

Sprawa C-34/20

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem

Data wpływu:

24 stycznia 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Verwaltungsgericht Köln (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

20 stycznia 2020 r.

Strona skarżąca:

Telekom Deutschland GmbH

Strona pozwana:

Republika Federalna Niemiec

Przedmiot postępowania przed sądem krajowym

Telekomunikacja, taryfy telefonii komórkowej, transmisja strumieniowa wideo, spowolnienie kategorii usług

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia prawa Unii, art. 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

1. a) Czy w przypadku, w którym taryfa telefonii komórkowej, która przewiduje w odniesieniu do ruchu mobilnego miesięczny limit ilości danych, po którego zużyciu następuje redukcja prędkości transmisji, może zostać nieodpłatnie rozszerzona o opcję taryfową, na podstawie której można korzystać z określonych usług tak zwanych partnerów treściowych przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego bez wliczania ilości danych zużytej w wyniku korzystania z tych usług do

miesięcznego limitu ilości danych określonego w taryfie telefonii komórkowej, przy czym jednak użytkownik końcowy wyraża zgodę na ograniczenie maksymalnej przepustowości do 1,7 Mbit/s dla transmisji strumieniowej wideo niezależnie od tego, czy chodzi o transmisję strumieniową wideo partnerów treściowych czy innych dostawców, art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że porozumienia dotyczące cech usług dostępu do internetu, o których mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120, muszą spełniać wymogi określone w art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120?

b) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lit. a): czy art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości należy uznać za spowolnienie kategorii usługi?

c) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lit. b): czy pojęcie grożącego przeciążenia sieci w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono jedynie (grożące) wyjątkowe lub tymczasowe przeciążenia sieci?

d) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lit. b): czy art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie wymóg równego traktowania równoważnych rodzajów transferów danych sprzeciwia się ograniczeniu przepustowości, które ma zastosowanie jedynie w przypadku opcji dodatkowej, nie zaś w przypadkach pozostałych taryf telefonii komórkowej, a ponadto dotyczy tylko transmisji strumieniowej wideo? **[Or. 3]**

e) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lit. b): czy art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości w zależności od zamówienia opcji dodatkowej, którą użytkownik końcowy może ponadto w każdej chwili dezaktywować na okres do 24 godzin, spełnia wymóg, zgodnie z którym kategoria usługi może być spowalniana jedynie tak długo, jak jest to konieczne dla osiągnięcia celów określonych w art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. a)–c) rozporządzenia (UE) 2015/2120?

2. a) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze lit. b): czy art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości jedynie w odniesieniu do transmisji strumieniowej wideo opiera się na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu?

b) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie lit. a): czy art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie trzecie rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że identyfikacja ruchu danych przypadającego na transmisję strumieniową wideo na podstawie adresów IP, protokołów, adresów

URL i rozszerzeń SNI oraz w drodze tak zwanego pattern-matchingu, w przypadku którego określone informacje zawarte w nagłówku są porównywane z wartościami typowymi dla transmisji strumieniowej wideo, stanowi monitorowanie konkretnych treści ruchu?

3. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze lit. a): czy art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości jedynie w odniesieniu do transmisji strumieniowej wideo ogranicza prawo użytkowników końcowych w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120?

Właściwe przepisy prawa Unii

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.U. 2015, L 310, s. 1), w szczególności art. 3

Właściwe przepisy krajowe

Telekommunikationsgesetz (ustawa o telekomunikacji) z dnia 22 czerwca 2004 r. (BGBl. I s. 1190), w szczególności § 126

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Skarżąca jest spółką zależną przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, które oferuje swoim klientom między innymi usługi telefonii komórkowej w różnych taryfach. Od dnia 19 kwietnia 2017 r. do oferowanych przez nią taryf telefonii komórkowej „MagentaMobil” klienci mogą zamówić bezpłatną opcję „StreamOn” (pierwotnie w wariantach „StreamOn Music”, „StreamOn Music&Video”, „MagentaEINS StreamOn Music” i „MagentaEINS StreamOn Music&Video”). W przypadku zamówienia „StreamOn” ilość danych przypadająca na transmisję strumieniową audio i wideo tak zwanych partnerów treściowych skarżącej nie jest zaliczana na poczet limitu ilości danych uzgodnionego w ramach danej taryfy telefonii komórkowej dla korzystania z łącza internetowego udostępnionego przez telefon komórkowy (tzw. zero-rating), którego zużycie generalnie zmniejsza prędkość transmisji. Warunkiem uczestnictwa w zero-ratingu w charakterze partnera treściowego jest zasadniczo spełnienie w konkretnym przypadku warunków technicznych wskazanych przez skarżącą oraz zawarcie umowy; skarżąca nie żąda wynagrodzenia od partnerów treściowych.

