkládající s]oud proto pro upřesnění normativního obsahu ustanovení čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce třetí věty nařízení (EU) 2015/2120 nemá dostatek vodítek. Z tohoto důvodu [předkládající] soud není s to rozumně a bez pochybností rozhodnout, zda je v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, omezení šířky pásma v případě, že jsou k identifikaci datového provozu, který se týká *video streamingu*, používány technické údaje získané z IP adres nebo protokolů nebo URL či SNI (pro HTTPS) nebo *public keys* užívaných k šifrování HTTPS (v příslušných případech) nebo technických údajů, které používají poskytovatelé nebo jejich dodavatelé služeb, spjata s nepřipustným sledováním konkrétního datového provozu.

K otázce 3

- 50 Pokud se má v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, omezení šířky pásma posuzovat pouze z hlediska čl. 3 odst. 2 nařízení (EU) 2015/2120, a nikoli z hlediska požadavků stanovených v čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120, je podle názoru [předkládajícího] soudu třeba objasnit, zda dotčené omezení šířky pásma porušuje práva koncových uživatelů podle čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120. Podle uvedeného ustanovení mají koncoví uživatelé právo na přístup k informacím a obsahu a jejich šíření, využívání a poskytování aplikací a služeb a využívání koncového zařízení podle svého vlastního výběru bez ohledu na polohu koncového uživatele nebo poskytovatele či polohu, původ nebo určení dané informace, obsahu, aplikace nebo služby, a to prostřednictvím své služby přístupu k internetu.
- 51 [Předkládající s]oud má za to, že otázka, zda je v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, třeba omezení šířky pásma kvalifikovat jako omezení práv koncových uživatelů ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120, předně nebyla dostatečně objasněna na základě pokynů sdružení BEREC. Tyto pokyny sice obsahují upozornění, že některé technické podmínky jsou v rozporu s čl. 3

odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120, avšak podle názoru [předkládajícího] soudu z toho nelze – přinejmenším nikoli s konečnou jistotou – vyvodit, že čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120 porušuje práve omezení šířky pásma.

- 52 Totéž platí ohledně hypotézy obsažené v pokynech sdružení BEREC, která navíc není v ustanoveních nařízení (EU) 2015/2120 výslovně zmíněna, že porušení čl. 3 odst. 3 nařízení (EU) 2015/2120 může zároveň znamenat porušení čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120.
- 53 Ojedinele je kritizováno již dotčené volitelné zvýhodnění jako takové s tím, že na konečné zákazníky je vytvářen nátlak, aby využívali služeb tzv. partnerských poskytovatelů obsahu. Ovšem zejména podle pokynů sdružení BEREC nejsou tzv. nabídky typu *zero-rating* samy osobě neslučitelné s čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120. Pokud je poskytovatelům obsahu zajištěn k *zero-ratingu* nediskriminační přístup a za *zero-rating* od poskytovatelů obsahu ani není vybírána zvláštní úplata, jsou dané nabídky obecně považovány za přípustné i mimo rámec pokynů sdružení BEREC.
- 54 Nicméně není – přinejmenším s konečnou platností – objasněno, zda je v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, práve omezení šířky pásma třeba považovat za omezení práv koncových uživatelů ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120. Diskuzi týkající se této problematiky lze shrnout následovně: Za rozhodující je považována konkrétní podoba tzv. *traffic shapingu*. Pokud – jako v tomto případě – koneční uživatelé *traffic shaping* (v kombinaci se *zero-ratingem*) mohou deaktivovat a opět aktivovat, není omezení šířky pásma považováno za porušení čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120, jelikož – jak se zdůvodňuje – koneční uživatelé mohou na základně soukromoprávní autonomie vůle rozhodnout, jak využijí svůj přístup k internetu; pokud se zákazníkům poskytne dodatečná možnost volby a toto rozhodnutí závisí pouze na nich, nenasvědčuje to omezení jejich svobodné volby, nýbrž rozšíření jejich možností.
- 55 Ohledně myšlenky, že porušení práv koncových uživatelů je třeba vyloučit kvůli tomu, že v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, volitelné zvýhodnění rozšiřuje jejich možnosti, ze znění dotčeného ustanovení ani odůvodnění nařízení (EU) 2015/2120 nic neplyne. Totéž platí pro otázku porušení práv poskytovatelů obsahu v důsledku toho, že své nabídky již nemohou všem konečným zákazníkům poskytovat v technicky maximálně možné kvalitě. Okolnost, že se čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120 činí („svůj“) odkaz právě na službu přístupu konečných uživatelů k internetu, rovněž neumožňuje konečnou odpověď na uvedenou předběžnou otázku, jelikož z této okolnosti nelze vyvodit závěry o případném právním postavení poskytovatelů obsahu. Navíc v diskuzi o tak zvaném *traffic shapingu* byla – pokud je předkládajícímu soudu známo – dosud opomíjena okolnost, že v takové situaci, o jakou se jedná v tomto případě, dochází k nerovnému zacházení s poskytovateli služeb audiovizuálního přenosu prostřednictvím internetu (*video streamingu*) a jinými poskytovateli obsahu.

- 56 S ohledem na výše uvedené je podle názoru [předkládajícího] soudu třeba, aby Soudní dvůr Evropské unie objasnil, zda je v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, nutné omezení šířky pásma kvalifikovat jako omezení práv koncových uživatelů ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení (EU) 2015/2120.

PRACOVNÍ DOKUMENT