

Sprawa C-39/19**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

23 stycznia 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego, Węgry)

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

11 września 2018 r.

Strona skarżąca:

Telenor Magyarország Zrt.

Druga strona postępowania:

Elnöke Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (prezes krajowego urzędu ds. mediów i komunikacji, Węgry)

Przedmiot postępowania przed sądem krajowym

Skarga na decyzję węgierskiego organu regulacyjnego, w której organ ten stwierdził, że usługa dodatkowa oferowana przez operatora telekomunikacyjnego, dostępna dla abonentów telefonii komórkowej, która zezwala na limitowaną lub Nielimitowaną transmisję danych dla określonych muzycznych serwisów streamingowych (znany jako taryfa ulgowa MyMusic), narusza art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 i zobowiązał tego operatora do usunięcia różnic istniejących pomiędzy określonymi rodzajami transmisji danych przez internet.

Przedmiot i podstawa prawna pytania prejudycjalnego

Który przepis art. 3 rozporządzenia 2015/2120 ma zastosowanie do taryfy ulgowej MyMusic? Czy owa taryfa ulgowa może być zgodna z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 i w konsekwencji spełniać przesłankę równego i niedyskryminującego traktowania? Jak dogłębna i o jakim zakresie powinna być kontrola, którą

przeprowadza krajowy organ regulacyjny w ramach art. 3 rozporządzenia 2015/2120?

Podstawa prawna: Artykuł 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

- 1) Czy porozumienie handlowe pomiędzy dostawcą usługi dostępu do internetu i użytkownikiem końcowym, na podstawie którego dostawca stosuje do użytkownika końcowego taryfę zerową w stosunku do określonych aplikacji (to znaczy, transmisja spowodowana przez daną aplikację nie jest wliczana do celów zużycia danych, jak również nie powoduje obniżenia prędkości transmisji po wykorzystaniu umówionego limitu danych), i zgodnie z którym dostawca ten stosuje dyskryminację wpisaną w warunki umowy handlowej zawartej z ostatecznym konsumentem, skierowaną wyłącznie przeciwko ostatecznemu użytkownikowi, który jest stroną tego porozumienia, a nie przeciwko użytkownikowi, który nie jest stroną tego porozumienia, należy interpretować w świetle art. 3 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego 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 (zwanego dalej „rozporządzeniem”)?
- 2) Czy w przypadku odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne art. 3 ust. 3 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że aby uznać, że istnieje naruszenie – biorąc pod uwagę również motyw 7 rozporządzenia – konieczna jest ocena oparta na wpływie i na rynku, która ustali, czy przyjęte przez dostawcę usługi dostępu do internetu środki rzeczywiście ograniczają, a jeżeli tak, to w jakim zakresie, prawa, jakie art. 3 ust. 1 przyznaje końcowemu użytkownikowi?
- 3) Niezależnie od pierwszego i drugiego pytania prejudycjalnego, czy art. 3 ust. 3 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że ustanowiony w nim zakaz ma charakter bezwarunkowy, powszechny i obiektywny, tak że na jego podstawie zakazane jest jakiegokolwiek zarządzanie transmisją danych, które ustanawia różnice pomiędzy określonymi treściami rozpowszechnianymi przez internet, i to niezależnie od tego, czy dostawca usługi dostępu do internetu ustanawia je w drodze porozumienia, praktyki handlowej lub w drodze innego rodzaju zachowania?
- 4) Czy w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie można również uznać istnienie naruszenia art. 3 ust. 3 rozporządzenia tylko z tego powodu, że istnieje dyskryminacja, bez konieczności dokonywania dodatkowo oceny

rynku i wpływu, z którego to względu nie będzie konieczna ocena zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia?

Powołane przepisy prawa Unii

Motyw 7 i art. 3 i 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego 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).

Przytoczone przepisy prawa krajowego

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (Ustawa 100 z 2003 r. o łączności elektronicznej).

