

Fővárosi Törvényszék
9.K.700.067/2018/19-I.

A Fővárosi Törvényszék a dr. Losonci András kamarai jogtanácsos által képviselt **Telenor Magyarország Zrt.** (2045 Törökbálint, Pannon utca 1.) **felperesnek** a dr. Kun István kamarai jogtanácsos által képviselt **Nemzeti Média-és Hírközlési Hatóság Elnöke** (1015 Budapest, ostrom utca 23-25.) **alperes** ellen az alperes által 2017. március 23-án hozott MD/27686-9/2016. számú közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított közigazgatási perében – nyilvános tárgyaláson – meghozta a következő

v é g z é s t – I:

A Fővárosi Törvényszék az Európai Unió Bírósága előzetes döntéshozatali eljárást kezdeményezi az alábbi kérdésekben:

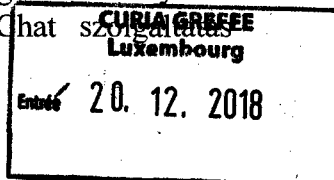
1. A nyílt internet-hozzáférés megteremtéséhez szükséges intézkedések meghozataláról, továbbá az egyetemes szolgáltatásról, valamint az elektronikus hírközlő hálózatokhoz és elektronikus hírközlési szolgáltatásokhoz kapcsolódó felhasználói jogokról szóló 2002/22/EK irányelv és az Unión belüli nyilvános mobilhírközlő hálózatok közötti barangolásról (roaming) szóló 531/2012/EU rendelet módosításáról szóló, az Európai Unió és a Tanács 2015/2120. (2015. november 25.) rendelete (a továbbiakban: Rendelet) 3. cikk (2) bekezdése szerint értelmezendő-e az internet-hozzáférési szolgáltató és a végfelhasználó azon kereskedelmi megállapodása, amely alapján az internet-hozzáférési szolgáltató a végfelhasználó részére bizonyos alkalmazások tekintetében nullás díjszabást alkalmaz (vagyis az adott alkalmazás által generált forgalom az esetleges adatfogyasztásba nem számít bele, azt az adatkeret elfogyását követően sem lassítja), és a megkülönböztetést kizárólag a végfelhasználóval kötött kereskedelmi megállapodásban foglalt feltételek szerint, annak keretei között, kizárólag a végfelhasználó irányában gyakorolja, a kereskedelmi megállapodásban nem részes végfelhasználóval szemben azonban nem?
2. Az 1. kérdésre adott nemleges válasz esetén úgy kell-e értelmezni a Rendelet 3. cikk (3) bekezdését, hogy a jogsértés megállapításához, figyelemmel a Rendelet (7) preambulum-bekezdésére is, szükséges annak – hatás- és piactalapú – vizsgálata, hogy az internet-hozzáférési szolgáltató intézkedései ténylegesen korlátozzák-e és milyen mértékben a végfelhasználónak a Rendelet 3. cikk (1) bekezdésében foglalt jogait?
3. Az 1-2. kérdéstől függetlenül, úgy kell-e értelmezni a Rendelet 3. cikk (3) bekezdését, hogy az ebben meghatározott tilalom általános és objektív, azaz ez alapján tiltott minden olyan forgalomszabályozási intézkedés, amely különbséget tesz az egyes internetes tartalmak között attól függetlenül, hogy az internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató egyébként ezt megállapodás, kereskedelmi gyakorlat vagy egyéb magatartása útján teszi-e?
4. A 3. kérdésre adott igenlő válasz esetén további piaci- és hatásvizsgálatok elvégzése nélkül is megállapítható-e önmagában a megkülönböztetés tényénél fogva a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésébe ütközés, és ezért a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdésének való megfelelés vizsgálata okafogyott ilyen esetben?

I n d o k o l á s

I. Az alapügy tényállása

I.1. Előzmény

A közigazgatási per felperese Magyarország egyik meghatározó infokommunikációs szolgáltatója. A közigazgatási pert megelőző alperesi szabályozó hatóság által lefolytatott kétfokú közigazgatási hatósági eljárásban az alperes a felperes MyChat szolgáltatás



csomagjának igénybevételi feltételeit vizsgálta, mert azt valószínűsítette, hogy a felperes a MyChat csomagjára vonatkozó kereskedelmi gyakorlata során eltért a Rendeletben foglalt követelményektől. Ezért az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény, valamint a Rendelet 5. cikkében foglalt felhatalmazás alapján általános hatósági felügyeleti eljárást indított a felperes által értékesített MyChat csomag hálózatszemlegességre vonatkozó előírásoknak való megfelelése tárgyában.

I.2. A MyChat csomag

A MyChat csomag a MyStart és MyStart Expressz tarifacsomag mellé rendelhető olyan kiegészítő szolgáltatás, amely két összetevőből áll. Tartalmaz egyrészt 1GB korlátlanul felhasználható adatmennyiséget, és tartalmazza a MyChat adatkedvezmény-rendszert (továbbiakban: „Kedvezményrendszer”), amellyel a felperes biztosítja a kiemelt alkalmazások, azaz a Facebook, a Facebook Messenger, a Whatsapp, az Instagram, a Twitter és a felperes akciós hirdetményeiben meghatározott módon a Viber (továbbiakban együtt: „Alkalmazások”) belföldi adatforgalom-mentes használatát. A MyChat csomag Kedvezményrendszerének keretében elérhető Alkalmazások által generált adatforgalom nem számít bele a MyChat csomag által biztosított 1GB adatkeretbe (továbbiakban: „Adatkeret”), illetve az Adatkeretbe foglalt adatmennyiség felhasználását követően e szolgáltatások továbbra is elérhetőek maradnak az előfizetők számára – az eredeti, tehát nem csökkentett sáv szélességgel – korlátozástól mentesen. Ezzel szemben a Kedvezményrendszerbe nem tartozó egyéb internetes tartalmak díjköteles adatforgalmat generálnak, és az Adatkeretbe foglalt adatmennyiség felhasználását követően az elérhetőségük – lassítás formájában – korlátozásra kerül.

