

**Asia C-34/20**

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen  
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

**Jättämispäivä:**

24.1.2020

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Verwaltungsgericht Köln (Kölnin hallintotuomioistuin, Saksa)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

20.1.2020

**Kantaja:**

Telekom Deutschland GmbH

**Vastaaja:**

Bundesrepublik Deutschland (Saksan liittotasavalta)

---

**Pääasian kohde**

Televiestintä, matkapuhelinliittymät, videoiden suoratoisto, palveluluokan hidastaminen

**Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta**

Unionin oikeuden tulkinta, SEUT 267 artikla

**Ennakkoratkaisukysymykset**

1. a) Onko tilanteessa, jossa matkapuhelinliittymää, jonka hintaan sisältyy kuukausittain käytettävissä oleva mobiilidatakiintiö, jonka käyttämisen jälkeen tiedonsiirtonopeus heikkenee, voidaan täydentää ilmaisella liittymäsopimukseen sisältyvällä vaihtoehdolla, jonka perusteella voidaan käyttää tiettyjä televiestintäalan yrityksen ns. sisältöyhteistyökumppanien palveluja ilman, että kyseisten palvelujen käyttöön liittyvää mobiilidatan käyttöä otetaan huomioon laskettaessa liittymän hintaan sisältyvän kuukausittaisen mobiilidatakiintiön

käyttöä, mutta tällöin loppukäyttäjä hyväksyy kaistanleveyden rajoituksen enintään 1,7 Mbit/s:iin videoiden suoratoiston osalta riippumatta siitä, onko kyse sisältöyhteistyökumppanien vai muiden palveluntarjoajien videoiden suoratoistosta, asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen internetyhteyspalvelujen ominaisuuksia koskevien sopimusten on vastattava asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädettyjä edellytyksiä?

b) Jos ensimmäisen kysymyksen a kohtaan vastataan myöntävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmatta alakohtaa tulkittava siten, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta on pidettävä palveluluokan hidastamisena?

c) Jos ensimmäisen kysymyksen b kohtaan vastataan myöntävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa tarkoitettua uhkaavan verkon ruuhkautumisen käsitettä tulkittava siten, että käsite viittaa pelkästään (uhkaaviin) poikkeuksellisiin tai väliaikaisiin verkon ruuhkautumisiin?

d) Jos ensimmäisen kysymyksen b kohtaan vastataan myöntävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohtaa tulkittava siten, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa edellytys siitä, että toisiaan vastaavia tietoliikenteen luokkia on kohdeltava yhdenvertaisesti, on esteenä kaistanleveyden rajoitukselle, jota sovelletaan ainoastaan, jos liittymään on liitetty lisäpalvelu, mutta ei muiden liittymäsopimusten yhteydessä, ja joka lisäksi koskee ainoastaan videoiden suoratoistoa?

e) Jos ensimmäisen kysymyksen b kohtaan vastataan myöntävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmatta alakohtaa tulkittava siten, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitus, jonka soveltaminen riippuu mainitun lisäpalvelun tilaamisesta ja jonka loppukäyttäjä voi lisäksi milloin tahansa poistaa käytöstä 24 tunnin varoitusajalla, täyttää edellytyksen siitä, että palveluluokkaa voidaan hidastaa vain niin pitkään kuin se on välttämätöntä, jotta voidaan saavuttaa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan a–c alakohdan mukaiset tavoitteet?

2. a) Jos ensimmäisen kysymyksen b kohtaan vastataan kieltävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toista virkettä tulkittava siten, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa pelkästään videoiden suoratoistoa koskeva kaistanleveyden rajoitus perustuu tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin?

b) Jos toisen kysymyksen a kohtaan vastataan myöntävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan kolmatta virkettä tulkittava siten, että videoiden suoratoistamiseen liittyvän tietoliikenteen tunnistamista IP-

osoitteiden, protokollien, URL:ien ja SNI:ien perusteella sekä ns. pattern matchingin avulla, jossa tietyt otsikko- eli headertietoja verrataan videoiden suoratoistolle tyypillisiin arvoihin, on pidettävä tietoliikenteen konkreettisen sisällön valvontana?

3. Jos ensimmäisen kysymyksen a kohtaan vastataan kieltävästi: Onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa pelkästään videoiden suoratoistoa koskevalla kaistanleveyden rajoituksella rajoitetaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua loppukäyttäjien oikeutta?

### **Merkitykselliset unionin oikeuden säännökset**

Avointa internetyhteyttä koskevista toimenpiteistä ja yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY sekä verkkovierailuista yleisissä matkaviestinverkoissa unionin alueella annetun asetuksen (EU) N:o 531/2012 muuttamisesta 25.11.2015 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) 2015/2120 (EUVL 2015, L 310, s. 1), erityisesti 3 artikla

### **Merkitykselliset kansalliset säännökset**

22.6.2004 annettu televiestintälaki (Telekommunikationsgesetz, BGBl. I s. 1190), erityisesti 126 §

### **Lyhyt kuvaus tosiseikoista ja menettelystä**

- 1 Kantaja on televiestintäalan yrityksen tytäryhtiö, joka tarjoaa asiakkailleen muun muassa erilaisia matkapuhelinliittymäsopimuksia. Asiakkaat ovat voineet liittää kantajan tarjoamiin ”MagentaMobil” -matkapuhelinliittymiin 19.4.2017 alkaen ilmaisen ”StreamOn” -lisäpalvelun (alun perin versioina ”StreamOn Music”, ”StreamOn Music&Video”, ”MagentaEINS StreamOn Music” ja ”MagentaEINS StreamOn Music&Video”). Jos asiakas tilaa ”StreamOn” -lisäpalvelun, kantajan ns. sisältöyhteistyökumppanien ääni- ja videotiedostojen suoratoistamiseen liittyvää tietoliikennettä ei oteta huomioon laskettaessa kunkin matkapuhelinliittymän hintaan sopimuksen mukaan sisältyvän sellaisen mobiilidatakiintiön käyttöä, joka koskee matkapuhelinverkon välityksellä tarjottua internetyhteyttä (ns. zero rating) ja jonka käyttämisen jälkeen tiedonsiirtonopeutta heikennetään yleisesti. Sisältöyhteistyökumppanien osallistuminen zero ratingiin edellyttää lähinnä sitä, että ne täyttävät kantajan yksityiskohtaisesti määrittelemät tekniset edellytykset ja tekevät sopimuksen kantajan kanssa; kantaja ei peri vastiketta sisältöyhteistyökumppaneiltaan.
- 2 ”StreamOn Music&Video” -palvelun osalta loppukäyttäjä hyväksyy lisäksi kaistanleveyden rajoituksen enintään 1,7 Mbit/s:iin videoiden suoratoiston osalta