- 2 W przypadku „StreamOn Music&Video” użytkownik końcowy wyraża ponadto zgodę na ograniczenie maksymalnej przepustowości do 1,7 Mbit/s dla transmisji strumieniowej wideo niezależnie od tego, czy chodzi o transmisję strumieniową wideo partnerów treściowych czy innych dostawców.
- 3 Aby móc odróżnić ruch danych generowany przez oferty partnerów treściowych od pozostałego ruchu, skarżąca uzgadnia ze swoimi przedsiębiorstwami partnerskimi kryteria rozróżnienia, przy czym uwzględniane są adresy IP, protokoły, adresy URL i rozszerzenia SNI. Poza tym identyfikuje ona ruch danych przypadający na transmisję strumieniową wideo w drodze tak zwanego dopasowania do wzorca, w przypadku którego skarżąca porównuje określone informacje nagłówkowe z wartościami typowymi dla transmisji strumieniowej wideo.
- 4 Użytkownik końcowy może w każdym czasie dezaktywować i reaktywować opcję dodatkową i wskutek tego również ograniczenie przepustowości, aby przy zaliczeniu na poczet swojego limitu ilości danych ponownie umożliwić maksymalną jakość transmisji również dla transmisji strumieniowej wideo. Jeżeli w ciągu 24 godzin nie nastąpi reaktywacja przez użytkownika, skarżąca automatycznie przywraca ustawienia standardowe (niezaliczanie na poczet limitu ilości danych i ograniczenie przepustowości). Natomiast w przypadku „MagentaEINS StreamOn Music&Video” ograniczenie przepustowości nie następuje. „MagentaEINS StreamOn Music&Video” różni się od „StreamOn Music&Video” tym, że ta opcja dodatkowa może być dodana do taryfy telefonii komórkowej tylko wtedy, gdy taryfa ta jest połączona z taryfą telefonii stacjonarnej, w tym z odpowiednią usługą dostępu do internetu.
- 5 Ze wszystkich dodatkowych opcji można zrezygnować w każdej chwili bez zachowania określonego terminu.
- 6 W dniu 15 grudnia 2017 r. Bundesnetzagentur (federalna agencja ds. sieci) wydała sporną decyzję. Stwierdziła w niej, że ograniczenie maksymalnej prędkości transmisji danych do 1,7 Mbit/s w ramach opcji dodatkowej „StreamOn” jest sprzeczne z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 i że nie są spełnione przesłanki środka zarządzania ruchem, o którym mowa w art. 3 ust. 3 akapit drugi lub akapit trzeci lit. a). Ponadto zakazała ona skarżącej ograniczania w opcji dodatkowej „StreamOn” maksymalnej prędkości transmisji danych do 1,7 Mbit/s i dalszego stosowania odpowiednich klauzul taryfowych.
- 7 Wniesione przez skarżącą odwołanie od tej decyzji zostało oddalone w dniu 8 czerwca 2018 r.

Główne argumenty stron w postępowaniu przed sądem krajowym

- 8 Skarżąca zasadniczo uważa, że art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 jest jedynym kryterium oceny w odniesieniu do wiążącego się z opcją dodatkową ograniczenia przepustowości. Prawa użytkowników końcowych, o których mowa

w art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120, nie zostały naruszone, w związku z czym ograniczenie przepustowości jest dopuszczalne. Nie jest inaczej w przypadku, gdy jako kryterium oceny zastosowany zostanie również art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120, co jest zdaniem skarżącej błędne. Artykuł 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie normuje tym bardziej zasady równego traktowania. W każdym razie ograniczenie przepustowości jest dopuszczalne jako środek zarządzania ruchem w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie pierwsze rozporządzenia (UE) 2015/2120. Naruszenie zasady niedyskryminacji oraz [Or. 7] zasady proporcjonalności w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie ma miejsca. Również zgodnie z art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie trzecie rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie jest monitorowana treść ruchu danych i jest również przestrzegany wymóg konieczności pod względem czasowym. Ponadto ograniczenie przepustowości stanowi dopuszczalną kompresję danych, o której mowa w motywie 11 rozporządzenia (UE) 2015/2120.

- 9 Pozwana odiera twierdzenia skarżącej.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 10 Decydujący jest stan prawny w momencie wydania ostatniej decyzji przez organ, to znaczy w dniu 8 czerwca 2018 r.
- 11 Zdaniem sądu odsyłającego poważne względy przemawiają za naruszeniem przez skarżącą zobowiązań ciążących na niej na mocy rozporządzenia (UE) 2015/2120. Stan prawny nie wydaje się być jednak tak jednoznaczny, aby można było zrezygnować z odesłania prejudycjalnego do Trybunału.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. a)

- 12 Z orzecznictwa Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (wyższego sądu administracyjnego dla kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia) wynika, co następuje:
- postanowienia umowne, o których mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120, należy oceniać w świetle wymogów wynikających z art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia. Stanowisko skarżącej, zgodnie z którym rozpatrywane ograniczenie przepustowości zostało uzgodnione w umowie między nią i jej użytkownikami końcowymi i podlega tym samym wyłączeniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120, jest bezskuteczne, ponieważ art. 3 ust. 2 i 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie przewiduje wzajemnie wykluczających się zakresów zastosowania w tym znaczeniu, że art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 w sposób wyczerpujący reguluje dopuszczalność postanowień umownych między dostawcami usług dostępu do internetu a ich użytkownikami końcowymi, podczas gdy art. 3 ust. 3 rozporządzenia

(UE) 2015/2120 dotyczy jedynie pozostałych niezgodnionych umownie jednostronnych środków dostawców usług dostępu do internetu.