I.3. Az első- és másodfokú hatóság döntése

Az elsőfokú hatóság az I.2. pontban foglalt tények alapján megállapította, hogy megállapította, hogy a hivatkozott Kedvezményrendszer olyan kereskedelmi gyakorlat formájában megvalósuló forgalomszabályozási intézkedésnek tekinthető, amelyben a felperes ésszerű forgalomszabályozási ok, valamint egyéb indokolt forgalomszabályozási kivételnek való megfelelési ok nélkül eltér a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt egyenlő és megkülönböztetés-mentes bánásmód követelményétől azáltal, hogy a lehetséges internetes tartalmak közül az általa kiválasztott tartalmakat megkülönbözteti, azokat előnyben részesíti az egyéb internetes tartalmakkal szemben. A fentiekre tekintettel az elsőfokú hatóság kötelezte a felperest, hogy szüntesse meg az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségtételt.

A másodfokú hatóság lényegében helybenhagyta az elsőfokú hatóság döntését és megállapította, hogy a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése alapján egyértelmű, hogy az a forgalomszabályozási intézkedések értékelésére vonatkozóan nem határoz meg szubjektív szempontokat (hatásvizsgálat, piaci részesedés stb.), hanem egyértelműen kimondja, hogy objektív alapon tiltott minden olyan forgalomszabályozási intézkedés, amely különbséget tesz az egyes internetes tartalmak között attól függetlenül, hogy az internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató egyébként ezt megállapodás, kereskedelmi gyakorlat vagy egyéb magatartása útján teszi-e. Minden olyan kereskedelmi gyakorlatot, amellyel az internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató beavatkozik az internetes forgalomba, egyben forgalomszabályozási intézkedésnek is kell tekinteni, és amennyiben ez a forgalomszabályozási intézkedés nem felel meg a 3. cikk (3) bekezdésében foglaltaknak, akkor az önmagában megvalósítja a Rendeletben foglalt tilalmazott magatartást, azaz a kereskedelmi gyakorlatot minden további vizsgálat nélkül a Rendeletbe ütközőnek kell tekinteni. Az alperes rögzítette, hogy a felperes által kínált MyChat csomag lényegi jellemzője, hogy az abban foglalt csevegő alkalmazások által generált

adatforgalom nem számít bele a MyChat csomag által biztosított 1 GB adatmennyiségű, általános jelleggel felhasználható adatkeretbe, mely általános adatkeret kimerülését követően az érintett csevegő alkalmazások továbbra is korlátozás nélkül elérhetőek maradnak az előfizetők számára, míg minden egyéb internetes tartalom – beleértve a nem priorizált körbe tartozó egyéb csevegő szolgáltatásokat is – elérhetősége lassítás formájában korlátozásra kerül. A MyChat csomag empirikus elemzése alapján tehát minden kétséget kizáróan megállapítható volt alperes szerint, hogy az önmagában forgalomszabályozást valósít meg, mégpedig a forgalomszabályozásnak a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésébe ütköző típusát, mivel kereskedelmi megfontolások alapján egyes, megkülönböztetett alkalmazásokat korlátlanul és változatlan minőségben nyújt az előfizetőinek, míg az összes többi internetes tartalom elérését maximum 32 kbit/s le- és feltöltési sebességre lassítja egy bizonyos adatforgalmi korlát elérése után anélkül, hogy a forgalomszabályozási intézkedések alkalmazásának a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt megengedett formái, indokai egyébként fennállnának. Az alperes szerint a felperes adatforgalmi kedvezményrendszere olyan konkrét forgalomszabályozási intézkedésnek minősül, amely különbséget tesz az egyes alkalmazások, illetőleg tartalmak között, és ennek hatására sérül az internetes forgalomra vonatkozó megkülönböztetés-mentesség és egyenlő bánásmód követelménye.

I.4. A felek releváns érvei a Rendelet 3. cikk (1)-(3) bekezdésének értelmezésére

A felperes kifogásolja ezt a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésére alapított jogértelmezést. Álláspontja szerint a döntések a Rendelet téves – kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésén alapuló, a Rendelet céljaival összhangban nem álló, leszűkítő – értelmezésén alapultak. A felperes lényeges jogsértésnek tekintette, hogy a hatóságok nem folytattak le részletes hatásvizsgálatot, hanem helyette ún. objektív szempontú megközelítést alkalmaztak, ami a vizsgálat eredményét döntően befolyásolta. A felperes szerint ugyanis a Rendelet preambuluma (7) bekezdése alapján a Rendelet 3. cikkének alkalmazása kétlépcsős vizsgálatot igényel, melynek során az eljáró hatóságnak (i) először azt kell ellenőriznie, hogy a fogyasztók választási szabadsága, illetve ezzel összefüggő jogai gyakorlása korlátozott-e – így a Rendelet 3. cikk (1) vagy (2) bekezdésébe ütközik –, vagy a szolgáltató forgalomszabályozási intézkedése az egyes tartalmakat megkülönböztetéstől és beavatkozástól mentesen kezeli-e – a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésébe ütköző módon, és (ii) másodszor – amennyiben ilyen magatartás kimutatható –, az vizsgálandó, hogy annak mértéke van-e olyan jelentős, ami lényeges korlátot jelent, vagy a végfelhasználók jogainak lényegét ássa alá. E kétlépcsős vizsgálati keretrendszernek kizárólag az első lépcsőjét végezte el a szabályozó hatóság – tehát megállapította a megkülönböztetés tényét – ugyanakkor annak hatásaival egyáltalán nem foglalkozott. Márpedig a Rendelet 5. cikke visszautal az európai elektronikus hírközlési szabályozók testülete által 2016. augusztus 30. napján elfogadott iránymutatásra (a továbbiakban: „BEREC iránymutatás”), ezáltal pedig a hatásalapú vizsgálat szükségessége az 5. cikkből is levezethető. A felperes sérelmezte, hogy a hatóságok a Rendelet 3. cikk (3) bekezdését alkalmazták és a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdésének rendelkezéseit nem vették figyelembe. Tekintettel arra, hogy a Rendelet 3. cikke bekezdéseinek egymáshoz való viszonya tekintetében a Rendelet explicit előírást nem tartalmaz, kétféle megközelítés is elképzelhető, de mindkét megközelítés alkalmazása esetén közös pont, hogy egy megállapodáson alapuló magatartást, kereskedelmi gyakorlatot kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése szerint nem lehet elbírálni, márpedig a hatóság a 3. cikk (3) bekezdésén túlmenően más szempontot, a 3. cikk (1) és (2) bekezdés rendelkezéseit nem értékelte.