riippumatta siitä, onko kyse sisältöyhteistyökumppanien vai muiden palveluntarjoajien videoiden suoratoistosta.

- 3 Voidakseen erotella sisältöyhteistyökumppanien palvelujen käyttöön liittyvän tietoliikenteen muusta tietoliikenteestä kantaja sopii yhteistyökumppaniensa kanssa erottelukriteereistä, joina voidaan käyttää IP-osoitteita, protokollia, UR[L]:eita ja SNI:eita. Lisäksi kantaja tunnistaa videoiden suoratoistoon liittyvän tietoliikenteen ns. pattern matchingin avulla, jossa kantaja vertaa tiettyjä otsikko-eli headertietoja videoiden suoratoistamiselle tyypillisiin arvoihin.
- 4 Loppukäyttäjä voi milloin tahansa poistaa lisäpalvelun ja siten myös kaistanleveyden rajoituksen käytöstä, tai ottaa sen takaisin käyttöön, mahdollistaakseen jälleen parhaan mahdollisen tiedonsiirron laadun myös videoiden suoratoiston osalta sillä ehdolla, että tiedonsiirto otetaan huomioon laskettaessa hänen liittymänsä hintaan sisältyvän mobiilidatakiintiön käyttöä. Jos asiakas ei ota lisäpalvelua takaisin käyttöön 24 tunnin kuluessa, kantaja palauttaa liittymän perusasetukset (huomiotta jättäminen liittymän hintaan sisältyvän mobiilidatakiintiön käytössä ja kaistanleveyden rajoitus) käyttöön automaattisesti. ”MagentaEINS StreamOn Music&Video” -lisäpalvelun yhteydessä sen sijaan ei rajoiteta kaistanleveyttä. ”MagentaEINS StreamOn Music&Video” -lisäpalvelu eroaa ”StreamOn Music&Video” -lisäpalvelusta siten, että kyseinen lisäpalvelu voidaan liittää matkapuhelinliittymään ainoastaan, jos matkapuhelinliittymään liittyy lankapuhelinliittymäsopimus, johon sisältyy kyseiseen puhelinliittymään perustuva internetyhteyspalvelu.
- 5 Kaikki kyseiset lisäpalvelut voidaan irtisanoa milloin tahansa ilman irtisanomisaikaa.
- 6 Bundesnetzagentur antoi 15.12.2017 riidanalaisen päätöksen. Riidanalaisessa päätöksessään Bundesnetzagentur totesi, että videoiden suoratoiston tiedonsiirtonopeuden laskemisella enintään 1,7 Mbit/s:iin ”StreamOn” -lisäpalvelun yhteydessä rikotaan asetuksen 2015/2120 3 artiklan 3 kohtaa ja että edellytykset 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan tai kolmannen alakohdan a alakohdan mukaiselle liikenteenhallintatoimenpiteelle eivät täyty. Lisäksi Bundesnetzagentur määräsi kantajan lopettamaan tiedonsiirtonopeuden laskemisen enintään 1,7 Mbit/s:iin ”StreamOn” -lisäpalvelun yhteydessä ja lopettamaan tätä koskevien liittymäsopimusehtojen soveltamisen.
- 7 Kantajan kyseisestä päätöksestä tekemä oikaisuvaatimus hylättiin 8.6.2018.

### **Pääasian asianosaisten keskeiset argumentit**

- 8 Kantaja katsoo lähinnä, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohta on ainoa peruste, jota sovelletaan mainittuun lisäpalveluun liittyvän kaistanleveyden rajoituksen arvioinnissa. Rajoituksella ei loukata asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja loppukäyttäjän oikeuksia ja siten kaistanleveyden rajoitus on sallittu. Asiaa ei olisi arvioitava toisin, vaikka – mitä

kantaja ei pidä perusteltuna – rajoitusta arvioitaisiin myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan perusteella. Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa ei suinkaan säädetä kattavasta yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Kaistanleveyden rajoitus on joka tapauksessa sallittu asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettuna liikenteenhallintatoimenpiteenä. Rajoituksella ei rikota asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä tarkoitettua syrjäntäkieltoa tai suhteellisuusperiaatetta. Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan kolmannen virkkeen mukaisesti tietoliikenteen sisältöä ei myöskään valvota ja myös ajallista välttämättömyyttä koskevaa edellytystä noudatetaan. Lisäksi kaistanleveyden rajoitus on asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 11 perustelukappaleessa tarkoitettu sallittu pakkaustekniikka.

- 9 Vastaaja kiistää kantajan väitteet.

### **Lyhyt esitys ennakkoratkaisupyynnön perusteista**

- 10 Asiassa sovelletaan viimeisimmän viranomaispäätöksen antopäivänä eli 8.6.2018 voimassa ollutta lainsäädäntöä.
- 11 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on painavia syitä katsoa, että kantaja rikkoo asetuksen (EU) 2015/2120 mukaisia velvollisuuksiaan. Oikeustila ei kuitenkaan vaikuta niin yksiselitteiseltä, että ennakkoratkaisupyynnön unionin tuomioistuimelle voitaisiin jättää esittämättä.