- pojęcia „dyskryminacja”, „ograniczenie” lub „ingerencja” należy interpretować jako bliższą konkretyzację ogólnego wymogu równego traktowania w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit pierwszy zdanie pierwsze rozporządzenia (UE) 2015/2120. Jednocześnie przy pomocy pojęć „nadawca”, „odbiorca”, „treści”, „aplikacje”, „usługi” lub „urządzenia końcowe” pewne oznaki nierównego traktowania zostały wyraźnie uznane za niedopuszczalne. Dlatego też w przypadku postanowienia umownego, którego przedmiotem jest ograniczenie maksymalnej przepustowości do 1,7 Mbit/s dla transmisji strumieniowej wideo, ma miejsce nierówne traktowanie w zakresie, w jakim przy pomocy ograniczenia przepustowości dla transmisji strumieniowej wideo jest dokonywane arbitralne techniczne różnicowanie w stosunku do innych usług i aplikacji według rodzaju używanych lub udostępnianych aplikacji lub usług.
 - powyższemu założeniu nie sprzeciwia się ani motyw 9 rozporządzenia, który ma na celu jedynie objaśnienie uregulowanych w art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120 warunków odpowiednich środków zarządzania ruchem, które mimo ewentualnego nierównego traktowania ruchu danych powinny pozostać dopuszczalne na zasadzie systemowego odstępstwa od art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120, ani motyw 11 tego rozporządzenia, który dotyczy kompresji danych skutkującej zmniejszeniem ilości danych, a nie ograniczeniem prędkości transmisji danych.
- 13 Niemniej jednak istnieje również pogląd przeciwny do orzecznictwa Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, który powołuje następujące argumenty:
- artykuł 3 ust. 2 i 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 mają różne zakresy regulacji, w związku z czym tak zwany shaping traffic na podstawie postanowień umownych powinien być oceniany wyłącznie w świetle art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Brzmienie art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 odsyła tylko do art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120, a nie do art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia. Wyrażenie „traktują”, użyte w art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120, nie pozwala stwierdzić żadnego terminologicznego związku z pojęciem postanowień umownych, użytym w art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia.
 - pod względem systemowym art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120 reguluje zasadnicze prawa użytkowników końcowych, art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 zasadniczo uprawnia do opartych na autonomii stron porozumień, zaś art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 unilateralne prawa i obowiązki, które nie wymagają zgodnego

porozumienia z użytkownikiem końcowym. Sprzeczne z tą systematyką jest powoływanie się na wymogi art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 w celu oceny zgodności z prawem również postanowień umownych, o których mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Ponadto art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 wyraźnie zezwala na postanowienia umowne dotyczące finansowych i technicznych warunków usługi dostępu do internetu. Artykuł 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120 zakazuje natomiast wszystkich środków zarządzania ruchem podyktowanych „względami handlowymi”. Gdyby postanowienia umowne w rozumieniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 miały być oceniane w świetle wymogów ustanowionych również w art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120, prowadziłyby to do paradoksalnego rezultatu, że o ile użytkownicy końcowi i dostawcy usług dostępu do internetu mogliby zawrzeć umowę dotyczącą handlowego warunku dostępu do internetu, o tyle na mocy art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie byłoby dopuszczalne wprowadzenie w życie odpowiedniego środka zarządzania ruchem w celu wykonania umowy. Taki rezultat nie będzie możliwy, jeżeli art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 będzie stosowany jako jedyne kryterium oceny zgodności z prawem w odniesieniu do postanowień umownych i art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 będzie uważany za kryterium legalności w odniesieniu do jednostronnych środków dostawców usług dostępu do internetu. Taka wykładnia jest również zgodna z *ratio legis* rozporządzenia (UE) 2015/2120, którego głównym celem jest ochrona użytkownika końcowego i jego praw.

- 14 Mając na uwadze rozbieżności poglądów dotyczące zakresów regulacji art. 3 ust. 2 i 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120, sąd uważa, że wymaga wyjaśnienia kwestia, czy postanowienia umowne w rozumieniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 powinny być oceniane w świetle wymogów art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. b)

- 15 Przy założeniu, że również postanowienia umowne, o których mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120, należy oceniać w świetle wymogów art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120, sąd odsyłający uważa w tym kontekście przede wszystkim, że jest oczywiste, iż ograniczenie maksymalnej przepustowości do 1,7 Mbit/s dla transmisji strumieniowej wideo stanowi nierówne traktowanie w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120. Stwierdzić bowiem można, że w tym względzie cały ruch nie jest traktowany równo w czasie świadczenia usług dostępu do internetu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 16 Ponadto sąd odsyłający uważa, że nie można racjonalnie wątpić, iż nierówne traktowanie w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120 może być uzasadnione jedynie na podstawie art. 3 ust. 3 akapit drugi i trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120. Jak stanowi motyw 8 rozporządzenia

(UE) 2015/2120, w ramach świadczenia usług dostępu do internetu dostawcy tych usług powinni traktować każdy ruch danych równo, bez dyskryminacji, ograniczeń czy ingerencji, bez względu na nadawcę lub odbiorcę, treść, aplikację, usługę lub urządzenie końcowe. Zgodnie z zasadami ogólnymi prawa Unii i utrwalonym orzecznictwem porównywalnych sytuacji nie należy traktować w różny sposób, a różnych sytuacji w taki sam sposób, chyba że takie postępowanie jest obiektywnie uzasadnione.

