Asunto C-39/19**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

23 de enero de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de septiembre de 2018

Parte demandante:

Telenor Magyarország Zrt.

Parte demandada:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidencia de la Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría)

Objeto del procedimiento principal

Recurso contra la resolución de la autoridad húngara de reglamentación por la que esta apreció que el servicio complementario ofrecido por el operador de telecomunicaciones, disponible para suscripciones de telefonía móvil y que permite un tráfico de datos limitado o ilimitado para determinadas plataformas de música en streaming (conocido como tarifa reducida MyMusic), infringía el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, y conminó a ese operador a eliminar las diferencias existentes entre determinados tráficos de internet.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de la decisión prejudicial

¿Qué disposición del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 resulta aplicable a la tarifa reducida MyMusic? ¿Puede esta tarifa reducida ser compatible con el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 y, en consecuencia, cumplir el requisito de trato equitativo y no discriminatorio? ¿Qué profundidad y alcance

debe tener el control que lleve a cabo la autoridad nacional de reglamentación en el marco del artículo 3 del Reglamento 2015/2120?

Fundamento jurídico: Artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse a la luz del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (en lo sucesivo, «Reglamento»), el acuerdo comercial entre el proveedor de servicios de acceso a internet y el usuario final, en virtud del cual el proveedor de servicios aplica al usuario final una tarifa de coste cero en relación con determinadas aplicaciones (esto es, el tráfico generado por una aplicación dada no se contabiliza a efectos de consumo de datos y tampoco ralentiza su velocidad una vez consumido el volumen de datos contratado), y con arreglo al cual ese proveedor practica una discriminación circunscrita a las condiciones del acuerdo comercial celebrado con el consumidor final y dirigida únicamente contra el usuario final que es parte de ese acuerdo, y no contra un usuario final que no sea parte del mismo?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento en el sentido de que, para apreciar la existencia de una infracción —habida cuenta también del considerando 7 del Reglamento— es necesaria una evaluación basada en el impacto y en el mercado que determine si las medidas adoptadas por el proveedor de servicios de acceso a internet limitan efectivamente —y, en su caso, en qué medida— los derechos que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento reconoce al usuario final?
- 3) Al margen de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, ¿debe interpretarse el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento en el sentido de que la prohibición establecida en el mismo es de carácter incondicional, general y objetivo, de modo que, en virtud de la misma, queda prohibida cualquier medida de gestión del tráfico que establezca diferencias entre determinados contenidos de internet, y ello con independencia de si el proveedor de servicios de acceso a internet las establece mediante un acuerdo, una práctica comercial u otro tipo de conducta?
- 4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, ¿puede también apreciarse la existencia de una infracción del apartado 3 del artículo 3 del Reglamento por el mero hecho de que exista una discriminación, sin

necesidad de llevar a cabo adicionalmente una evaluación del mercado y del impacto, resultando innecesaria en tal caso una evaluación con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Considerando 7 y artículos 3 y 5 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (DO 2015, L 310, p. 1).

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (Ley 100 de 2003, de comunicaciones electrónicas).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento en el litigio principal

- 1 Telenor, uno de los principales proveedores de servicios de telecomunicaciones de Hungría, ofrece, entre otros productos, el paquete de servicios complementario MyMusic en régimen de prepago y de suscripción mensual. El paquete MyMusic está disponible en tres modalidades (Start, Nonstop y Deezer) y, en función de la cuota mensual abonada, ofrece un consumo de datos de 500 Mb o un consumo ilimitado para acceder a cuatro plataformas concretas de música en streaming (Deezer, Apple Music, Tidal y Spotify) además de a determinadas radios en línea (Kossuth Rádió, Petőfi Rádió, Bartók Rádió, Dankó Rádió, Rádió 1, Music FM, y Sláger FM) (designadas conjuntamente, en lo sucesivo, como «aplicaciones»). El tráfico de datos generado en el marco de estos paquetes no computa a efectos del volumen de datos de que disponen los abonados y estas aplicaciones siguen estando a su disposición de forma ilimitada (esto es, sin restricciones ni bloqueos de la banda ancha) incluso después de que hayan utilizado el volumen de datos contratado (en el caso del paquete MyMusic Start hasta un volumen de 500 Mb). Por el contrario, otros contenidos de internet no incluidos en las aplicaciones generan un tráfico de datos sujeto a pago y su disponibilidad está limitada. La tarifa de los paquetes MyMusic es considerablemente inferior a la correspondiente a los paquetes de 500 Mb o de volumen ilimitado disponibles con las mismas suscripciones.
- 2 La Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría), en cuanto autoridad de primer grado, estimó que la tarifa reducida MyMusic podía considerarse una medida de gestión del tráfico, bajo la forma de una práctica comercial, contraria a las exigencias de trato