### ***Ensimmäisen kysymyksen a kohta***

- 12 Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalenin (Nordrhein-Westfalenin osavaltion ylempi hallintotuomioistuin, Saksa) oikeuskäytännöstä ilmenee seuraavaa:
- Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja sopimuksia on arvioitava asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetyn perusteella. Kantajan kanta, jonka mukaan se on sopinut kyseessä olevasta kaistanleveyden rajoituksesta loppukäyttäjien kanssa sopimuksella ja näin ollen rajoitukseen sovelletaan ainoastaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohtaa, ei vaikuta tähän päätelmään, koska asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohta eivät ole soveltamisalaltaan siten toisensa poissulkevia, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa säädettäisiin kattavasti internetyhteyspalvelujen tarjoajien ja loppukäyttäjien välisten sopimusehtojen sallittavuudesta ja asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohta koskisi puolestaan ainoastaan tällaisten ehtojen lisäksi käsiteltäviä internetyhteyspalvelujen tarjoajien yksipuolisia toimenpiteitä, joista ei ole sovittu sopimuksella.

- Syrjinnän, rajoituksen ja häiriön käsitteitä on pidettävä tarkentavina esimerkkeinä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettusta yleisestä yhdenvertaista kohtelua koskevasta edellytyksestä. Vastaavasti lähettäjän, vastaanottajan, sisällön, sovellusten, palvelujen ja päätelaitteen käsitteillä todetaan tiettyihin seikkoihin liittyvä epäyhdenvertainen kohtelu nimenomaisesti kielletyksi. Näin ollen sopimukseen, joka koskee kaistanleveyden rajoittamista enintään 1,7 Mbit/s:iin videoiden suoratoiston osalta, liittyy epäyhdenvertaista kohtelua, jos videoiden suoratoistoa koskevalla kaistanleveyden rajoituksella tehdään muihin palveluihin ja sovelluksiin nähden tahallinen tekninen ero sen mukaan, millaisista käytetyistä tai tarjotuista sovelluksista tai palveluista on kyse.
  - Tämän tulkinnan kanssa ei ole ristiriidassa asetuksen johdanto-osan yhdeksäs perustelukappale, jonka tarkoituksena on ainoastaan selventää asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa säädettyjä edellytyksiä kohtuullisille liikenteenhallintatoimenpiteille, joiden on tarkoitus säilyä sallittuina mahdollisesta tietoliikenteen epäyhdenvertaisesta kohtelusta huolimatta systemaattisena poikkeuksena asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisestä alakohdasta, eikä asetuksen johdanto-osan 11 perustelukappale, joka koskee pakkaamista, joka pienentää datansiirtomääriä mutta ei johda tiedonsiirtonopeuden laskuun.
- 13 On kuitenkin myös Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalenin oikeuskäytännön vastainen tulkinta, jota perustellaan seuraavasti:
- Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohdalla on eri soveltamisalat, joten sopimusehtoihin perustuvaa liikenteen muokkausta eli ns. traffic shapingiä on arvioitava ainoastaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan nojalla. Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan sanamuodossa viitataan ainoastaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohtaan eikä siis asetuksen 3 artiklan 3 kohtaan. Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettu kohtelemisen käsite on terminologisesti kaukana asetuksen 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettusta sopimuksen käsitteestä.
  - Asetuksen systematiikan näkökulmasta asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa säädetään perustavanlaatuisista loppukäyttäjän oikeuksista, asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa säädetään lähinnä valtuudesta tehdä sopimuksia yksityisautonomisesti ja asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetään internetyhteyspalvelujen tarjoajien yksipuolisista velvollisuuksista ja oikeuksista, jotka eivät edellytä yhteisymmärryksessä loppukäyttäjän kanssa tehtyä sopimusta. Tämän kanssa on ristiriidassa se, jos asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädettyä sovelletaan myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sopimusten laillisuuden arvioinnissa. Asetuksen



(EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa sallitaan lisäksi nimenomaisesti sopimukset internetyhteyspalvelujen kaupallisista ja teknisistä ehdoista. Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa kielletään sen sijaan kaikki liikenteenhallintatoimenpiteet, jotka perustuvat ”kaupallisiin näkökohtiin”. Jos asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja sopimuksia olisi arvioitava myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetyn nojalla, seuraisi tästä järjenvastaisesti, että loppukäyttäjät ja internetyhteyspalvelujen tarjoajat voisivat kylläkin sopia internetyhteyspalvelun kaupallisesta ehdosta, mutta asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan nojalla kyseisen sopimusehdon täytäntöönpanemiseksi tarpeellisen liikenteenhallintatoimenpiteen toteuttaminen olisi kiellettyä. Tällaiselta lopputulokselta vältytään, kun asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohtaa sovelletaan ainoana kriteerinä sopimusehtojen laillisuuden arvioinnissa ja asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohta tulkitaan internetyhteyspalvelujen tarjoajien yksipuolisten toimenpiteiden lainmukaisuuden arviointikriteeriksi. Tällainen tulkinta vastaa myös asetuksen (EU) 2015/2120 tarkoitusta, sillä asetuksen keskiössä on loppukäyttäjän ja hänen oikeuksiensa suoja.

- 14 Kun otetaan huomioon erilaiset tulkinnat asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 ja 3 kohdan soveltamisalojen suhteesta, ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on kysyttävä, onko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja sopimuksia arvioitava asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädettyjen edellytysten nojalla.

***Ensimmäisen kysymyksen b kohta***

- 15 Edellyttäen, että myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja sopimuksia on arvioitava asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetyn nojalla, ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan tällöin on ensinnäkin ilmeistä, että kaistanleveyden rajoittaminen enintään 1,7 Mbit/s:iin videoiden suoratoiston osalta merkitsee asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettua epäyhdenvertaista kohtelua. Näyttää nimittäin siltä, että tällöin kaikkea tietoliikennettä ei kohdella yhdenvertaisesti internetyhteyspalvelujen tarjoamisen yhteydessä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettulla tavalla.
- 16 Lisäksi ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan ei voi olla järkevää epäilyä siitä, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettua epäyhdenvertaista kohtelua merkitsevät menettelyt voidaan oikeuttaa ainoastaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa ja kolmannessa alakohdassa säädetyn nojalla. Kuten asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan, internetyhteyspalveluja tarjotessaan näiden palvelujen tarjoajien olisi kohdeltava kaikkea liikennettä yhdenvertaisesti, syrjimättömästi, rajoituksitta ja häiriöittä, riippumatta lähettäjistä tai vastaanottajasta, sisällöstä, sovelluksesta tai palvelusta

taikka päätelaitteesta. Unionin oikeuden yleisten periaatteiden ja vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei tulisi kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua.