- 17 Takie uzasadnienie jest możliwe jedynie na warunkach przewidzianych w art. 3 ust. 3 akapit drugi i trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 18 Prawdą jest, że motyw 8 rozporządzenia (UE) 2015/2120 odsyła w związku z zakazem nierównego traktowania, o którym mowa w art. 3 ust. 3 akapit pierwszy tego rozporządzenia, do ogólnych zasad prawa Unii i utrwalonego orzecznictwa. Sąd odsyłający uważa jednak, że obiektywne uzasadnienie w rozumieniu motywu 8 jest możliwe wyłącznie na warunkach wymienionych w art. 3 ust. 3 akapit drugi i trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120. Każda inna wykładnia art. 3 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) 2015/2120 byłaby sprzeczna z wyraźną systematyką regulacyjną art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 19 Sąd odsyłający uważa następnie, że nie ma również wątpliwości co do tego, iż art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 należy badać w pierwszej kolejności względem art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 20 Przepis ten statuuje bowiem zgodnie z jego brzmieniem zasadniczy zakaz takich środków zarządzania, które wykraczają poza odpowiednią praktykę zarządzania ruchem w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120 i wyraźnie wymienia w tym względzie spowolnienie kategorii usług jako środek zakazany dostawcom dostępu do internetu, o ile nie są spełnione warunki przewidziane w art. 3 ust. 3 akapit trzeci 3 lit. a)–c) rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 21 Wychodząc z tych podstawowych założeń sąd odsyłający uważa, że w niniejszej sprawie rozporządzenie (UE) 2015/2120 nie pozwala jednak stwierdzić w sposób wystarczająco jasny, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości należy zakwalifikować jako spowolnienie kategorii usług w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 22 Sąd nie może racjonalnie bez wątpliwości uznać, że ograniczenie przepustowości mające zastosowanie wyłącznie do transmisji strumieniowej wideo, dotyczy kategorii usług w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 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”). Pojęcie kategoria usług nie jest zdefiniowane w art. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120.

Ponadto art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120 i art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 zawierają wraz z pojęciami określonych kategorii ruchu z jednej strony i równoważnych rodzajów ruchu z drugiej strony kolejne pojęcia. Nie są one z kolei zdefiniowane w art. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 i ponadto nie przyczyniają się do wyjaśnienia znaczenia pojęcia kategorii usług; w tym względzie w wiążących wersjach językowych rozporządzenia (UE) 2015/2120 posłużono się bowiem wyrażeniami częściowo identycznymi z pojęciem kategorii usług („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „équivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”).

- 23 Nawet jeśli zdaniem sądu odsyłającego przeważające względy przemawiają za tym, że w świetle zawartego w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia 2015/2120 wyliczenia pojęć „określonych treści, aplikacji lub usług” i „niektórych ich kategorii” ograniczenie przepustowości mające zastosowanie jedynie do transmisji strumieniowej wideo jest objęte zakresem zastosowania rzeczonoego przepisu, to zgodnie z motywem 11 rozporządzenia (UE) 2015/2120 z art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie wynika jednak zakaz stosowania niedyskryminacyjnych technik kompresji danych, które zmniejszają rozmiar pliku danych bez ingerencji w jego treść. Zdaniem sądu odsyłającego przeważające względy przemawiają za tym, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości nie stanowi niedyskryminującej techniki kompresji danych w tym znaczeniu, ponieważ zgodnie z motywem 11 rozporządzenia (UE) 2015/2120 taka kompresja danych powinna umożliwić bardziej efektywne wykorzystanie ograniczonych zasobów i być w interesie użytkowników końcowych poprzez zmniejszenie ilości danych, zwiększenie prędkości i poprawę ogólnego komfortu korzystania z odnośnych treści, aplikacji lub usług. Sąd odsyłający uważa, że przesłanki te nie są spełnione w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie w odniesieniu do ograniczenia przepustowości.
- 24 Niemniej jednak motyw 11 rozporządzenia (UE) 2015/2120 wyraźnie wskazuje, że art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie sprzeciwia się wszelkim środkom dostawców dostępu do internetu zmierzającym do skuteczniejszego wykorzystania ograniczonych zasobów. Wobec tej okoliczności sąd odsyłający nie może co najmniej racjonalnie bez wątpliwości uznać, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości stanowi spowolnienie kategorii usług w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120. W konsekwencji sąd odsyłający uważa, że należy wyjaśnić, czy ograniczenie przepustowości należy uznać za spowolnienie kategorii usług w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. c)

- 25 Zgodnie z motywem 11 rozporządzenia (UE) 2015/2120 przepisy art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. a)–c) tego rozporządzenia podlegają ścisłej interpretacji oraz

wymogom proporcjonalności. Określone treści, aplikacje i usługi, a także określone ich kategorie należy chronić z uwagi na negatywny wpływ środków blokujących lub innych środków ograniczających, niewchodzących w zakres uzasadnionych wyłączeń, na wybór użytkownika końcowego i na innowacje. Zważywszy na powyższe, zdaniem sądu odsyłającego, przeważające względy przemawiają za tym, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości nie spełnia wymogów art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120. Zgodnie z motywem 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120 art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) tego rozporządzenia umożliwia mianowicie stosowanie środków koniecznych w celu zapobiegania grożącym przeciążeniom sieci, to jest sytuacjom, w których nieuchronnie zbliża się przeciążenie sieci, a także łagodzenie skutków przeciążenia sieci, jeżeli takie przeciążenie ma wyłącznie charakter tymczasowy lub pojawia się w wyjątkowych okolicznościach. Przez tymczasowe przeciążenia należy rozumieć zgodnie z tym motywem konkretne krótkotrwałe sytuacje, w których nagły wzrost liczby użytkowników w stosunku do liczby użytkowników regularnych lub nagły wzrost zapotrzebowania na określone treści, aplikacje lub usługi, może doprowadzić do przekroczenia zdolności przesyłowej niektórych elementów sieci oraz sprawić, że pozostała część sieci będzie mniej reaktywna. Przez wyjątkowe przeciążenie należy ponadto rozumieć zgodnie z motywem 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120 [Or. 24] nieprzewidziane i nieuniknione przypadki przeciążenia zarówno w sieciach ruchomych, jak i stacjonarnych. Możliwe przyczyny takich sytuacji obejmują zgodnie z nim awarie techniczne, takie jak przestój w świadczeniu usługi z powodu uszkodzenia kabla lub innych elementów infrastruktury, nieplanowane zmiany w routingu danych lub duży wzrost transmisji danych w sieci ze względu na sytuacje nadzwyczajne lub inne okoliczności poza kontrolą dostawców usług dostępu do internetu.