Streszczenie stanu faktycznego i postępowania

- 1 Telenor, jeden z głównych dostawców usług telekomunikacyjnych na Węgrzech, oferuje między innymi pakiet usług dodatkowych MyMusic w systemie usług przedpłaconych i abonamentu miesięcznego. Pakiet MyMusic dostępny jest w trzech postaciach (Start, Nonstop i Deezer) i, w zależności od wysokości miesięcznego abonamentu, oferuje 500 Mb danych lub Nielimitowane zużycie danych do celów korzystania z dostępu do czterech określonych muzycznych serwisów streamingowych (Deezer, Apple Music, Tidal i Spotify), oprócz określonych stacji radiowych w internecie (Kossuth Rádió, Petőfi Rádió, Bartók Rádió, Dankó Rádió, Rádió 1, Music FM i Sláger FM) (zwanymi dalej łącznie „aplikacjami”). Transmisja danych generowana w ramach tych pakietów nie jest wliczana do limitu danych dostępnych dla abonentów, a aplikacje te pozostają dostępne bez limitu (tj. bez ograniczeń lub blokady dostępu szerokopasmowego), nawet po tym, jak zostanie wykorzystany limit danych określony w umowie (w przypadku pakietu MyMusic Start - do 500 Mb). Natomiast inne treści internetowe, nieobjęte tymi aplikacjami, generują odpłatną transmisję danych, a ich dostępność jest ograniczona. Cena pakietów MyMusic jest znacznie niższa niż cena pakietów oferujących 500 Mb lub Nielimitowaną ilość danych, dostępnych w ramach tych samych abonamentów.
- 2 Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (krajowy urząd ds. mediów i komunikacji, Węgry), jako organ pierwszej instancji, uznał, że taryfa ulgowa MyMusic może zostać uznana za zarządzanie transmisją danych mające postać praktyki handlowej sprzecznej z wymogami równego i niedyskryminującego traktowania nałożonymi przez art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 2015/2120 i nakazał

skarżącej usunąć niezgodne z prawem różnice istniejące pomiędzy określonymi rodzajami transmisji danych.

- 3 Organ drugiego stopnia i druga strona postępowania – Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (prezes krajowego urzędu ds. mediów i komunikacji, Węgry) — utrzymał w mocy decyzję organu pierwszej instancji. Organ drugiej instancji uznał za zakazane na podstawie obiektywnych kryteriów i niezależnie od ich postaci wszelkie środki zarządzania transmisją danych, stosujące rozróżnienie między określonymi treściami internetowymi, i dodał, że ulgowe ceny MyMusic bez wątplenia stanowią środki zarządzania transmisją danych, które jako takie można uznać za sprzeczne z art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 2015/2120 bez konieczności przeprowadzenia oceny rynku i skutków.
- 4 Skarżąca zaskarżyła do sądu odsyłającego decyzję organu drugiej instancji.

Najważniejsze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 5 Zdaniem skarżącej druga strona postępowania błędnie stosuje zawężającą interpretację rozporządzenia 2015/2120. Zdaniem skarżącej organ regulacyjny powinien był przeprowadzić dwuetapową kontrolę, a więc w pierwszej kolejności powinien zbadać, czy rozpatrywane zachowanie narusza postanowienia art. 3 ust. 1 i 2 lub art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, powinien przeprowadzić następnie ocenę skutków takiego ograniczenia lub ingerencji. Strona skarżąca twierdzi, że w niniejszej sprawie organ regulacyjny przeprowadził jedynie pierwszy etap kontroli, jako że na podstawie art. 3 ust. 3 uznał istnienie dyskryminacji, jednakże całkowicie zaniechał oceny jej wpływu. Zdaniem strony skarżącej konieczność oceny wpływu można wywnioskować również z art. 5 rozporządzenia 2015/2120.
- 6 Skarżąca zarzuca również organowi regulacyjnemu, że zastosował wyłącznie ust. 3 art. 3 rozporządzenia 2015/2120. Zarzut ten opiera się głównie na tym, że przepis ten, dotyczący środków, o których decyduje jednostronnie dostawca usługi, nie powinien mieć zastosowania, lecz zastosowanie powinny mieć ust. 1 i 2 tego artykułu, ponieważ ulgową taryfę MyMusic należy uznać za praktykę handlową wynikającą z dwustronnego porozumienia pomiędzy końcowym użytkownikiem a dostawcą usługi. W przypadku praktyk handlowych, kwestię, czy swoboda wyboru użytkowników końcowych podlega ograniczeniu, należy ustalać w odniesieniu do wszystkich oferowanych przez usługodawcę usług, a nie tylko jednego pakietu usług (np. MyMusic Start), gdyż ta swoboda nie jest ograniczona, gdy możliwe jest uzyskanie dostępu do dowolnych treści. Natomiast w przypadku jednostronnych środków decydujące znaczenie ma to, by dostawcy usług nie traktowali mniej korzystnie niektórych treści i stosowali tylko dopuszczalne i racjonalne środki zarządzania transmisją danych.
- 7 Pomocniczo skarżąca opiera swój zarzut na tezie, że art. 3 ust. 1-3 rozporządzenia 2015/2010 należy interpretować łącznie, przez co zarządzanie transmisją danych uznaje się za sprzeczne z prawem, jeżeli ogranicza ono swobodę wyboru lub