- 17 Näyttää siltä, että tällaisesta perustelusta voi olla kyse vain asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa ja kolmannessa alakohdassa säädettyjen edellytysten täytyessä.
- 18 Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa viitataan kylläkin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitetun epäyhdenvertaisen kohtelun kiellon yhteydessä unionin oikeuden yleisiin periaatteisiin ja vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön. Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo kuitenkin, että asetuksen johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa tarkoitetusta objektiivisesta perusteltavuudesta voi olla kyse vain asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa ja kolmannessa alakohdassa säädettyjen edellytysten täytyessä. Muunlainen tulkinta asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetystä olisi nimittäin ristiriidassa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan tunnistettavissa olevan sääntelyrakenteen kanssa.
- 19 Tähän liittyen ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei myöskään epäile sitä, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmatta alakohtaa on sovellettava arvioinnissa ensisijaisesti suhteessa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toiseen alakohtaan.
- 20 Kyseisessä säännöksessä nimittäin säädetään sen sanamuodon mukaan sellaisten liikenteenhallintatoimenpiteiden lähtökohtaisesta kiellosta, joilla mennään pidemmälle kuin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitetuilla kohtuullisilla liikenteenhallintakäytännöillä, ja siinä mainitaan tältä osin nimenomaisesti palveluluokkien hidastaminen toimenpiteenä, jota internetyhteyspalvelujen tarjoajat eivät saa suorittaa, elleivät asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan a–c alakohdan mukaiset edellytykset täyty.
- 21 Näiden perusolettamusten perusteella ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan käsiteltävässä asiassa asetuksen (EU) 2015/2120 perusteella ei kuitenkaan voida päätellä riittävän selvästi, onko kaistanleveyden rajoitusta pidettävä käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettuna palveluluokan hidastamisena.
- 22 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi katsoa ilman järkevää epäilystä edes, että kaistanleveyden rajoitus, joka koskee ainoastaan videoiden suoratoistoa, koskee asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettua palveluluokkaa (”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”). Asetuksen (EU) 2015/2120 2 artiklassa ei määritellä palveluluokan käsitettä. Lisäksi asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä ja 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa on käytetty eri käsitteitä eli yhtäältä tietoliikenteen tiettyjen luokkien käsitettä ja toisaalta toisiaan vastaavien tietoliikenteen luokkien käsitettä. Niitäkään ei määritellä asetuksen (EU) 2015/2120 2 artiklassa eivätkä ne muutenkaan mitenkään selvennä palveluluokan käsitteen merkitystä; tältä osin asetuksen (EU) 2015/2120 kielellisesti sitovissa versioissa on nimittäin käytetty osin merkitykseltään palveluluokan käsitettä vastaavia käsitteitä (”specific categories of traffic”, ”certaines catégories spécifiques de trafic”, ”équivalent categories of traffic”, ”les catégories équivalentes de trafic”).

- 23 Vaikka ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on ensisijaisesti katsottava, että kun asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa mainitaan ”tietty[jen] sisältö[jen], sovellu[sten] tai palvelu[jen]” ja ”niiden tietty[jen] luokki[en]” käsitteet, pelkästään videoiden suoratoistoa koskeva kaistanleveyden rajoitus kuuluu kyseisen säännöksen soveltamisalaan, asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 11 perustelukappaleen perusteella asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa ei kuitenkaan kielletä syrjimättömiä pakkaustekniikoita, joissa tiedoston kokoa pienennetään muuttamatta sisältöä. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on kylläkin ensisijaisesti katsottava, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta ei ole pidettävä tällaisena syrjimättömänä pakkaustekniikkana, koska asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 11 perustelukappaleen mukaan tällainen pakkaaminen mahdollistaa niukkojen resurssien tehokkaamman käytön ja palvelee loppukäyttäjien etua pienentämällä datansiirtomääriä, lisäämällä nopeutta ja parantamalla kyseisten sisältöjen, sovellusten tai palvelujen käyttökokemusta. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa nämä edellytykset eivät täyty kaistanleveyden rajoituksen osalta.
- 24 Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 11 perustelukappaleesta ilmenee kuitenkin selvästi, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmas alakohta ei ole esteenä kaikille internetyhteyspalvelujen tarjoajien toimenpiteille, joilla pyritään niukkojen resurssien tehokkaampaan käyttöön. Tämän seikan vuoksi ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi ainakaan ilman järkevää epäilyä katsoa, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta on pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettuna palveluluokan hidastamisena. Näin ollen kyseisen tuomioistuimen käsityksen mukaan on kysyttävä, onko kaistanleveyden rajoitusta pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettuna palveluluokan hidastamisena.