- 26 Sąd odsyłający uważa, że ograniczenie przepustowości mające w niniejszej sprawie zastosowanie do transmisji strumieniowej wideo w przypadku skorzystania z opcji dodatkowej nie spełnia tych wymogów już z tego względu, że nie ma ono zastosowania wyłącznie w przypadku wystąpienia okoliczności tymczasowych lub wyjątkowych. Przeciwnie, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez skarżącą ograniczenie przepustowości następuje z tego względu, że istniejące zdolności przesyłowe sieci powinny pozwalać na trwałe, nielimitowane korzystanie z transmisji strumieniowej wideo jedynie do maksymalnej przepustowości 1,7 Mbit/s. Niezależnie od tego, czy na podstawie tak ogólnego argumentu można uznać, że istnieje ryzyko przeciążenia sieci, nie można w każdym razie stwierdzić w tym względzie ani okoliczności tymczasowych ani wyjątkowych w rozumieniu motywu 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 27 Jednakże sąd odsyłający nie może racjonalnie bez wątpliwości uznać, że pojęcie grożącego przeciążenia sieci w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 dotyczy jedynie grożącego przeciążenia sieci o charakterze tymczasowym lub wyjątkowym.

- 28 Brzmienie art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 wymienia bowiem z jednej strony grożące przeciążenia sieci, a z drugiej strony skutki wyjątkowego lub tymczasowego przeciążenia sieci. W związku z tym zdaniem sądu odsyłającego wymaga wyjaśnienia, czy przymiotniki „wyjątkowe” i „tymczasowe” odnoszą się również do pojęcia grożącego przeciążenia sieci.
- 29 Za tym, że tak jest, przemawia zdaniem sądu odsyłającego fakt, że motyw 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120 zasadniczo uznaje za dopuszczalne środki zarządzania ruchem, które wykraczają poza odpowiednie środki zarządzania ruchem, „w celu uniknięcia lub złagodzenia skutków tymczasowego lub wyjątkowego przeciążenia sieci”. Oczywiście jest, że zgodnie z tym motywem grożące przeciążenia sieci są objęte zakresem zastosowania art. 3 ust. 3 zdanie trzecie lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 tylko wtedy, gdy mają one charakter wyjątkowy lub tymczasowy. Wydaje się natomiast nie mieć znaczenia to, że zgodnie z motywem 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120 powtarzające się i długotrwałe przeciążenia sieci, które nie mają ani charakteru wyjątkowego, ani tymczasowego, nie powinny być objęte wyłączeniem przewidzianym w art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120, a raczej powinny być usuwane poprzez zwiększenie przepustowości sieci. Odniesienie do zwiększenia przepustowości sieci następuje w opinii sądu odsyłającego jedynie w odgraniczeniu do przeciążeń o charakterze wyjątkowym i tymczasowym i w związku z tym stanowi kwestię drugorzędną w stosunku do pytania, czy również pojęcie grożącego przeciążenia sieci dotyczy jedynie sytuacji o charakterze wyjątkowym lub tymczasowym.
- 30 Pomimo wskazówek dotyczących wykładni rzeczono przepisu, których dostarcza motyw 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120, sąd odsyłający uważa, że brzmienie art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie jest jasne. Bez wcześniejszego wyjaśnienia przez Trybunał Sprawiedliwości sąd odsyłający nie może dokonać wykładni w ten sposób, że rzeczony przepis obejmuje jedynie (grożące) nadzwyczajne lub tymczasowe przeciążenia sieci.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. d)

- 31 Zdaniem sądu odsyłającego przeważające względy przemawiają za tym, że samo stosowanie ograniczenia przepustowości w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie stanowi nierówne traktowanie równoważnych kategorii ruchu jedynie w przypadku opcji dodatkowej „StreamON Music&Video”, a nie w pozostałym zakresie, a w szczególności w odniesieniu do opcji dodatkowej „MagentaEins StreamOn Music&Video. Ograniczenie przepustowości dla transmisji strumieniowej wideo nie ma bowiem zastosowania do wszystkich użytkowników końcowych; w konsekwencji nie tylko równoważne kategorie ruchu, lecz raczej te same kategorie ruchu są traktowane w nierówny sposób. Ponadto zdaniem sądu odsyłającego istotnego w zakresie zastosowania art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 nierównego traktowania równoważnych kategorii ruchu należy upatrywać również w okoliczności, że

w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości dotyczy wyłącznie transmisji strumieniowej wideo.