prawa konsumentów określone w ust. 1 i 2 art. 3. Zdaniem skarżącej ulgowa taryfa MyMusic jest zgodna z prawem, ponieważ daje właśnie konsumentom większą swobodę wyboru, gdyż abonamenty skarżącej mają w ofercie zarówno pakiety danych, które można wykorzystać na treści ogólne, czyli dowolnego rodzaju, jak również pakiety danych, które umożliwiają dostęp do niektórych szczególnych treści. Oprócz transmisji danych z limitem (Start) lub bez limitu (Nonstop, Deezer), pakiety MyMusic oferują dostęp do określonych serwisów muzycznych, a konsumenci mają możliwość zwiększenia swojej transmisji danych. Na aplikacje muzyczne istnieje duży popyt, w związku z czym ulgowa taryfa MyMusic zwiększa swobodę wyboru i poziom zadowolenia konsumentów.

- 8 W odniesieniu do faktu, iż ulgowa taryfa MyMusic faworyzuje niektóre aplikacje muzyczne względem innych, skarżąca utrzymuje, że poprzez pakiet MyMusic abonenci mogą uzyskać dostęp do serwisów muzycznych, z których powszechnie korzystają, i że jest to system otwarty, do którego może się dołączyć dowolny inny operator serwisu muzycznego. Niemniej jednak skarżąca uważa, że z uwagi na praktyczne ograniczenia, z jakimi byłoby to związane, niewykonalne byłoby objęcie pakietem usług wszystkich aplikacji muzycznych działających na świecie.
- 9 Organ regulacyjny, działający jako druga strona postępowania, podnosi, że dokonanie oceny wpływu konieczne jest tylko wtedy, gdy istnieje porozumienie pomiędzy użytkownikiem końcowym a dostawcą usługi, o którym mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120, lub w przypadku gdy, aczkolwiek nie można uznać, że istnieje naruszenie art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia, to istnieje możliwość, że porozumienie lub praktyka handlowa narusza prawa użytkownika końcowego, zapisane w art. 3 ust. 1 rozporządzenia. Natomiast art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 stanowi w jednoznaczny sposób, że obiektywnie zostaje zakazany każdy środek zarządzania transmisją danych, który ustanawia różnice pomiędzy określonymi treściami rozpowszechnianymi przez internet (i to niezależnie od tego, czy dostawca usługi dostępu do internetu ustanawia je w drodze porozumienia, praktyki handlowej czy innego rodzaju zachowania). Druga strona postępowania uważa, że w niniejszej sprawie nie ma konieczności dokonywania dwuetapowej kontroli, gdyż konieczna i wystarczająca jest analiza dotycząca art 3 ust. 3, oraz że nie jest również konieczne wykazanie, czy zakazany środek zarządzania transmisją danych łączy się ze znacznym ograniczeniem praw końcowych użytkowników i ich swobodą wyboru.
- 10 Ulgową taryfę MyMusic należy uznać za praktykę handlową, z pomocą której stosuje się zakazany środek zarządzania transmisją danych, przy czym nie stoi temu na przeszkodzie argumentacja przedstawiona przez skarżącą (np. że nie blokuje się z góry żadnych treści czy aplikacji i że abonenci zawsze mogą zamówić transmisję danych, która pozwoli na ogólne korzystanie). Wszystkie usługi dostępu do internetu powinny być zgodne z wymogiem neutralności sieci, ponieważ w przeciwnym razie dostawcy usługi dostępu do internetu mogłyby obchodzić ten wymóg, sprawiając, że z całej jego oferty dla abonentów jeden pakiet byłby zgodny z tym wymogiem.