*Ensimmäisen kysymyksen c kohta*

- 25 Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 11 perustelukappaleen mukaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan a–c alakohtaa olisi tulkittava suppeasti ja niihin olisi sovellettava suhteellisuusvaatimuksia. Tiettyjä sisältöjä, sovelluksia ja palveluja olisi suojeltava, samoin kuin niiden tiettyjä luokkia, koska pääsyn estämisellä ja muilla perusteltujen poikkeusten soveltamisalan ulkopuolelle jäävillä rajoittavilla toimenpiteillä on kielteisiä vaikutuksia loppukäyttäjien valintamahdollisuuksiin ja innovointiin. Näin ollen ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on ensisijaisesti katsottava, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitus ei täytä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan mukaisia edellytyksiä. Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleen mukaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa nimittäin mahdollistetaan toimenpiteet, jotka ovat välttämättömiä uhkaavan verkon ruuhkautumisen estämiseksi eli tilanteissa, joissa ruuhkautuminen on toteutumaisillaan, ja verkon ruuhkautumisen vaikutusten lievittämiseksi, jos ruuhkautuminen on vain väliaikaista tai tapahtuu poikkeuksellisissa olosuhteissa. Kyseisen perustelukappaleen mukaan väliaikaisen ruuhkautumisen olisi katsottava tarkoittavan erityisiä lyhytkestoisia tilanteita, joissa säännöllisten käyttäjien määrän väliaikainen lisääntyminen tai tietyn sisällön taikka tiettyjen sovellusten tai palvelujen kysynnän yhtäkkinen lisääntyminen voi ylittää verkon tiettyjen elementtien siirtokapasiteetin ja heikentää muun verkon reagoitukykyä. Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleen mukaan poikkeuksellisen ruuhkautumisen olisi lisäksi katsottava viittaavan tilanteisiin, joissa ruuhkautuminen on ennakoimatonta eikä sitä voida välttää. Kyseisen perustelukappaleen mukaan tällaiset tilanteet voivat aiheutua muun muassa teknisestä häiriöstä, joka johtuu kaapeleiden tai muiden infrastruktuurin osien rikkoontumisesta, odottamattomista muutoksista reitityksessä tai tietoliikenteen merkittävästä lisääntymisestä hätätilanteiden tai muiden, internetyhteyspalvelujen tarjoajasta riippumattomien syiden takia.
- 26 Tässä tapauksessa lisäpalvelun yhteydessä sovellettava videoiden suoratoistoa koskeva kaistanleveyden rajoitus ei ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan täytä näitä edellytyksiä jo pelkästään siksi, että kaistanleveyden rajoitusta ei sovelleta pelkästään väliaikaisissa tai poikkeuksellisissa olosuhteissa. Kantajan esittämien tietojen mukaan kaistanleveyttä rajoitetaan sen sijaan, koska käytettävissä olevalla verkkokapasiteetilla pitkäkestoinen, rajoittamaton videoiden suoratoisto on mahdollista vain enintään 1,7 Mbit/s:in kaistanleveydellä. Riippumatta siitä, voidaanko tällaisen yleisluonteisen esityksen perusteella ylipäänsä katsoa, että kyse on uhkaavasta verkon ruuhkautumisesta, väitettyyn verkon ruuhkautumiseen ei nähtävästi liity asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleessa tarkoitettuja väliaikaisia tai poikkeuksellisia seikkoja.

- 27 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei kuitenkaan voi ilman järkevää epäilystä katsoa, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa tarkoitettu uhkaavan verkon ruuhkautumisen käsite viittaa pelkästään väliaikaiseen tai poikkeukselliseen uhkaavaan verkon ruuhkautumiseen.
- 28 Asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan sanamuodossa nimittäin mainitaan yhtäältä uhkaava verkon ruuhkautuminen ja toisaalta poikkeuksellisen tai väliaikaisen verkon ruuhkautumisen vaikutukset. Näin ollen ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on kysyttävä, viittaavatko adjektiivit ”poikkeuksellinen” ja ”väliaikainen” myös uhkaavan verkon ruuhkautumisen käsitteeseen.
- 29 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan tällaista tulkintaa puoltaa se, että asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleen lopussa mainitaan tiivistävästi, että kohtuullisia toimenpiteitä pidemmälle menevät liikenteenhallintatoimenpiteet ovat sallittuja ”tilapäisen tai poikkeuksellisen verkon ruuhkautumisen vaikutusten estämiseksi tai lievittämiseksi”. Ilmeisesti perustelukappaleen mukaan uhkaavat verkon ruuhkautumiset kuuluvat asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan soveltamisalaan vain, jos ne ovat poikkeuksellisia tai tilapäisiä. Sen sijaan selventävänä ei voida pitää sitä, että asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleen mukaan toistuvaan ja pitkäkestoisempaan verkon ruuhkautumiseen, joka ei ole poikkeuksellista eikä väliaikaista, ei saisi soveltaa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa säädettyä poikkeusta, vaan siihen olisi pikemminkin puututtava laajentamalla verkkokapasiteettia. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan viittaus verkkokapasiteetin laajentamiseen liittyy pelkästään tilanteen erottamiseen poikkeuksellisista ja väliaikaisista ruuhkautumisista ja siten se on toissijainen suhteessa siihen kysymykseen, koskeeko myös uhkaavan verkon ruuhkautumisen käsite pelkästään poikkeuksellisia ja väliaikaisia tilanteita.
- 30 Huolimatta asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleessa esitetystä kyseisen säännöksen tulkintaa ohjaavista seikoista ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei pidä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan sanamuotoa yksiselitteisenä. Näin ollen ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo, että ilman Euroopan unionin tuomioistuimen ensin esittämää tulkintaa se ei voi tulkita säännöstä siten, että se koskee ainoastaan (uhkaavia) poikkeuksellisia tai väliaikaisia verkon ruuhkautumisia.

#### ***Ensimmäisen kysymyksen d kohta***

- 31 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on ensisijaisesti katsottava, että jo pelkästään se, että kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa pelkästään ”StreamON Music&Video” -lisäpalvelun yhteydessä muttei muuten eikä

erityisesti ”MagentaEins StreamOn Music&Video” -lisäpalvelun yhteydessä, merkitsee toisiaan vastaavien tietoliikenteen luokkien epäyhdenvertaista kohtelua. Videoiden suoratoistoa koskevaa kaistanleveyden rajoitusta ei nimittäin sovelleta kaikkiin loppukäyttäjiin; näin ollen epäyhdenvertaisesti käsitellään paitsi toisiaan vastaavia myös jopa samoja tietoliikenteen luokkia. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan myös sitä, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan ainoastaan videoiden suoratoistoon, on pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan soveltamisalan kannalta merkityksellisenä toisiaan vastaavien tietoliikenteen luokkien epäyhdenvertaisena kohteluna.