- 32 Jednakże, jak wskazano, (również) pojęcie równoważnych rodzajów ruchu („equivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”) nie zostało zdefiniowane w art. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Ponadto pojęcie to nie pokrywa się z pojęciem niektórych kategorii ruchu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120, mimo że w wiążących wersjach językowych rozporządzenia (UE) 2015/2120 zostały użyte częściowo identyczne wyrażenia („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „équivalent catégories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”). Wreszcie rzeczony pojęcie różni się pod względem terminologicznym od pojęcia kategorii usług, o których mowa w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 33 Abstrahując od powyższych rozważań, spowolnienie kategorii usług może być dopuszczalne zgodnie z art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 pozwala na spowolnienie kategorii usług „w przypadk[ach], w których” jeżeli jest ono konieczne, aby zapobiec grożącym przeciążeniom sieci oraz złagodzić skutki wyjątkowego lub tymczasowego przeciążenia sieci. Ponadto motyw 15 rozporządzenia (UE) 2015/2120 odwołuje się do zasady proporcjonalności i uznaje w tym względzie za konieczne, aby środki zarządzania ruchem opierające się na art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 równo traktowały równoważne rodzaje ruchu. Nie pozwala to sądowi odsyłającemu na racjonalne pozbawienie wątpliwości **[Or. 27]** rozstrzygnięcie, czy w przypadkach takich jak w niniejszej sprawie stosowanie ograniczenia przepustowości wyłącznie w przypadku opcji dodatkowej jest sprzeczne z art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120. Nawet jeśli zdaniem sądu odsyłającego jest niewiele argumentów za tym przemawiających, powołanie się konkretnie na zasadę proporcjonalności mogłoby prowadzić do wniosku, że w przypadku spowolnienia danej kategorii usług równoważne (a nawet identyczne kategorie ruchu) akurat nie muszą być traktowane w ten sam sposób, pod warunkiem że już częściowe spowolnienie danej kategorii usług może zapobiec grożącemu przeciążeniu sieci.
- 34 W konsekwencji wyjaśnienia wymaga kwestia, czy art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 zezwala na taką interpretację. Tylko pod warunkiem, że częściowe spowolnienie w powyższym znaczeniu okaże się dopuszczalne, znaczenie miałyby poza tym w ogóle to, czy przyczyną stosowania ograniczenia przepustowości jedynie w odniesieniu do opcji dodatkowej „StreamOn Music&Video”, nie zaś w odniesieniu do opcji dodatkowej „MagentaEins StreamOn Music&Video”, może być w dopuszczalny sposób okoliczność, że, jak utrzymuje skarżąca, w przypadku opcji dodatkowej „MagentaEins StreamOn Music&Video” można przewidzieć na podstawie istniejącego podłączenia do sieci stacjonarnej, że transmisja strumieniowa wideo częściowo nie będzie odbywała się poprzez sieć telefonii komórkowej.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. e)

- 35 Zdaniem sądu odsyłającego przeważające względy przemawiają za tym, że wymóg czasowy przewidziany w art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie jest zachowany już wtedy, gdy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości jest co do zasady trwałe, lecz z jednej strony uzależnione jest od skorzystania z opcji dodatkowej, a z drugiej strony użytkownik końcowy może ją dezaktywować i reaktywować.
- 36 W rozumieniu sądu odsyłającego trwałe ograniczenie przepustowości w sposób oczywisty nie odpowiada bowiem celowi normy z art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120, który zgodnie z motywem 15 rozporządzenia (UE) nie powinien dawać dostawcom usług dostępu do internetu możliwości obchodzenia ogólnego zakazu blokowania, spowalniania, zmiany, ograniczania, obniżania jakości, faworyzowania określonych treści, aplikacji lub usług, lub określonych ich kategorii, a także ingerowania w nie.
- 37 Motywy rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie precyzują natomiast wymogu, zgodnie z którym środki, o których mowa w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120, są dozwolone jedynie „tak długo”, jak jest to konieczne, aby osiągnąć jeden z celów wymienionych w art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. a)–c) rozporządzenia (UE) 2015/2120. Nawet jeśli zdaniem sądu odsyłającego nie ma przekonujących względów w tym zakresie, nie można co najmniej racjonalnie bez wątpliwości założyć, iż w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie wymóg przewidziany w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 jest zachowany przez sam fakt, że ograniczenie przepustowości ma zastosowanie dopiero wskutek zamówienia opcji dodatkowej i że ponadto użytkownik końcowy może w każdej chwili dezaktywować i reaktywować opcję dodatkową.
- 38 W tym kontekście sąd odsyłający uważa, że również interpretacja czasowego wymogu przewidzianego w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120 wymaga wyjaśnienia.

W przedmiocie pytania drugiego

- 39 W przypadku gdy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości nie jest sprzeczne z art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120, wyjaśnienia wymaga poza pytaniem pierwszym lit. b)–e) kwestia, czy stanowi ono dopuszczalny środek zarządzania ruchem w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.