Az első megközelítés azon alapul, hogy a Rendelet 3. cikkének (1) és (2) bekezdése a végfelhasználó és a szolgáltató között létrejött kétoldalú megállapodás alapján létrejött kereskedelmi gyakorlatot szabályozza, míg a (3) bekezdés a szolgáltató egyoldalú

intézkedésére vonatkozik – aminek a forgalomszabályozás is minősül –, mely esetében a hangsúly azon van, hogy a szolgáltatók egyes forgalmakat ne kezeljenek hátrányosan, illetőleg csak megengedett, ésszerű forgalomszabályozási intézkedéseket alkalmazzanak. E megközelítés szerint a MyChat szolgáltatás a végfelhasználó és a szolgáltató közötti megállapodáson alapuló kereskedelmi gyakorlatnak minősül, így nem a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése alapján bírálható el, hanem azt kell ellenőrizni, hogy a végfelhasználók számára az általuk választott információkhoz és tartalmakhoz való hozzáférés és azok terjesztése, illetve az alkalmazások használata biztosított legyen [Rendelet 3. cikk (1) bekezdés], és ezen alapvető jogaik gyakorlásában ne legyenek korlátozva [Rendelet 3. cikk (2) bekezdés].

A másik megközelítés szerint a Rendelet 3. cikkének (1) és (2) bekezdései, valamint a (3) bekezdés nem egymástól elhatárolt magatartásokra vonatkozik, hanem az egyes bekezdéseket egymásra tekintettel, együttesen szükséges alkalmazni, ezért a forgalomszabályozás abban az esetben minősül jogellenesnek, ha az korlátozza a fogyasztó 3. cikk (1) és (2) bekezdésében foglalt választási szabadságát, illetve jogait. Amennyiben pedig a választási szabadság nem korlátozódik, akkor a magatartás a (3) bekezdés ellenére sem jogellenes. A felperes szerint a MyChat csomag az (1) és (2) bekezdésre tekintettel jogszerű, mert a fogyasztó választási szabadságát éppen hogy növeli, és semmiképpen sem szűkíti. Az előfizetései úgy épülnek fel, hogy az ún. generális, azaz bármilyen típusú tartalomra felhasználható adatcsomag mellett elérhetőek ún. speciális csomagok, ahol bizonyos tartalom dedikált adatforgalmi keret felhasználásával érhető el. A MyChat csomag mind generális (1GB), mind speciális adatkeretet (korlátlan csevegés a megjelölt alkalmazások használatával) magában foglal. A végfelhasználók számára mindig van lehetőség a speciális csomagoktól függetlenül, hogy általánosan használható fix adatkeretet tartalmazó kiegészítő szolgáltatást vegyenek igénybe, tehát az internetes tartalomhoz való hozzáférés az előfizetők számára korlátozás nélkül biztosított – nincsenek eleve blokkolt tartalmak vagy alkalmazások –, az eltérés az általános és speciális adatcsomagok között kereskedelmi jellegű, árazás alapú. Éppen a fogyasztók választási lehetőségét és jólétét növelte azzal, hogy speciálisan chat-szolgáltatásokra alkalmas korlátlan kiegészítő csomagot hozott létre éppen azért, hogy a chat-szolgáltatásokat az azt igénylő fogyasztók az adatkeretük kimerülését követően is igénybe vehessék anélkül, hogy kiegészítő adatkeretet kellene venniük. A felperes szerint a Kereskedelmi gyakorlat esetében a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdése alkalmazandó, így azt kell vizsgálni, hogy a kereskedelmi gyakorlat korlátozza-e a végfelhasználót az internetes tartalmakhoz és információkhoz való hozzáférését, illetőleg azt, hogy ha ilyen korlátozás megvalósul, az képes-e hatásában ezen jogok lényegét aláásni. A Rendelet ugyanis nem tiltja objektív alapon az egyes tartalmak közötti megkülönböztetést, kivéve, ha az az előfizetők választási szabadságát korlátozza. A MyChat csomag esetében a végfelhasználók más típusú tartalmakhoz is hozzáférhetnek, nemcsak azért, mert ilyen csomagokat külön rendelhetnek, hanem azért is, mert a MyChat csomag maga is tartalmaz egyéb forgalomra felhasználható 1 GB adatforgalmat, továbbá a chat használat nem szorítja vagy zárja ki más alkalmazások használatát, ezzel szemben a tartalmak közötti megkülönböztetés akkor sértene a Rendelet 3. cikk (2) és (3) bekezdését, ha a végfelhasználó a más tartalomhoz való egyidejű hozzáférését a felperes korlátozná. A tekintetben, hogy a MyChat csomag egyes csevegés alkalmazásokat előnyben részesít más (csevegés)alkalmazásokhoz képest, felperes kiemelte, hogy a MyChat csomag előfizetői bármely csevegés alkalmazáshoz hozzáférhetnek az alap, 1 GB-os adatkeretük körében. Az a körülmény, hogy a kiemelt csevegés alkalmazások esetében az adatkeret korlátlan, szintén nem korlátozza a végfelhasználók választási szabadságát, mivel a MyChat csomagban már most elérhetőek az előfizetők által jellemzően használt alkalmazások, továbbá a rendszer nyitott, ahhoz bármely más alkalmazás szolgáltatója szabadon

csatlakozhat. Irreális lenne ugyanakkor elvárni – a megvalósítás gyakorlati korlátaira is tekintettel – hogy egy adott forgalmi típusra vonatkozó ajánlatot csak úgy lehessen elindítani, ha a felperesnek minden, a világban működő – akár a magyar fogyasztók szempontjából nem releváns – chat szolgáltatót meg kellene keresnie a közreműködés érdekében, ami ellentétes lenne a fogyasztók érdekével is.