- 32 Kuten edellä esitettiin, (myöskään) toisiaan vastaavien tietoliikenteen luokkien (”equivalent categories of traffic”, ”les catégories équivalentes de trafic”) käsitettä ei kuitenkaan määritellä asetuksen (EU) 2015/2120 2 artiklassa. Käsite ei myöskään vastaa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä tarkoitettua tietoliikenteen tiettyjen luokkien käsitettä, vaikka asetuksen (EU) 2015/2120 kielellisesti sitovissa versioissa on käytetty osin merkitykseltään toisiaan vastaavia käsitteitä (”specific categories of traffic”, ”certaines catégories spécifiques de trafic”, ”équivalent categories of traffic”, ”les catégories équivalentes de trafic”). Lisäksi käsite eroaa sanamuotonsa puolesta myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettua palveluluokan käsitteestä.
- 33 Lisäksi asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdan mukaan palveluluokan hidastaminen voi olla sallittua ”siinä määrin kuin” se on välttämätöntä, jotta voidaan estää uhkaava verkon ruuhkautuminen ja lieventää poikkeuksellisen tai väliaikaisen verkon ruuhkautumisen vaikutuksia. Lisäksi asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleessa viitataan suhteellisuusperiaatteeseen ja todetaan, että periaate edellyttää, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohtaan perustuvilla liikenteenhallintatoimenpiteillä toisiaan vastaavia tietoliikenteen luokkia kohdellaan yhdenvertaisesti. Tähän viittaukseen nähden ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi ilman järkevää epäilyä ratkaista kysymystä siitä, rikkooko käsiteltävän asian kaltaisissa tilanteissa se, että kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan ainoastaan valinnanvaraisen lisäpalvelun yhteydessä, asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohtaa. Vaikka ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on vain vähän seikkoja, jotka puoltavat tällaista tulkintaa, voi nimittäin olla, että viittauksesta suhteellisuusperiaatteeseen seuraa, että palveluluokan hidastamisen yhteydessä toisiaan vastaavia (ja jopa samoja) tietoliikenteen luokkia ei olekaan käsiteltävä yhdenvertaisesti, edellyttäen, että jo pelkällä palveluluokan osittaisella hidastamisella voidaan estää uhkaava verkon ruuhkautuminen.
- 34 Näin ollen on kysyttävä, voidaanko asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohtaa tulkita näin. Vain siinä tapauksessa, että edellä tarkoitettu osittainen hidastaminen osoittautuukin sallituksi, on lisäksi merkitystä

sillä kysymyksellä, voidaanko kaistanleveyden rajoituksen soveltamista ainoastaan ”StreamOn Music&Video” -lisäpalveluun – eikä siis ”MagentaEins StreamOn Music&Video” -lisäpalveluun – hyväksyttävästi perustella sillä, että – kuten kantaja väittää – ”MagentaEins StreamOn Music&Video” -lisäpalvelun yhteydessä on niin, että lankapuhelinyhteyden olemassaolon perusteella on odotettavissa, että videoiden suoratoisto tapahtuu osin muuten kuin matkapuhelinverkon välityksellä.

***Ensimmäisen kysymyksen e kohta***

- 35 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on ensisijaisesti katsottava, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa säädetyn ajallisen edellytyksen rikkomiseksi riittää, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan lähtökohtaisesti pysyvästi, vaikka se yhtäältä riippuu lisäpalvelun tilaamisesta ja toisaalta loppukäyttäjä voi poistaa sen käytöstä tai ottaa sen uudelleen käyttöön.
- 36 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan pysyvä kaistanleveyden rajoitus on nimittäin selvästi vastoin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan tarkoitusta, sillä kyseisen säännöksen tarkoituksena ei asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan 15 perustelukappaleen mukaan ole tarjota internetyhteyksipalvelujen tarjoajille mahdollisuutta kiertää yleistä kieltoa estää pääsyä tiettyihin sisältöihin, sovelluksiin tai palveluihin taikka niiden tiettyihin luokkiin tai hidastaa, muuttaa, rajoittaa tai häiritä niitä tai heikentää niiden laatua tai syrjiä niitä.
- 37 Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan perustelukappaleissa ei kuitenkaan mitenkään konkretisoida edellytystä, jonka mukaan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettujen toimenpiteiden sallittu kesto on ”niin pitkä kuin” ne ovat välttämättömiä jonkin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan a–c alakohdassa säädetyn tavoitteen saavuttamiseksi. Vaikka ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan ei ole vakuuttavia perusteita tulkita näin, asiassa ei voida ainakaan ilman järkevää epäilyä katsoa, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kyseinen asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetty edellytys täyttyy jo pelkästään sillä perusteella, että kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan vain lisäpalvelun tilaamisen jälkeen ja lisäksi loppukäyttäjä voi milloin tahansa poistaa lisäpalvelun käytöstä tai ottaa sen uudelleen käyttöön.
- 38 Edellä todetun perusteella ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin pitää epäselvänä myös sitä, miten asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa säädetty ajallista edellytystä on tulkittava.



**Toinen kysymys**

- 39 Jos käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoituksella ei rikota asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmatta alakohtaa, ensimmäisen kysymyksen b–e kohdan lisäksi on kysyttävä, onko kaistanleveyden rajoitusta pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitettuna sallittuna liikenteenhallintatoimenpiteenä.