W przedmiocie pytania drugiego lit. a)

- 40 Zgodnie z motywem 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120 dostawcy usługi dostępu do internetu mogą stosować w celu optymalizacji ogólnej jakości transmisji środki zarządzania ruchem wprowadzające rozróżnienie pomiędzy obiektywnie różnymi

kategoriami ruchu. Z myślą o zapewnieniu optymalnej ogólnej jakości i komfortu użytkownika takie rozróżnienie powinno być dokonywane wyłącznie w oparciu o obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług (na przykład dotyczące opóźnień, wahań opóźnień, utraty pakietów i przepustowości) w zakresie określonych kategorii ruchu, a nie powinno być podyktowane względami handlowymi. Deklarowanym celem odpowiedniego zarządzania ruchem jest wspieranie efektywnego wykorzystywania zasobów sieciowych i optymalizacji ogólnej jakości transmisji, co ma być odpowiedzią na obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii transmitowanych danych, a zatem transmitowanych treści, aplikacji i usług.

- 41 Na tej podstawie sąd odsyłający uważa, że przeważające względy przemawiają za tym, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości nie jest oparte na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120. Z faktycznego punktu widzenia wymogi dotyczące transmisji strumieniowej wideo w odniesieniu do opóźnienia, wahań opóźnienia, utraty pakietów i przepustowości nie różnią się bowiem od transmisji danych dla korzystania z innych aplikacji lub usług. Transmisja strumieniowej wideo różni się od transmisji danych dla korzystania z innych aplikacji lub usług jedynie przez sam fakt systematycznego stosowania technologii zwanej „Adaptive Bitrate”.
- 42 Zdaniem sądu odsyłającego nie chodzi jednak w tym względzie o obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120. To samo dotyczy faktu, że – jak podnosi skarżąca – w przypadku transmisji strumieniowej wideo chodzi o wykorzystanie potencjalnie dużych przepustowości. Samo to nie spełnia zdaniem sądu odsyłającego warunku, zgodnie z którym każdy środek zarządzania ruchem powinien być oparty na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu.
- 43 Tego, że ograniczenie przepustowości dla transmisji strumieniowej wideo nie jest oparte na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120, dowodzi zdaniem sądu odsyłającego poza tym również fakt, że ograniczenie to ma zastosowanie jedynie w przypadku opcji dodatkowej, a nie w pozostałych przypadkach i ponadto użytkownik końcowy może w każdej chwili dezaktywować i reaktywować opcję dodatkową.
- 44 Niemniej jednak sąd odsyłający nie może dokonać takiej oceny racjonalnie bez wątpliwości w sposób ostateczny. Wynika to z jednej strony z faktu, że – jak wskazano – pojęcie określonych kategorii ruchu („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”) nie jest zdefiniowane w art. 2

rozporządzenia (UE) 2015/2120. Ponadto pojęcie to nie pokrywa się z pojęciem równoważnego transferu danych, o którym mowa w art. 3 ust. 3 akapit trzeci lit. c) rozporządzenia (UE) 2015/2120, mimo że wiążące wersje językowe rozporządzenia (UE) 2015/2120 posługują się częściowo identycznymi wyrażeniami („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „equivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”). Ponadto pojęcie to różni się pod względem terminologicznym od pojęcia kategorii usług, o którym mowa w art. 3 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia (UE) 2015/2120.

- 45 Ponadto motyw 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120 jedynie przykładowo opisuje kryterium przewidziane w art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie, w myśl którego to kryterium środki zarządzania ruchem powinny być oparte na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług. Również z tego powodu sąd odsyłający nie może w sposób ostateczny dojść do wniosku, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości nie jest oparte na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu w rozumieniu art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 46 Nie można również uznać, że treść pojęcia obiektywnych różnic w wymogach technicznych jest wystarczająco wyjaśniona z tego względu, że – jak wynika z motywu 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120 – dostawcy usług dostępu do internetu mogą stosować środki zarządzania ruchem w celu optymalizacji ogólnej jakości transmisji; w identyczny sposób motyw 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120 stanowi, że środki zarządzania ruchem powinny zapewniać optymalną ogólną jakość i komfort użytkownika. Zdaniem sądu odsyłającego nie dostarcza to bowiem samo w sobie informacji na temat tego, w jaki sposób należy dokonywać interpretacji wymogu z art. 3 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia (UE) 2015/2120, w myśl którego środki zarządzania ruchem powinny być oparte na obiektywnych różnicach w wymogach technicznych dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu. Sam motyw 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120 odwołuje się do tego wymogu jedynie w ten sposób, że celem odpowiedniego zarządzania ruchem jest „wspieranie efektywnego wykorzystywania zasobów sieciowych i optymalizacji ogólnej jakości transmisji, co ma być odpowiedzią na obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii transmitowanych danych, a zatem transmitowanych treści, aplikacji i usług”. W konsekwencji, nawet stosując motyw 9 rozporządzenia (UE) 2015/2120, nie jest możliwe określenie w sposób wystarczająco jasny treści pojęcia obiektywnych różnic w wymogach technicznych.
- 47 W świetle powyższego wyjaśnienia wymaga kwestia, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości spełnia wymóg określony w art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie drugie rozporządzenia (UE) 2015/2120, w myśl którego środki zarządzania ruchem powinny być oparte na

obiektywnych różnicach w wymogach technicznych dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu.