Az alperesi szabályozó hatóság a felperesi jogértelmezéssel ellentétes álláspontot képvisel a Rendelet 3. cikkével összefüggésben. Az alperes által adott uniós jogértelmezés szerint a Rendelet 3. cikk (1) bekezdése rögzíti a nyílt internet hozzáférés biztosítása körében a végfelhasználókat megillető jogokat. A 3. cikk (2) bekezdése rögzíti, hogy sem a végfelhasználó és az internet-hozzáférési szolgáltató között létrejött az internet-hozzáférés szolgáltatás igénybevételére irányuló megállapodásai sem az internet hozzáférési szolgáltatók kereskedelmi gyakorlata nem korlátozhatják a 3. cikk (1) bekezdésében rögzített végfelhasználói jogokat. Ehhez képest a 3. cikk (3) bekezdése egyértelműen kimondja, hogy *általánosságban objektív alapon tiltott minden olyan forgalomszabályozási intézkedés, amely különbséget tesz az egyes internetes tartalmak között.* A Rendelet 3. cikk (3) bekezdése és a 3. cikk (2) bekezdése között nincs a felperes által feltételezett kapcsolat. Téves jogértelmezés, hogy ha egy kereskedelmi gyakorlatot értékel a szabályozó hatóság, akkor ez szükségszerűen magával kell, hogy vonja a hatósági hatásvizsgálat elvégzését. Ez az értelmezés nem veszi figyelembe azt a tényt, hogy a 3. cikk (3) bekezdésében foglalt tiltott forgalomszabályozási intézkedés megvalósítható kereskedelmi gyakorlat vagy megállapodás útján is (sőt a leggyakrabban így valósulhat meg), és kereskedelmi gyakorlaton vagy megállapodáson kívül is (például ha a szolgáltató egyes forgalmakat saját megfontolásból lassít vagy blokkol). Az tehát, hogy egy szolgáltató valamilyen forgalomszabályozási intézkedést egy kereskedelmi gyakorlat keretében valósít meg, a fellebbezésben foglaltakkal ellentétben önmagában nem teremti meg a nemzeti szabályozó hatóság kötelezettségét arra, hogy e tekintetben hatásvizsgálatot végezzen, ha egyébként egyértelmű, hogy a kereskedelmi gyakorlat során megvalósított forgalomszabályozási intézkedés a 3. cikk (3) bekezdésébe ütköző tilalmazott magatartást valósít meg. Másképp megfogalmazva: a hatásvizsgálat hatóság általi elvégzésének szükségessége csak akkor merülhet fel, ha a 3. cikk (2) bekezdésében említett végfelhasználó és internet-hozzáférési szolgáltató között létrejött az internet-hozzáférés szolgáltatás igénybevételére irányuló megállapodása, vagy az internet-hozzáférési szolgáltató kereskedelmi gyakorlata tekintetében egyébként nem állapítható meg a 3. cikk (3) bekezdésébe ütközés, de ennek ellenére felmerül annak a lehetősége, hogy a megállapodás vagy kereskedelmi gyakorlat sértheti a 3. cikk (1) bekezdésében foglalt végfelhasználói jogokat. Az alperes szerint a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése alapján tehát egyértelmű, hogy az a forgalomszabályozási intézkedések értékelésére vonatkozóan nem határoz meg szubjektív szempontokat (hatásvizsgálat, piaci részesedés stb.), hanem egyértelműen kimondja, hogy objektív alapon tiltott minden olyan forgalomszabályozási intézkedés, amely különbséget tesz az egyes internetes tartalmak között (attól függetlenül, hogy az internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató egyébként ezt megállapodás, kereskedelmi gyakorlat vagy egyéb magatartása útján teszi-e). Azaz minden olyan kereskedelmi gyakorlatot, amellyel az internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató beavatkozik az internetes forgalomba, egyben forgalomszabályozási intézkedésnek is kell tekinteni, és amennyiben ez a forgalomszabályozási intézkedés nem felel meg a 3. cikk (3) bekezdésében foglaltaknak, akkor az önmagában megvalósítja a rendeletben foglalt tilalmazott magatartást, azaz a kereskedelmi gyakorlatot minden további vizsgálat nélkül a Rendeletbe ütközőnek kell tekinteni.

Ezen uniós jogértelmezés szerint tehát nem helytálló az az álláspont, hogy a tagállami hatóságnak a MyChat csomag tekintetében kétlépcsős vizsgálatot kell lefolytatnia, ahol a

Rendelet 3. cikk (3) bekezdése sérelmének megállapítását követően azt is vizsgálnia kellett volna, hogy a kereskedelmi gyakorlat a végfelhasználók választási szabadságának jelentős korlátozására vezetnek-e, illetőleg a végfelhasználók jogainak lényegét ássák-e alá. Ezt a hatásvizsgálatot ugyanis – az egyértelműen magvalósuló tiltott forgalomszabályozási intézkedésre tekintettel – eleve nem kellett lefolytatni.