**Toisen kysymyksen a kohta**

- 40 Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännen perustelukappaleen mukaan internetyhteyspalvelujen tarjoajat voivat toteuttaa siirron kokonaislaadun optimoimiseksi liikenteenhallintatoimenpiteitä, joissa eriytetään objektiivisesti erilaiset tietoliikenteen luokat. Kyseisen perustelukappaleen mukaan kokonaislaadun ja käyttäjäkokemuksen optimoimiseksi kaikenlainen eriyttäminen olisi sallittava ainoastaan perustuen liikenteen tiettyjen luokkien palvelun laatua koskeviin objektiivisesti erilaisiin teknisiin vaatimuksiin (esimerkiksi viive, viivevaihtelu, pakettihävikki ja kaistanleveys) eikä kaupallisiin näkökohtiin. Perustelukappaleen mukaan kohtuullisen liikenteenhallinnan tavoitteena on edistää tehokasta verkkoresurssien käyttöä ja optimoida siirron kokonaislaatua vastaten tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin ja näin ollen siirrettävien sisältöjen, sovellusten ja palvelujen laatua koskeviin vaatimuksiin.
- 41 Tämän perusteella ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on ensisijaisesti katsottava, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitus ei perustu asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitettulla tavalla tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin. Tosiasiallisesti on nimittäin niin, että videoiden suoratoiston vaatimukset eivät eroa viiveen, viivevaihtelun, pakettihävikin tai kaistanleveyden kannalta muiden sovellusten tai palvelujen käyttöä varten tapahtuvasta tiedonsiirrosta. Videoiden suoratoisto eroaa muiden sovellusten tai palvelujen käyttöä varten tapahtuvasta tiedonsiirrosta pelkästään siten, että sen yhteydessä käytetään säännöllisesti ns. Adaptive Bitrate -teknologiaa.
- 42 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan kyseisen teknologian käyttö ei kuitenkaan merkitse asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä tarkoitettua tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaista teknistä palvelun laatua koskevaa vaatimusta. Samoin on katsottava siitä, että – mihin seikkaan kantaja vetoaa – videoiden suoratoisto merkitsee potentiaalisesti intensiivistä kaistanleveyden käyttöä. Pelkästään tämä seikka ei ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan riitä täyttämään edellytystä siitä, että kaikkien liikenteenhallintatoimenpiteiden on perustuttava tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin.



- 43 Se, että videoiden suoratoistoa koskeva kaistanleveyden rajoitus ei perustu asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä tarkoitetulla tavalla tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin, ilmenee ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan myös siitä, että kaistanleveyden rajoitusta sovelletaan ainoastaan lisäpalvelun yhteydessä, eikä muuten, ja lisäksi loppukäyttäjä voi milloin tahansa poistaa lisäpalvelun käytöstä tai ottaa sen uudelleen käyttöön.
- 44 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei kuitenkaan voi ilman järkevää epäilystä tulkita näin. Näin on yhtäältä siksi, että – kuten edellä esitettiin – (myöskään) tietoliikenteen tiettyjen luokkien (”specific categories of traffic”, ”certaines catégories spécifiques de trafic”) käsitettä ei määritellä asetuksen (EU) 2015/2120 2 artiklassa. Lisäksi käsite ei vastaa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannen alakohdan c alakohdassa tarkoitettua toisiaan vastaavien tietoliikenteen luokkien käsitettä, vaikka asetuksen (EU) 2015/2120 kielellisesti sitovissa versioissa on käytetty osin merkitykseltään toisiaan vastaavia käsitteitä (”specific categories of traffic”, ”certaines catégories spécifiques de trafic”, ”equivalent categories of traffic”, ”les catégories équivalentes de trafic”). Lisäksi käsite eroaa sanamuotonsa puolesta myös asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitetusta palveluluokan käsitteestä.
- 45 Lisäksi asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa kuvataan asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä säädettyä edellytystä siitä, että liikenteenhallintatoimenpiteiden on perustuttava objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelujen laatua koskeviin vaatimuksiin, ainoastaan esimerkinomaisesti. Myöskään tällä perusteella ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi yksiselitteisesti päätellä, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitus ei perustu asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitetulla tavalla tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin.
- 46 Objektiivisesti erilaisten teknisten vaatimusten käsitteen sisältöä ei voida pitää riittävän selvänä myöskään siksi, että asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännen perustelukappaleen mukaan internetyhteyspalvelujen tarjoajat voivat soveltaa liikenteenhallintatoimenpiteitä siirron kokonaislaadun optimoimiseksi; samankaltaisesti asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan, että liikenteenhallintatoimenpiteillä on optimoitava kokonaislaatua ja käyttäjäkokemusta. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan tästä ei nimittäin sellaisenaan ilmene mitään selvennystä sen suhteen, miten asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä säädettyä edellytystä siitä, että liikenteenhallintatoimenpiteiden on perustuttava tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin, on tulkittava. Asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännessä

perustelukappaleessa viitataan kyseiseen edellytykseen varsinaisesti ainoastaan toteamalla, että kohtuullisen liikenteenhallinnan tavoitteena on ”edistää tehokasta verkkoresurssien käyttöä ja optimoida siirron kokonaislaatua vastaten tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin ja näin ollen siirrettävien sisältöjen, sovellusten ja palvelujen laatua koskeviin vaatimuksiin”. Vaikka siis otetaan huomioon asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todettu, objektiivisesti erilaisten teknisten vaatimusten käsitteen sisältöä ei voida määrittellä riittävän selvästi.

- 47 Edellä todetun perusteella on kysyttävä, täyttääkö käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitus asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan toisessa virkkeessä säädetyn edellytyksen siitä, että liikenteenhallintatoimenpiteiden on perustuttava tietoliikenteen tiettyjen luokkien objektiivisesti erilaisiin teknisiin palvelun laatua koskeviin vaatimuksiin.

#### *Toisen kysymyksen b kohta*

- 48 Asetuksen (EU) 2015/2120 2 artiklassa ei määrittellä kyseisen asetuksen 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan kolmannessa virkkeessä tarkoitettua konkreettisen tietoliikenteen kielletyn valvonnan käsitettä. Asetuksen johdanto-osan kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan ainoastaan, että kohtuullinen liikenteenhallinta ei edellytä tekniikoita internetyhteysohjelmien kautta lähetetyn tietoliikenteen tiettyjen sisältöjen valvomiseksi.
- 49 Näin ollen ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käytössä ei ole riittävästi seikkoja, joiden perusteella se voisi tulkita konkreettisesti asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan kolmannen virkkeen normisisältöä. Näin ollen ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi ilman järkevää epäilystä ratkaista kysymystä siitä, liittyykö käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitukseen konkreettisen tietoliikenteen kiellettyä valvontaa siltä osin kuin videoiden suoratoistamiseen liittyvän tietoliikenteen tunnistamisessa käytetään teknisiä tietoja IP-osoitteista ja/tai protokollista ja/tai URL:eistä ja/tai SNI:eistä (HTTPS:n osalta) ja/tai HTTPS-salausta varten käytetyistä Public Keys -avaimista (jos niitä on käytetty) ja/tai teknisiä tietoja, joita palveluntarjoajat tai heidän palveluntarjoajansa (Service-Provider) käyttävät.