- 11 Skarżąca nie może twierdzić, że cel polegający na sprawieniu, by usługa naruszająca postanowienia rozporządzenia 2015/2120 była zgodna z wymogiem neutralności sieci jest niewykonalny, ponieważ to nie wymogi neutralności sieci muszą być zgodne z asortymentem skarżącej, tylko to ona powinna oferować produkty zgodne z tymi wymogami.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 12 Niniejsze postanowienie odsyłające dotyczy jednej z pierwszych decyzji nadzorczych przyjętych zgodnie z rozporządzeniem 2015/2120 przez węgierski organ regulacyjny, które wzbudziło poważną rozbieżność interpretacyjną odnośnie do dwóch aspektów. Pierwszy aspekt, dotyczący prawa materialnego, budzi wątpliwość co do tego, czy pakiet usług oferowany przez dostawcę usługi dostępu do internetu może być zgodny z wymogami neutralności sieci nałożonymi przez wspomniane rozporządzenie i który z przepisów rozporządzenia znajduje zastosowanie. Drugi aspekt ma charakter proceduralny i wymaga określenia dogłębności i zakresu, jaki powinna mieć kontrola przeprowadzana przez krajowy organ regulacyjny. Wynik niniejszego postępowania dotknie setki tysięcy konsumentów, a wykładnia zastosowana w niniejszej sprawie może również zdeterminować istotnie kierunek, przedmiot i zasięg przyszłych kontroli przeprowadzanych przez wspomniany organ.
- 13 Przepisy rozporządzenia 2015/2120 są nowymi przepisami. Zgodnie z wiedzą sądu odsyłającego, jak dotąd nie istnieje ani w prawie Unii ani w państwach członkowskich jednolita wykładnia owych przepisów. Pomimo że wytyczne Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej z dnia 30 września 2016 r. starają się udzielić wskazówek podmiotom, do których należy stosowanie prawa, pomiędzy stronami istnieje znaczna rozbieżność dotycząca jego interpretacji. Z uwagi na to sąd odsyłający uważa, że wykładnia Trybunału jest konieczna dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.
- 14 Przedstawione przez sąd odsyłający pytania prejudycjalne dotyczą, po pierwsze, wykładni art. 3 ust. 1 i 2 i art. 3 ust.3 rozporządzenia 2015/2120 w związku z jego motywem 7. Związek pomiędzy tymi przepisami rodzi wątpliwości. Zdaniem sądu odsyłającego nie można wykluczyć, że zakaz ustanowiony w art. 3 ust. 3 ma zasadniczo na celu zapobieganie temu, by dostawcy usług dostępu do internetu przyjmowali jednostronne środki. Jeżeli jednak praktyka handlowa analizowana w niniejszej sprawie jest objęta zakresem stosowania art. 3 ust 3, powstanie wówczas wątpliwość, czy rzeczywiście chodzi o obiektywny lub powszechny zakaz, który nie wymaga poddawania praktyki sprzecznej z prawem ocenie wpływu, czy też konieczne jest określenie ram zgodnych z treścią motywu 7 w celu oceny istotnego ograniczenia prawa konsumenta do „otwartego dostępu do internetu” lub jego swobody wyboru.
- 15 Skarżąca nie zaprzecza, że w drodze ulgowej taryfy MyMusic dochodzi do odmiennego zarządzania transmisją danych w zależności od tego, czy chodzi o

wybrane aplikacje, czy o inne treści rozpowszechniane przez internet, jednakże, podczas gdy w interpretacji organu regulacyjnego jest to wystarczające samo w sobie dla uznania, że istnieje naruszenie prawa Unii, skarżąca uważa za konieczną ocenę również i innych postanowień rozporządzenia. Stosując wykładnię literalną sąd odsyłający doszedłby do wniosku, że art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 zawiera autonomiczny, jednoznaczny i bezwarunkowy obowiązek prawny.

- 16 Niemniej jednak w przypadku, w którym dopuszczono by argumentację skarżącą, do sporu w postępowaniu głównym zastosowanie znalazłby art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120, co rodziłoby pytanie, czy okoliczność, że istnieje porozumienie handlowe zawarte pomiędzy dostawcą usługi a użytkownikiem końcowym, które użytkownik zawiera, korzystając z prawa do swobodnego wyboru, uniemożliwia uznanie argumentu, zgodnie z którym naruszenie praw końcowego użytkownika może być oceniana obiektywnie i bez konieczności badania jakiegokolwiek innej przesłanki, ponieważ w tym przypadku dostawca usługi i użytkownik końcowy uzgodnili we wspólnym porozumieniu warunki usługi w sposób wnioskowany przez użytkownika, co oznaczałoby, że stwierdzenie naruszenia praw użytkownika końcowego mogłoby nastąpić jedynie po indywidualnej kontroli.
- 17 Podobnie, pomimo że art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 nie zawiera wyraźnego odesłania na to wskazującego, to jednak zmierza on za pomocą ogólnego zakazu do ochrony praw innych osób. Druga strona postępowania słusznie podnosi, że mimo iż w niniejszej sprawie skarżąca nie dyskryminuje w rzeczywistości użytkowników końcowych, to jednak dyskryminuje ona dostawców aplikacji lub treści. Budzi to poważne wątpliwości co dopuszczalności argumentu skarżącej opartego na swobodzie umów, ponieważ taka swoboda mogłaby wynikać z porozumienia handlowego pomiędzy dostawcą usługi a użytkownikiem końcowym, które narusza prawa osoby trzeciej, do którego to skutku nie mogą jednak dopuszczać przepisy prawa Unii w dziedzinie neutralności sieci definiujące dostęp do otwartego internetu jako cel normatywny. Niemniej jednak, gdyby przyjąć ten argument, pojawia się ważna kwestia, czy dla uzasadnienia naruszenia przepisów w dziedzinie neutralności sieci wystarczające jest samo istnienie dyskryminacji, czy też ponadto należy ocenić jej wpływ.