A felperes jogértelmezésétől eltérően tehát alperes szerint a jelen esetben a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésének vizsgálata szükséges és egyben elégséges, azon túlmenően már nem kell bizonyítani, hogy a tiltott forgalomszabályozási intézkedés egyben jelentősen korlátozza-e a végfelhasználók jogait és választási szabadságát. Alperes szerint téves, hogy egy megállapodáson alapuló magatartást, kereskedelmi gyakorlatot kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése szerint nem lehet elbírálnia, és a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdés rendelkezéseit is értékelni kellett volna. A vizsgált MyChat csomag tekintetében megvalósuló kereskedelmi gyakorlat egyben forgalomszabályozási intézkedésnek is minősül, amelynek esetében önmagában – további piaci- és hatásvizsgálatok elvégzése nélkül is – megállapítható a Rendelet a 3. cikk (3) bekezdésébe ütközés, ezért a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdésének való megfelelés vizsgálata eleve okafogyott volt a tárgyi ügyben. A szabályozó hatóságnak ezért nem kellett a felperes kereskedelmi gyakorlata tekintetében átfogó vizsgálatot lefolytatnia, a felperes által a vizsgált kereskedelmi gyakorlata jogszerűsége mellett felhozott érvek (pl. hogy nincsenek általa eleve blokkolt tartalmak vagy alkalmazások, vagy, hogy az előfizetők számára mindig van lehetőség a speciális csomagoktól függetlenül, hogy általánosan használható fix adatkeretet tartalmazó kiegészítő szolgáltatást vásároljanak) nem érintik azt a tényt, hogy a MyChat csomag – mint tiltott forgalomszabályozási intézkedést megvalósító kereskedelmi gyakorlat – a Rendelet 3. § (3) bekezdésébe ütközik. A felperes üzleti döntése, hogy az egyes meghatározott típusú szolgáltatásokat, alkalmazásokat milyen csomagban és milyen feltételekkel nyújtja az előfizetői számára, alapvető követelmény azonban, hogy az általa nyújtott szolgáltatások megfeleljenek az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályoknak, köztük a Rendeletnek is. Amennyiben pedig a felperes valamely terméke bevezetésének folyamata során észleli, hogy az adott termék elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályoknak megfelelő kialakítása nem, vagy aránytalan nehézségekkel járna, úgy ennek konzekvenciáit le kell vonnia és szintén üzleti jellegű döntés keretében kell eldöntenie, hogy a terméket az irányadó követelményeknek megfelelően átalakítja, vagy lemond annak piacra való bevezetéséről. Az alperesi érvelés szerint nem hivatkozhat azonban arra, hogy valamely terméke elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályokban foglaltaknak való megfeleltetése a gyakorlatban lehetetlen lenne, mivel ez egyben azt is jelenti, hogy az adott termék kialakítása nem jogszerű. A konkrét esetben a felperes üzleti döntése volt, hogy a MyChat csomagot tiltott forgalomszabályozási intézkedésként megvalósító szolgáltatásként nyújtja és nem hivatkozhat arra, hogy a Rendeletbe ütköző szolgáltatás hálózatszemlegességi követelményeknek megfelelő kialakításának elvárása irreális, hiszen nem a hálózatszemlegességi követelményeknek kell a felperes termékpalettájához igazodnia, hanem ellenkezőleg, a felperesnek kell olyan termékeket kínálnia, amelyek megfelelnek a hálózatszemlegességi előírásoknak.

I.5. A közigazgatási per megindítása

Az alperesi hatóság a megállapított jogsértő magatartás tanúsítását a felperesnek megtiltotta, továbbá kötelezte a felperest, hogy szüntesse meg a határozatban megállapított jogszabálysértés tekintetében az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségtételt. A felperes e döntéssel szemben keresettel élt, amelynek folytán a jelen közigazgatási per megindult. Keresetében a Rendelet 3. cikk (1)-(3) bekezdésének alperesi

Fővárosi Törvényszék
9.K.700.067/2018/19-I.

hatósági jogértelmezését vitatta a fentiek szerint és ez alapján kérte a támadott határozatok hatályon kívül helyezését.

II. Az uniós jog releváns rendelkezései:

A) A Rendelet (7) preambulum-bekezdése:

Biztosítani kell, hogy a végfelhasználók az általuk választott információkhoz és tartalmakhoz való hozzáféréshez és azok terjesztéséhez, valamint az általuk választott alkalmazások, illetve szolgáltatások használatához és azok nyújtásához való jogaik gyakorlása érdekében szabadon köthessenek megállapodásokat az internet-hozzáférési szolgáltatókkal meghatározott adatforgalmú és sebességű internet-hozzáférési szolgáltatások díjszabására vonatkozóan. Az ilyen megállapodások és az internet-hozzáférési szolgáltatók egyéb kereskedelmi gyakorlatai nem vezethetnek az említett jogok korlátozásához, és ennél fogva e rendelet azon rendelkezéseinek megkerüléséhez, amelyek a nyílt internet-hozzáférést hivatottak biztosítani. A nemzeti szabályozó és egyéb illetékes hatóságokat fel kell hatalmazni arra, hogy közbelépjenek, amennyiben e megállapodások vagy kereskedelmi gyakorlatok nagyságrendjük okán a gyakorlatban a végfelhasználók választási szabadságának jelentős korlátozásához vezetnek. Ennek érdekében a megállapodások és kereskedelmi gyakorlatok értékelése során figyelembe kell venni többek között az érintett internet-hozzáférési szolgáltatók, továbbá a tartalmak, alkalmazások és szolgáltatások érintett szolgáltatóinak piaci helyzetét is. A nemzeti szabályozó és egyéb illetékes hatóságokat kötelezni kell arra, hogy nyomunkövetési és végrehajtási tevékenységük keretében lépjenek közbe, ha egy megállapodás vagy egy kereskedelmi gyakorlat a végfelhasználók jogainak lényegét ásná alá.

B) Rendelet 3. cikk (1)-(3) bekezdése:

„A nyílt internet-hozzáférés biztosítása”

(1) A végfelhasználók számára jogosultságot kell biztosítani az internet-hozzáférési szolgáltatásukon keresztül az általuk választott információkhoz és tartalmakhoz való hozzáférésre és azok terjesztésére, az általuk választott alkalmazások és szolgáltatások használatára és nyújtására, valamint az általuk választott végberendezések használatára, függetlenül a végfelhasználó vagy szolgáltató helyétől, illetve az információ, tartalom, alkalmazás vagy szolgáltatás helyétől, származásától vagy rendeltetésétől.

Ez a bekezdés a tartalmak, szolgáltatások és alkalmazások jogszerűségének tekintetében nem érinti az uniós jogot és az uniós joggal összhangban lévő nemzeti jogot.

(2) Sem az internet-hozzáférési szolgáltatók és a végfelhasználók között az internet-hozzáférési szolgáltatás kereskedelmi és technikai feltételei és jellemzői – így például az ár, az adatmennyiség vagy a sebesség – tekintetében létrejött megállapodások, sem pedig az internet-hozzáférési szolgáltatók kereskedelmi gyakorlata nem korlátozhatja a végfelhasználó (1) bekezdésben megállapított jogainak gyakorlását.

(3) Az internet-hozzáférési szolgáltatóknak minden internetes forgalmat – függetlenül annak küldőjétől és fogadójától, a hozzáfért vagy terjesztett tartalomtól, az igénybe vett vagy nyújtott alkalmazásoktól vagy szolgáltatásoktól, valamint a használt végberendezéstől – megkülönböztetéstől, korlátozástól vagy beavatkozástól mentesen, egyenlő bánásmódot biztosítva kell kezelniük.