equitativo y no discriminatorio impuestas por el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 y conminó a la demandante a eliminar las diferencias contrarias a Derecho existentes entre determinados tráficos de internet.

- 3 La autoridad de segundo grado y parte demandada —la Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidencia de la Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría)— confirmó la resolución de la autoridad de primer grado. La autoridad de segundo grado declaró prohibida, sobre una base objetiva y con independencia de la forma que revista, toda medida de gestión del tráfico que establezca una distinción entre contenidos determinados de internet, y añadió que la tarifa reducida MyMusic constituye indudablemente una medida de gestión del tráfico que, como tal, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 sin necesidad de llevar a cabo una evaluación del mercado y del impacto.
- 4 La parte demandante ha recurrido ante el órgano jurisdiccional remitente la resolución de la autoridad de segundo grado.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 5 Según la parte demandante, la demandada incurre en un error al interpretar restrictivamente el Reglamento 2015/2120. A juicio de la demandante, la autoridad de reglamentación hubiera debido llevar a cabo un control en dos fases y así, en primer lugar, debió analizar si la conducta en cuestión infringe lo dispuesto en los apartados 1 y 2 o en el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 y, en caso afirmativo, debió llevar a cabo seguidamente una evaluación del impacto de tal restricción o interferencia. La demandante afirma que, en el presente caso, la autoridad de reglamentación solo llevó a cabo la primera fase de este control, ya que, con base en el artículo 3, apartado 3, apreció la existencia de una discriminación, pero se abstuvo por completo de analizar su impacto. Según la demandante, la necesidad de la evaluación del impacto también puede deducirse del artículo 5 del Reglamento 2015/2120.
- 6 La parte demandante reprocha igualmente a la autoridad de reglamentación que únicamente aplicara el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120. Esta alegación se sustenta principalmente en que tal disposición, que guarda relación con las medidas decididas unilateralmente por el proveedor del servicio, no debió aplicarse, sino los apartados 1 y 2 de ese mismo artículo, ya que la tarifa reducida MyMusic debe considerarse una práctica comercial derivada de un acuerdo bilateral entre el usuario final y el proveedor del servicio. En el caso de prácticas comerciales, la cuestión de si se limita la libertad de elección del usuario final debe comprobarse en relación con el conjunto de los servicios ofrecidos por el prestador de servicios, y no respecto de un único paquete de servicios (MyMusic Start, por ejemplo), no limitándose esta libertad cuando es posible acceder a cualquier contenido. En cambio, en el caso de medidas unilaterales lo decisivo es que los proveedores de servicios no traten desfavorablemente determinados

contenidos y que solo apliquen medidas de gestión del tráfico permitidas y razonables.