W przedmiocie pytania drugiego lit. b)

- 48 Artykuł 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie zawiera definicji pojęcia niedozwolonego monitorowania konkretnych treści, o którym mowa w art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie trzecie tego rozporządzenia. Motyw 10 tego rozporządzenia stanowi jedynie, że odpowiednie zarządzanie ruchem nie wymaga technik umożliwiających monitorowanie konkretnych treści w ramach danych transmitowanych za pomocą usługi dostępu do internetu.
- 49 Sąd odsyłający nie dysponuje więc wystarczającymi wskazówkami pozwalającymi sprecyzować treść regulacyjną art. 3 ust. 3 akapit drugi zdanie trzecie rozporządzenia (UE) 2015/2120. Z tego powodu sąd odsyłający nie może w sposób racjonalny bez wątpliwości rozstrzygnąć, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości wiąże się z niedozwolonym monitorowaniem konkretnych treści, jeżeli w celu identyfikacji ruchu dotyczącego transmisji strumieniowej wideo są wykorzystywane dane techniczne z adresów IP lub protokołów lub adresów URL lub rozszerzeń SNI (dla HTTPS) lub public keys używanych do szyfrowania w ramach protokołu HTTPS (o ile ma to zastosowanie) lub danych technicznych wykorzystywanych przez dostawców lub ich operatorów.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 50 Jeżeli w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości powinno być oceniane wyłącznie w świetle art. 3 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120, a nie wymogów przewidzianych w art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120, sąd odsyłający uważa, że wymaga wyjaśnienia kwestia, czy ograniczenie przepustowości narusza prawa użytkowników końcowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Zgodnie z tym przepisem użytkownicy końcowi mają prawo – za pomocą usługi dostępu do internetu – do uzyskania dostępu do informacji i treści oraz do ich rozpowszechniania, a także do korzystania z wybranych aplikacji i usług oraz ich udostępniania, jak również do korzystania z wybranych urządzeń końcowych, niezależnie od lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też od lokalizacji, miejsca pochodzenia lub miejsca docelowego informacji, treści lub usługi.
- 51 Sąd odsyłający uważa, że kwestia dotycząca tego, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości należy kwalifikować jako ograniczenie praw użytkowników końcowych w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120, nie jest w tym momencie wystarczająco wyjaśniona na podstawie wytycznych BEREC. Wskazują one co prawda, że pewne warunki techniczne są sprzeczne z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Jednakże zdaniem sądu odsyłającego nie można z tego

wywnioskować co najmniej z całkowitą pewnością, że to właśnie ograniczenie przepustowości stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120.

- 52 To samo dotyczy tego, co zresztą nie zostało wyraźnie przewidziane w przepisach rozporządzenia (UE) 2015/2120, a mianowicie założenia przyjętego w wytycznych BEREC, zgodnie z którym naruszenie art. 3 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2015/2120 może również oznaczać naruszenie art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120.
- 53 Niekiedy już sama opcja dodatkowa jest krytykowana z uwagi na fakt, że użytkownicy końcowi są jakoby zmuszani do korzystania z usług tak zwanych partnerów treściowych. Jednakże w szczególności zgodnie z wytycznymi BEREC tak zwane oferty zero-ratingowe nie są *per se* niezgodne z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Jeżeli jest zagwarantowany niedyskryminujący dostęp do zero-ratingu dla dostawców treści i od dostawców treści nie jest też pobierane oddzielne wynagrodzenie za zero-rating, odpowiednie oferty są w ogólności uważane za dopuszczalne również poza wytycznymi BEREC.
- 54 Wreszcie w każdym razie nie zostało przynajmniej ostatecznie wyjaśnione, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie to właśnie ograniczenie przepustowości należy uznać za ograniczenie praw użytkowników końcowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120. Stan dyskusji w tym względzie można streścić w następujący sposób: za istotne uważa się konkretne warunki tzw. traffic-shapingu. Jeżeli – tak jak w niniejszej sprawie – użytkownicy końcowi mogą dezaktywować i reaktywować traffic-shaping (w połączeniu z zero-ratingiem), ograniczenie przepustowości nie jest uważane za sprzeczne z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120, ponieważ – zgodnie z uzasadnieniem – użytkownicy końcowi mogą samodzielnie decydować o sposobie korzystania przez nich z dostępu do internetu; jeśli klientom daje się do ręki dodatkową opcję i wyłącznie oni mogą podjąć tę decyzję, to nie przemawia to za ograniczeniem ich swobody wyboru, lecz za rozszerzeniem ich opcji działania.
- 55 Brzmienie tego przepisu i motywy rozporządzenia (UE) 2015/2120 nie dostarczają wskazówek na to, że naruszenie praw użytkowników końcowych jest wykluczone z tego względu, iż opcja dodatkowa rozszerzyła ich opcje działania w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie. To samo dotyczy kwestii naruszenia praw dostawców treści przez to, że nie mogą oni już dostarczać swoich ofert w możliwie najlepszej jakości technicznej wszystkim użytkownikom końcowym. Okoliczność, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120 odnosi się właśnie do usługi dostępu do internetu użytkowników końcowych, również nie pozwala na udzielenie ostatecznej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, ponieważ nie jest możliwe wyciągnięcie z niego wniosków co do ewentualnej pozycji prawnej dostawców treści. Ponadto wydaje się, że w dyskusji dotyczącej tak zwanego traffic-shapingu jak dotąd nie zostało uwzględnione, że w sytuacji rozpatrywanej w niniejszej sprawie ma miejsce nierówne traktowanie dostawców usług transmisji strumieniowej wideo i innych dostawców treści.

- 56 W tych okolicznościach sąd odsyłający uważa, że konieczne jest wyjaśnienie, czy w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie ograniczenie przepustowości należy klasyfikować jako ograniczenie praw użytkowników końcowych w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2015/2120.

DOKUMENT ROBOCZY