Az első albekezdés nem gátolhatja az internet-hozzáférési szolgáltatókat abban, hogy ésszerű forgalomszabályozási intézkedéseket alkalmazzanak. Ahhoz, hogy az intézkedéseket ésszerűnek lehessen tekinteni, azoknak átláthatóknak, megkülönböztetés-mentesnek és arányosnak kell lenniük, és nem kereskedelmi megfontolásokon, hanem a szolgáltatásnak a

Fővárosi Törvényszék
9.K.700.067/2018/19-I.

forgalom meghatározott kategóriái esetében elvárt műszaki minőségére vonatkozó, objektíven különböző követelményeken kell alapulniuk. Az említett intézkedések nem foglalhatják magukban a konkrét tartalmak nyomon követését, és az intézkedéseket nem lehet a szükségesnél hosszabb ideig fenntartani.

Az internet-hozzáférési szolgáltatók nem hozhatnak a második albekezdésben említetteken túlmutató forgalomszabályozási intézkedéseket, és nem tilthatnak le, nem lassíthatnak, nem módosíthatnak, nem korlátozhatnak, nem nyújthatnak gyengébb minőségben és nem különböztethetnek meg hátrányosan bizonyos tartalmakat, alkalmazásokat vagy szolgáltatásokat, illetve azok bizonyos kategóriáit, továbbá nem avatkozhatnak bele konkrét tartalmakba, alkalmazásokba vagy szolgáltatásokba illetve azok bizonyos kategóriába, kivéve, ha ez az alábbiak elérése érdekében szükséges, és akkor is csak az alábbiak eléréséhez szükséges időtartamra:

- a) az internet-hozzáférési szolgáltatóra vonatkozó uniós jogalkotási aktusoknak vagy az uniós joggal összhangban lévő nemzeti jogszabályoknak való megfelelés, vagy az említett uniós jogalkotási aktusokat vagy nemzeti jogszabályokat végrehajtó, az uniós jognak megfelelő intézkedéseknek való megfelelés, ideértve a bírósági végzéseket, illetve a megfelelő hatáskörrel felruházott közigazgatási szervek határozatait is
- b) az integritás és biztonság megőrzése a hálózaton, a hálózaton keresztül nyújtott szolgáltatások, valamint a végfelhasználók végberendezései tekintetében;
- c) közelgő hálózati torlódás megelőzése, valamint a kivételes vagy ideiglenes hálózati torlódás hatásainak csökkentése, amennyiben biztosított az egyenlő bánásmód a forgalom azonos típusai tekintetében.

III. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem általános indokai

Az internet használata és az interneten alapuló digitális gazdaság mára az élet minden területének részévé vált. Az Európai Unió nagy jelentőségű, mérföldkönek számító hálózatsemlegességi rendeletét a hatályba lépését követően a tagállami elektronikus hírközlés felügyeletéért felelős szabályozó hatóságok (így a magyar is) azonnal alkalmazni kezdték az internet-hozzáférési szolgáltatók által nyújtott szolgáltatások, csomagok vizsgálatával. A jelen előzetes döntéshozatali iránti kérelem és az alapügy tárgya a magyar szabályozó hatóság által hozott egyik ilyen tárgyú, első ügyekben kibocsátott felügyeleti határozata, amely a Rendelet 3. cikkének alkalmazásával kapcsolatban komoly jogértelmezési ellentétet generált a felperesi internet-hozzáférési szolgáltató és az alperesi szabályozó hatóság között két alapvető és szorosan összefüggő kérdésben.

Az egyik anyagi jogi kérdés, amely arra irányul, hogy az internet-hozzáférési szolgáltató által nyújtott szolgáltatáscsomag összeegyeztethető-e a Rendelet által előírt hálózatsemlegességi követelményekkel, valamint a tárgybeli szolgáltatás(csomag) a Rendelet mely rendelkezése hatálya alá esik. A másik eljárásjogi természetű, és arra irányul, hogy a tagállami szabályozó hatóságnak a Rendelet által előírt követelmények vizsgálata során milyen mélységű és terjedelmű vizsgálatot kell lefolytatni milyen eljárási cselekmények elvégzésén keresztül.

Az alapügy tárgyát képező alperesi közigazgatási határozat kizárólag uniós jogon, a Rendelet szabályainak alkalmazásán, és különösen a Rendelet 3. cikk (1)-(3) bekezdésének értelmezésén alapul. A törvényszék nem csak emiatt tartotta azonban indokoltnak az Európai Unió Bírósága megkeresését előzetes döntéshozatali eljárás keretében. Az uniós jog közvetlen alkalmazásán és értelmezésén túl ezt indokolta az is, hogy a jelen per kimenetele közvetlenül több százezer fogyasztót érint, de az is, hogy a jelen perben elfogadott jogértelmezés a jövőbeni hálózatsemlegességi hatósági felügyeleti vizsgálatok irányát, tárgyát, mélységét is

Fővárosi Törvényszék
9.K.700.067/2018/19-I.

alapvetően meghatározhatja. A Rendelet szabályai újak. A magyar jogban, de – a törvényszék legjobb tudomása és a felek által a per során e körben kifejtett részletes tájékoztatása szerint – az uniós és az egyes tagállami jogokban sem alakult ki még – kötelező erejű – egységes joggyakorlat és jogértelmezés a Rendelet szabályaival kapcsolatban, és az Európai Unió Bíróságának sem nyílt még alkalma a Rendelet, és különösen annak 3. cikke értelmezésére a jelen ügyben fennálló tényállás mellett. Figyelemmel a Rendelet közvetlen hatályára és alkalmazandóságára, az uniós jog egységes alkalmazásának kívánalmára, valamint uniós szinten is az internet-hozzáférési szolgáltatók és végfelhasználók azon igényére, hogy az uniós jog határokon átvívelően is kiszámíthatóan működjön, a törvényszék úgy ítélte meg, hogy az Európai Unió Bírósága hasznos, a jelen közigazgatás peren is túlmutató iránymutatást adhat a Rendelet 3. cikkének alkalmazására. A Rendelet elfogadása után a Rendelet egységes alkalmazása érdekében született „soft law”-nak tekinthető BEREK-iránymutatás bár megkísérli a jogalkalmazókat iránymutatásokkal ellátni, azonban ezen iránymutatás tekintetében is a felek között jelentős jogértelmezési ellentét merült fel. A törvényszék mindezek alapján úgy ítélte meg, hogy az alapügyben hozandó ítélet kialakításában az Európai Unió Bírósága uniós jogot értelmező döntésére van szükség az uniós jog egységes alkalmazása szempontjából általános érdekű, új értelmezési kérdés megválaszolása miatt.