#### *Kolmas kysymys*

- 50 Jos käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta on arvioitava pelkästään asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 2 kohdan eikä siis asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdassa säädetyn nojalla, ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan on kysyttävä, loukataanko kaistanleveyden rajoituksella asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdan mukaisia loppukäyttäjien oikeuksia. Kyseisen kohdan mukaan loppukäyttäjillä on oikeus saada ja välittää tietoa ja sisältöjä, käyttää ja tarjota

valitsemiaan sovelluksia ja palveluja sekä käyttää valitsemiaan päätelaitteita riippumatta loppukäyttäjän tai palveluntarjoajan sijaintipaikasta taikka tiedon, sisällön, sovelluksen tai palvelun alkuperästä tai määränpäästä, internetyhteyspalvelunsa kautta.

- 51 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei pidä vastausta kysymykseen siitä, onko käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen loppukäyttäjän oikeuksien rajoituksena, Euroopan sähköisen viestinnän sääntelyviranomaisten yhteistyöelimen (BEREC) suuntaviivojen perusteella ensi arviolta riittävän selvänä. Kyseisissä suuntaviivoissa kylläkin todetaan, että tietyt tekniset erityispiirteet ovat vastoin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa säädettyä. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan tästä ei kuitenkaan voida ainakaan täysin varmasti päätellä, että nimenomaan kaistanleveyden rajoituksella rikottaisiin asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa säädettyä.
- 52 Samoin on sen BEREC:n suuntaviivoissa esitetyn olettan osalta – jota ei muutenkaan ole nimenomaisesti esitetty asetuksen (EU) 2015/2120 säännöksissä – että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 3 kohdan rikkominen voi samalla merkitä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdan rikkomista.
- 53 Itse lisäpalvelua kritisoidaan ajoittain jo silläkin perusteella, että loppukäyttäjät pakotettaisiin käyttämään ns. sisältöyhteistyökumppanien palveluja. Erityisesti BEREC:n suuntaviivojen mukaan ns. zero rating -tarjoukset eivät kuitenkaan ole lähtökohtaisesti ristiriidassa asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdan kanssa. Jos sisällöntarjoajille tarjotaan syrjimätön mahdollisuus osallistua zero ratingiin eikä sisällöntarjoajilta peritä zero ratingistä myöskään erillistä vastiketta, tällaisia tarjouksia pidetään sallittuina yleensä myös muutenkin kuin BEREC:n suuntaviivojen perusteella.
- 54 Viime kädessä ei kuitenkaan ole ainakaan varmaa selvyyttä siitä, onko käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa nimenomaan kaistanleveyden rajoitusta pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen loppukäyttäjän oikeuksien rajoituksena. Tätä koskevan tieteellisen keskustelun nykytila voidaan tiivistää seuraavasti: ratkaisevana pidetään sitä, miten ns. traffic shaping on konkreettisesti toteutettu. Jos – kuten käsiteltävässä asiassa – loppukäyttäjät voivat poistaa traffic shapingin (yhdessä zero ratingin kanssa) käytöstä ja ottaa sen uudelleen käyttöön, kaistanleveyden rajoituksen ei katsota merkitsevän asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdan rikkomista, koska – näin näkökulmaa perustellaan – loppukäyttäjät voivat yksityisautonomisesti päättää, miten he käyttävät internetyhteyttään; jos asiakkaalle annetaan ylimääräinen vaihtoehto ja jos hän voi yksin päättää siitä, eivät nämä seikat puolla tulkintaa, että hänen valinnanvapauttaan rajoitetaan, vaan tulkintaa, että hänelle annetaan enemmän toimintamahdollisuuksia.

- 55 Säännöksen sanamuodon ja asetuksen (EU) 2015/2120 johdanto-osan perustelukappaleiden perusteella ei voida tehdä mitään päätelmiä siitä tulkintamahdollisuudesta, että loppukäyttäjien oikeuksien loukkaamisesta ei voisi olla kyse, koska käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa heille annetaan lisäpalvelulla enemmän toimintamahdollisuuksia. Samoin on sen kysymyksen osalta, loukataanko sisällöntarjoajien oikeuksia sillä, että he eivät voi enää levittää tarjoamiaan palveluja teknisesti mahdollisimman parhaanlaatuisina kaikille loppukäyttäjille. Siitä, että asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa viitataan nimenomaan loppukäyttäjien (”internetyhteyspalvelunsa”, saksaksi tässä kohtaa lainataan sanaa ”ihren”) internetyhteyspalveluun, ei myöskään voida johtaa varmaa vastausta ennakkoratkaisukysymykseen, koska viittauksesta ei voida tehdä minkäänlaisia päätelmiä sisällöntarjoajien mahdollisesta oikeudellisesta asemasta. Muutenkin tieteellisessä keskustelussa ns. traffic shapingista on toistaiseksi – ainakin nähtävästi – jätetty huomiotta se, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevassa tilanteessa videoiden suoratoistopalvelujen tarjoajia ja muita sisällöntarjoajia kohdellaan epäyhdenvertaisesti.
- 56 Edellä esitetyn perusteella ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsityksen mukaan unionin tuomioistuimelta on kysyttävä, onko käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa kaistanleveyden rajoitusta pidettävä asetuksen (EU) 2015/2120 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen loppukäyttäjien oikeuksien rajoituksena.