- 7 Con carácter subsidiario, esa alegación se sustenta en la tesis de que los apartados 1 a 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2010 deben interpretarse conjuntamente, de modo que la gestión del tráfico se reputa contraria a Derecho cuando restringe la libertad de elección o los derechos del consumidor reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 3. Según la demandante, la tarifa reducida MyMusic se ajusta a Derecho, ya que precisamente amplía la libertad de elección del consumidor puesto que las suscripciones de la demandante ofrecen tanto paquetes de datos utilizables para contenidos generales, esto es, contenidos de cualquier tipo, como paquetes de datos que permiten acceder a determinados contenidos especiales. Además de un volumen de datos limitado (Start) o ilimitado (Nonstop, Deezer), los paquetes MyMusic ofrecen acceso a determinados servicios de música y los consumidores tienen la posibilidad de incrementar su tráfico de datos. Existe una gran demanda de aplicaciones de música, por lo que la tarifa reducida MyMusic incrementa la libertad de elección y el bienestar de los consumidores.
- 8 En relación con la circunstancia de que la tarifa reducida MyMusic da preferencia a determinadas aplicaciones de música respecto de otras, la demandante sostiene que, a través del paquete MyMusic los abonados pueden acceder a los servicios de música que generalmente utilizan y que se trata de un sistema abierto al que puede adherirse libremente cualquier otro proveedor de servicios de música. No obstante, considera que sería inviable, debido a las limitaciones prácticas que conllevaría, que en el paquete de servicios estuviera incluida toda aplicación de música que funcione en el mundo.
- 9 La autoridad de reglamentación, que interviene como parte demandada, sostiene que únicamente resulta necesario llevar a cabo la evaluación del impacto cuando exista el acuerdo entre usuario final y proveedor del servicio al que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, o en el supuesto de que, aunque no quepa apreciar una infracción del artículo 3, apartado 3, de este Reglamento, sí exista la posibilidad de que el acuerdo o la práctica comercial lesione los derechos del usuario final reconocidos en su artículo 3, apartado 1. En cambio, el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 dispone de forma inequívoca que queda prohibida objetivamente cualquier medida de gestión del tráfico que establezca diferencias entre determinados contenidos de internet (y ello con independencia de si el proveedor de acceso a internet las establece mediante un acuerdo, una práctica comercial u otro tipo de conducta). La demandada considera que, en el presente asunto, no es necesario llevar a cabo un control en dos fases, ya que el análisis del artículo 3, apartado 3, es necesario y también suficiente, y que tampoco es preciso demostrar ya si la medida de gestión del tráfico prohibida conlleva una restricción significativa de los derechos de los usuarios finales y de su libertad de elección.
- 10 La tarifa reducida MyMusic debe considerarse una práctica comercial a través de la cual se aplica una medida de gestión del tráfico prohibida, sin que obste a ello

la argumentación expuesta por la demandante (por ejemplo, no se bloquea de antemano ningún contenido o ninguna aplicación y los abonados siempre pueden contratar un tráfico de datos que permita un uso general). Todos los servicios de acceso a internet deben respetar la exigencia de neutralidad de la red, ya que, en caso contrario, el proveedor del servicio de acceso a internet podría eludir el cumplimiento esta obligación haciendo que, de toda su oferta comercial para abonados, únicamente un paquete respetara esta exigencia.