IV. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben előterjesztett kérdések indokai

A törvényszék által előterjesztett kérdések elsősorban a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében tilalmazott, a megkülönböztetéstől, korlátozástól vagy beavatkozástól mentes, egyenlő bánásmódot biztosító forgalomkezelésre vonatkozó előírás értelmezésére irányulnak. A Rendelet 3. cikk (1)-(2) bekezdése, valamint (7) preambulum-bekezdése elsődlegesen a végfelhasználók jogainak megóvását tűzi ki célul. Tény azonban az is, hogy a Rendelet ugyanitt „*A nyílt internet-hozzáférés biztosítása*” cím alatt, de külön bekezdésben, a 3. cikk (3) bekezdésében írja elő azt is – általánosságban, generálisan, módtól és személytől függetlenül – hogy az internet-hozzáférési szolgáltatóknak *minden internetes forgalmat* – függetlenül annak küldőjétől és fogadójától, a hozzáfért vagy terjesztett tartalomtól, az igénybe vett vagy nyújtott alkalmazásoktól vagy szolgáltatásoktól, valamint a használt végberendezéstől – *megkülönböztetéstől, korlátozástól vagy beavatkozástól mentesen, egyenlő bánásmódot biztosítva kell kezelniük*.

A törvényszék megítélése szerint e bekezdések és értelmezési tartományuk, megszövegezésük valóban ésszerű kétséget ébresztenek az egymáshoz való viszonyukat tekintve, különösen a jelen ügyben foglalt tényállás alapján.

A törvényszék meglátása szerint valóban nem zárható ki minden kétséget kizáróan olyan értelmezés, hogy a 3. cikk (3) bekezdés szerinti tilalom elsősorban az internet-hozzáférési szolgáltatók által egyoldalúan alkalmazott intézkedések megelőzését szolgálja, amelyekre a végfelhasználónak semmilyen ráhatása nincs, illetve amely forgalomszabályozás tekintetében a forgalomszabályozás tartalmára és mértékére a végfelhasználónak nincs nyilatkozattételi joga. Ha azonban a jelen ügyben vizsgált kereskedelmi gyakorlat mégis a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése hatálya alá tartozik, további és a Rendelet által egyértelműen nem kezelt kérdést vet fel, hogy ez valóban olyan objektív, generális tilalom-e, amely esetén szükségtelen a vélt jogsértő gyakorlat hatásalapú vizsgálata, vagy a Rendelet (7) preambulum-bekezdése folytán – amely a jogszabály része, s annak céljait és alkalmazási szemléletét hordozza, így a törvényszék álláspontja szerint nem hagyható figyelmen kívül – a tagállami szabályozó hatóságnak megfelelő értelmezési keretet kell kidolgoznia még e rendelkezés alkalmazása esetén is úgy, hogy vizsgálja az esetlegesen forgalomszabályozásnak minősülő intézkedések piaci, illetve végfelhasználói jogokra gyakorolt hatását.

A törvényszék e tekintetben a kérdéseivel arra kíváncsi, hogy a Rendelet előírásából levezethető-e, hogy bármilyen típusú kereskedelmi gyakorlat esetében létezik *ún. objektív alapú jogsértés*, és így nem is kell vizsgálni, hogy a kereskedelmi gyakorlat a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdésében foglalt szempontok mérlegelése mellett is jogellenesnek tekinthető-e, mivel az eltérő forgalomszabályozás miatt korlátozza a fogyasztók (végfelhasználók) Rendeletben említett „nyílt internet-hozzáféréshez” való jogát, így az arra vonatkozó szabadságukat, hogy az általuk választott információkhoz és tartalmakhoz hozzáférjenek, vagy hogy a kereskedelmi gyakorlat, függetlenül attól, hogy a Rendelet 3. cikk (1)-(3) bekezdését sérti, a végfelhasználók választási szabadságának jelentős korlátozásához vezet-e, továbbá a végfelhasználók jogainak lényegét ássa-e alá. Mindez azt a kérdést veti fel, hogy ha a forgalomszabályozási intézkedés a fogyasztó választási szabadságát nem korlátozza, vagy bár korlátozza, de annak mértéke nem lényeges vagy jelentős, a Rendelet előírásai sérülnek-e. A jelen ügyben ezeknek a kérdéseknek azért van jelentősége, mert azt a felperes sem vitatja, hogy a MyChat csomag esetén eltérő forgalomszabályozásra kerül sor a kiválasztott alkalmazások és más internetes tartalom esetében (a MyChat-szolgáltatás igénybe vételekor az adatforgalmi keret elérése esetén a MyChat-szolgáltatás keretében preferált alkalmazásoktól, szolgáltatáselemektől eltérő szolgáltatást, alkalmazást, alkalmazáscsoportot lassítással korlátozta), de míg a szabályozói hatóság jogértelmezésében ez önmagában elegendő az uniós jog megsértéséhez, a felperes szerint a Rendelet további rendelkezéseinek vizsgálata is szükséges a Rendelet egyéb előírásai és célja alapján. Nyelvtani értelmezés alapján a törvényszék sem juthatna más eredményre, mint hogy a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése önálló, egyértelmű jogi kötelezettséget fogalmaz meg, mintegy elvi követelményként feltétel nélkül és kifejezetten.