- 11 La demandante no puede alegar que es inviable el objetivo de hacer que una prestación que infringe lo dispuesto en el Reglamento 2015/2120 se conforme a las exigencias de neutralidad de la red, ya que no son las exigencias de neutralidad de la red las que deben ajustarse a la gama de productos de la demandante, sino que es esta quien debe, por el contrario, ofrecer productos que respeten tales exigencias.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 12 La presente resolución de remisión versa sobre una de las primeras resoluciones de supervisión adoptadas con arreglo al Reglamento 2015/2120 por la autoridad húngara de reglamentación, que suscita una ardua discrepancia interpretativa sobre dos aspectos. El primero, referido al Derecho sustantivo, plantea la duda de si el paquete de servicios que ofrece el proveedor de acceso a internet puede ser compatible con las exigencias de neutralidad de la red impuestas por el citado Reglamento y cuál de sus disposiciones le resulta aplicable. El otro aspecto es de índole procesal y requiere precisar la profundidad y el alcance que debe tener el control que lleve a cabo la autoridad nacional de reglamentación. El resultado del presente litigio afectará a cientos de miles de consumidores y la interpretación dada en este asunto también puede determinar sustancialmente la orientación, el objeto y la profundidad de los futuros controles que lleve a cabo la autoridad.
- 13 Las disposiciones del Reglamento 2015/2120 son nuevas. Hasta donde conoce el órgano jurisdiccional remitente todavía no existe, ni en el Derecho de la Unión ni en el de los Estados miembros, una interpretación uniforme de estas disposiciones. Pese a que las directrices de 30 de agosto de 2016 del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas intentan ofrecer orientaciones a las entidades encargadas de aplicar el Derecho, existe entre las partes una significativa discrepancia acerca de su interpretación. Habida cuenta de todo ello, el órgano jurisdiccional remitente considera que la interpretación del Tribunal de Justicia es necesaria para la resolución del litigio principal.
- 14 Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren, en primer lugar, a la interpretación de los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 y del apartado 3 de su artículo 3 en combinación con su considerando 7. La relación entre estas disposiciones suscita dudas. Según el órgano jurisdiccional remitente, no cabe excluir que la prohibición establecida en el apartado 3 del artículo 3 tenga principalmente por objeto evitar que los

proveedores de servicios de acceso a internet adopten medidas unilaterales. Si, no obstante, la práctica comercial analizada en el presente asunto se encontrara comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, se suscitara entonces la duda de si realmente se trata de una prohibición objetiva o general que no exige someter la práctica contraria a Derecho a una evaluación de su impacto, o si resulta necesario definir un marco conforme con el contenido del considerando 7 con el fin de evaluar la restricción significativa del derecho de «acceso abierto a internet» del consumidor o de su libertad de elección.

- 15 La demandante no niega que con la tarifa reducida MyMusic se producen gestiones de tráfico diferentes según se trate de las aplicaciones seleccionadas o de otros contenidos de internet, pero mientras que la autoridad de reglamentación interpreta que ello es suficiente, por sí mismo, para apreciar una infracción del Derecho de la Unión, la demandante considera necesario analizar también otras disposiciones del Reglamento. Siguiendo una interpretación literal, el órgano jurisdiccional remitente llegaría a la conclusión de que el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 contiene una obligación legal autónoma, inequívoca e incondicional.
- 16 Sin embargo, en el supuesto de que se aceptara la argumentación de la demandante, resultaría aplicable al litigio principal el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, lo cual suscitaría la cuestión de si el hecho de que exista un acuerdo comercial suscrito entre el proveedor del servicio y el usuario final —que este último celebra en ejercicio de su libre elección— impide que prospere el argumento según el cual la lesión de los derechos del usuario final puede ser apreciada objetivamente y sin necesidad de examinar ningún otro requisito, ya que en este caso el proveedor del servicio y el usuario final han pactado de común acuerdo las condiciones del servicio según lo solicitado por este último, lo cual implicaría que la constatación de la lesión de los derechos del usuario final solo podría llevarse a cabo tras un control individualizado.
- 17 Asimismo, pese a no contener una referencia explícita en este sentido, el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 también persigue, a través de la prohibición general, la protección de los derechos de otras personas. La demandada sostiene pertinentemente que, aunque en el presente caso la demandante no discrimine realmente a los usuarios finales, sí que discrimina a proveedores de aplicaciones o contenidos. Esto suscita serias dudas acerca de la admisibilidad de la alegación de la demandante basada en la libertad de contratación, ya que de tal libertad podría resultar un acuerdo comercial entre el proveedor del servicio y el usuario final que lesionara el derecho de un tercero, consecuencia esta a la que sin embargo no pueden llevar las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de neutralidad de la red que definen el acceso a una internet abierta como un objetivo regulatorio. No obstante, si se aceptara esta alegación, se plantearía la cuestión importante de si, para fundamentar la infracción de las normas en materia de neutralidad de la red es suficiente la mera existencia de una discriminación o si hay que evaluar además su impacto.