A törvényszék ugyanakkor megjegyzi, hogy mindkét fél releváns, a hálózatsemlegességi rendelet előírásaival és céljaival egyaránt összhangba hozható további szempontokat is felvetett. A felperes egyik alapvető érve, hogy a MyChat szolgáltatás alapja a szolgáltató és a végfelhasználó között létrejött előfizetői szerződés, vagyis a kereskedelmi gyakorlat és eltérés/megkülönböztetés a végfelhasználóval kötött megállapodáson alapul, az alperes által a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése megsértésének minősített magatartást kizárólag a végfelhasználók irányába, a megállapodásban foglalt tartalommal és mértékig, a nem részes végfelhasználók jogainak sérelme nélkül tanúsította. Ez is az oka annak, hogy nem a Rendelet 3. cikk (3), hanem (2) bekezdésének alkalmazhatóságát látja. A törvényszék számára ennek az érvelésnek az elfogadhatósága azt a kérdést veti fel, hogy ezek szerint egy olyan konstrukció, ahol egy internet-hozzáférési szolgáltató és a végfelhasználó közötti kereskedelmi megállapodás tartalmazza a forgalomszabályozás kereteit, és amely megállapodás megkötése a végfelhasználó részéről opcionális, saját döntésén alapuló, fogalmilag kizárja-e azon érvelést, hogy a végfelhasználó jogainak sérelme minden egyéb feltétel vizsgálata nélkül objektíven megállapítható, hiszen ebben az esetben a szolgáltató és a végfelhasználó közösen állapodnak meg a végfelhasználó igényeire szabott szolgáltatás feltételeiben. Egyben ez azt is jelentené, hogy a végfelhasználók jogainak sérelme kizárólag egyedi körülmények vizsgálatát követően történhet meg, például annak vizsgálatával, hogy a felperes valójában nem korlátozza a végfelhasználók szabadságát, hanem éppen bővíti az egyes internetes tartalmakhoz való hozzáférést, mivel az eddig is létező, nem tematikus adatsomagok mellett és nem helyettük vezetett be további szolgáltatási lehetőségeket a fogyasztók számára. Kétséges azonban, hogy egy ilyen vagy ezzel ellentétes irányú szabályozó hatósági megállapítás alapulhat-e pusztán a megkülönböztetés tényén anélkül, hogy a szolgáltatás konkrét konstrukcióját, piaci környezetét elemezné és figyelembe venné.

Fővárosi Törvényszék**9.K.700.067/2018/19-I.**

Ugyanakkor a törvényszék szerint az sem hagyható figyelmen kívül, hogy a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése bár szövegszerűen nem utal rá, de a generális tiltással a hálózatszemlegesség különleges szabályozási konstrukciójában részt vevő más személyek jogait is óvni kívánja. Vagyis a 3. cikk (3) bekezdésének generális tilalma éppen azért érvényesülhetne a tárgybeli esetben is, mert a kereskedelmi megállapodásban foglalt megkülönböztető magatartást nem a végfelhasználó szenved el közvetlenül. Alperes részéről komoly érv, hogy a diszkrimináció aktív alanya az internet-hozzáférési szolgáltató, vagyis a felperes, a passzív alanya viszont a küldő, illetve fogadó fél, az alkalmazás- vagy tartalomszolgáltató, a tárgya pedig az adott alkalmazás. A diszkrimináció elszenvedője az alkalmazásszolgáltató, aki azt az alkalmazást biztosítja a végfelhasználó számára, amelyet az adatforgalmi korlát esetén korlátoznak. Vagyis a felperes bár valóban nem diszkriminált a végfelhasználókkal szemben, hiszen nem tett különbséget a végfelhasználók kiléte, körülményei alapján, de van olyan harmadik személy, amelynek érdekei súlyosan sérültek a hálózatszemlegességi szabályok megsértése miatt. A tárgybeli megkülönböztetés direkt következménye tehát nem a megállapodásban részes végfelhasználónál, hanem egy harmadik vagy sokadik félnél, az alkalmazás-szolgáltatónál áll elő. A törvényszék szerint komoly kétséget ébreszt a felperesi érvelés kapcsán, hogy ha a megállapodásban részes végfelhasználó szándéka a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésének értelmezése körében relevánsnak tekinthető, abból az következne, hogy a felek megállapodhatnak egy harmadik személy jogsérelmét eredményező kereskedelmi gyakorlatban, ez viszont nem következhet a nyílt internet-hozzáférést szabályozási célként meghatározó uniós hálózatszemlegességi rendelkezésekből. Azaz az internet-hozzáférési szolgáltató és a megállapodásban részes végfelhasználó megegyezése alapján a diszkriminált harmadik szereplő súlyos megkülönböztetése is lehetségessé válna, anélkül, hogy számára jogvédelem állna rendelkezésre, míg a végfelhasználó jogsérelme esetleg valóban nem mutatható ki, sőt előnyt élvez a megkülönböztetésből. Az sem zárható ki továbbá, hogy ezzel az internet-hozzáférési szolgáltató, mint a hozzáférési technológia felett diszponáló, meghatározó piaci helyzetben lévő fajsúlyos szereplő az előfizető egyetértésével vagy anélkül súlyos hátrányokat előidézhető módon korlátozza azt a szereplőt, aki kiszolgáltató helyzetben van a tekintetben, hogy a termékét eljuttassa a végfelhasználóhoz. A törvényszék szerint ennek az érvelésnek az elfogadása esetén is azonban további, a szabályozó hatóság hatáskörét érintő fontos kérdés, hogy elegendő-e a közvetlen és járulékos hatások mély és alapos vizsgálati feltárása helyett önmagában a megkülönböztetés tényére alapítani a hálózatszemlegességi szabályok megsértését és a szolgáltató kötelezését.

A törvényszék az előzetes döntéshozatali eljárás befejezéséig a per tárgyalását felfüggesztette.

A törvényszék tájékoztatja az Európai Unió Bíróságát, hogy a jelen ügygel hasonló tényállás és jogkérdések tekintetében 9.K.700.068/2018. szám alatt szintén előzetes döntéshozatal iránti kérelmet terjesztett elő.

A végzés ellen jogorvoslatnak a Pp. 155/B. § alapján helye nincs.

Budapest, 2018. szeptember 11.

Dr. Barabás Gergely s.k.

törvényszéki bíró

A kiadmány hitelül: