



Datum van inontvangstneming : 02/03/2020

Zaak C-34/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

24 januari 2020

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgericht Köln (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 januari 2020

Verzoekende partij:

Telekom Deutschland GmbH

Verwerende partij:

Bundesrepublik Deutschland (Bondsrepubliek Duitsland)

Voorwerp van het hoofdgeding

Telecommunicatie, tarieven voor mobiele communicatie, videostreaming, vertraging van een categorie diensten

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. a) Dient artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 in een geval waarin een tarief voor mobiele communicatie – dat voor mobiel dataverkeer een maandelijkse databundel biedt, na het verbruik waarvan de transmissiesnelheid wordt verlaagd – kan worden uitgebreid met een kosteloze tariefoptie op grond waarvan kan worden gebruikgemaakt van bepaalde diensten van zogenoemde contentpartners van het telecommunicatiebedrijf, zonder dat het door het gebruik

van deze diensten verbruikte datavolume in mindering wordt gebracht op de maandelijkse databundel van het tarief voor mobiele communicatie, maar waarbij de klant wel instemt met een bandbreedtebeperking tot maximaal 1,7 Mbit/s voor videostreaming, ongeacht of het om videostreaming van contentpartners of overige aanbieders gaat, aldus te worden uitgelegd dat overeenkomsten over de kenmerken van internettoegangsdiensden in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 moeten voldoen aan de vereisten van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120?

b) Indien vraag 1 a) bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking moet worden beschouwd als een vertraging van een specifieke categorie diensten?

c) Indien vraag 1 b) bevestigend moet worden beantwoord: dient het begrip nakende netwerkcongestie in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat dit slechts (nakende) uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongesties omvat?

d) Indien vraag 1 b) bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie zoals in casu aan de orde, de voorgeschreven gelijke behandeling van gelijkwaardige soorten verkeer zich verzet tegen een bandbreedtebeperking die slechts wordt toegepast in het geval van een aanvullende optie, maar niet in het geval van overige tarieven voor mobiele communicatie en bovendien alleen geldt voor videostreaming? **[Or. 3]**

e) Indien vraag 1 b) bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie zoals in casu aan de orde, een bandbreedtebeperking die van toepassing is naargelang van de keuze voor de aanvullende optie en die de klant bovendien op elk gewenst moment voor maximaal 24 uur kan deactiveren, voldoet aan het vereiste dat een categorie diensten slechts mag worden vertraagd voor zolang dit nodig is om de doelen van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder a) tot en met c), van verordening (EU) 2015/2120 te verwezenlijken?

2. a) Indien vraag 1 b) ontkennend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking voor uitsluitend videostreaming berust op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer?

b) Indien vraag 2 a) bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 3, tweede alinea, derde zin, van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat een identificatie van het aan videostreaming gerelateerde gegevensverkeer aan de hand van IP-adressen, protocollen, URL's en SNI's alsmede middels het zogenaamde pattern-matching, waarbij bepaalde

headerinformatie wordt vergeleken met de voor videostreaming kenmerkende waarden, betekent dat de specifieke inhoud van het verkeer wordt gevolgd?

3. Indien vraag 1 a) ontkennend moet worden beantwoord: dient artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie zoals in casu aan de orde, een bandbreedtebeperking voor uitsluitend videostreaming het recht van de eindgebruikers in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 beperkt?

Relevante bepalingen van Unierecht

Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1), in het bijzonder artikel 3

Relevante nationale bepalingen

Telekommunikationsgesetz (Duitse telecommunicatiewet) van 22 juni 2004 (BGBl. I blz. 1190), in het bijzonder § 126

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster is een dochteronderneming van een telecommunicatiebedrijf die aan haar klanten onder meer mobielecommunicatiediensten tegen verschillende tarieven aanbiedt. Bij de door haar aangeboden „MagentaMobil”-tarieven voor mobiele communicatie kunnen klanten sinds 19 april 2017 aanvullend de kosteloze optie „StreamOn” (oorspronkelijk in de varianten „StreamOn Music”, „StreamOn Music&Video”, „MagentaEINS StreamOn Music” en „MagentaEINS StreamOn Music&Video”) afsluiten. Bij de keuze voor „StreamOn” wordt het datavolume dat gemoeid is met audio- en videostreaming van zogenaamde contentpartners van verzoekster, niet in mindering gebracht op het met het relevante tarief voor mobiele communicatie contractueel overeengekomen inbegrepen datavolume voor het gebruik van de via mobiele communicatie ter beschikking gestelde internetverbinding (zogeneten zero-rating), waarvan het verbruik in de regel de verlaging van de transmissiesnelheid meebrengt. Voorwaarde voor de deelname aan zero-rating als contentpartner is in wezen dat wordt voldaan aan concreet door verzoekster voorgeschreven technische vereisten alsmede dat een overeenkomst wordt gesloten; verzoekster vraagt geen vergoeding van de contentpartners.

- 2 In het geval van „StreamOn Music&Video” stemt de eindklant verder in met een bandbreedtebeperking tot maximaal 1,7 Mbit/s voor videostreaming, ongeacht of het gaat om videostreaming van contentpartners of overige aanbieders.
- 3 Om een onderscheid te kunnen maken tussen het met de diensten van de contentpartners gegenereerde gegevensverkeer en het overige gegevensverkeer, komt verzoekster met haar partnerbedrijven onderscheidende criteria overeen, zoals bijvoorbeeld IP-adressen, protocollen, URL’s en SNI’s. Voor het overige identificeert zij het aan videostreaming gerelateerde gegevensverkeer middels het zogenoemde pattern-matching, waarbij verzoekster bepaalde headerinformatie met de voor videostreaming kenmerkende waarden vergelijkt.
- 4 De eindklant kan de aanvullende optie en dientengevolge ook de bandbreedtebeperking op ieder gewenst moment deactiveren en reactiveren om, onder gebruikmaking van zijn inbegrepen datavolume, ook voor videostreaming weer een maximale transmissiekwaliteit mogelijk te maken. Indien binnen 24 uur geen reactivering door de klant plaatsvindt, herstelt verzoekster de standaardinstellingen via een geautomatiseerd systeem (geen gebruikmaking van inbegrepen datavolume en bandbreedtebeperking). Bij „MagentaEINS StreamOn Music&Video” wordt de bandbreedte evenwel niet beperkt. „MagentaEINS StreamOn Music&Video” verschilt in die zin van „StreamOn Music&Video” dat bij een tarief voor mobiele communicatie alleen voor deze aanvullende optie kan worden gekozen als dit is gecombineerd met een tarief voor vaste telefonie inclusief een internettoegangsdiens.
- 5 Alle aanvullende opties kunnen op ieder gewenst moment zonder inachtneming van een termijn worden opgezegd.
- 6 Op 15 december 2017 heeft de Bundesnetzagentur (federaal netwerkagentschap) het betwiste besluit vastgesteld. Hierin heeft zij vastgesteld dat de verlaging van de datatransmissiesnelheid voor videostreams tot maximaal 1,7 Mbit/s in het kader van de aanvullende optie „StreamOn” in strijd is met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 en dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een verkeersbeheersmaatregel overeenkomstig artikel 3, lid 3, tweede of derde alinea, onder a). Bovendien heeft zij verzoekster verboden om binnen de aanvullende optie „StreamOn” de datatransmissiesnelheid te verlagen tot maximaal 1,7 Mbit/s en de betreffende tariefvoorwaarden te blijven gebruiken.
- 7 Het door verzoekster tegen dit besluit ingediende bezwaar werd op 8 juni 2018 afgewezen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 Verzoekster is in wezen van mening dat artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 de enige toetsingsmaatstaf voor de met de aanvullende optie samenhangende bandbreedtebeperking is. Rechten van eindgebruikers in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 worden volgens haar niet

geschonden, waardoor de bandbreedtebeperking geoorloofd is. Dit is ook niet anders, wanneer – hetgeen verzoekster onjuist acht – ook artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 als toetsingsmaatstaf wordt gebruikt. Artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 bevat geen algemeen beginsel van gelijke behandeling. In ieder geval is de bandbreedtebeperking als verkeersbeheersmaatregel in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, eerste zin, van verordening (EU) 2015/2120 geoorloofd. Volgens verzoekster is er noch sprake van een schending van het verbod op discriminatie, noch van het [Or. 7] evenredigheidsbeginsel in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120. Ook wordt in overeenstemming met artikel 3, lid 3, tweede alinea, derde zin, van verordening (EU) 2015/2120 niet de inhoud van het gegevensverkeer gevolgd en wordt de voorgeschreven termijn nageleefd. Voor het overige gaat het volgens verzoekster bij de bandbreedtebeperking om een geoorloofde datacompressie in de zin van overweging 11 van verordening (EU) 2015/2120.

- 9 Verweerster bestrijdt het betoog van verzoekster.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 10 De rechtssituatie op het moment van het laatste besluit van de overheidsinstantie, dus op 8 juni 2018, is doorslaggevend.
- 11 Volgens de verwijzende rechter zijn er belangrijke overwegingen die erop wijzen dat verzoekster haar verplichtingen op grond van verordening (EU) 2015/2120 schendt. De rechtssituatie lijkt evenwel niet dermate duidelijk dat het Hof niet zou hoeven te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.

Vraag 1. a)

- 12 Uit de rechtspraak van het Oberverwaltungsgericht (hoogste bestuursrechter) van de deelstaat Nordrhein-Westfalen blijkt het volgende:
- Overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 dienen te worden beoordeeld aan de hand van de vereisten van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120. De opvatting van verzoekster dat de litigieuze bandbreedtebeperking tussen haar en haar eindklanten contractueel is overeengekomen en daarmee uitsluitend valt onder artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120, is niet juist, aangezien artikel 3, leden 2 en 3, van verordening (EU) 2015/2120 geen elkaar onderling uitsluitende toepassingsgebieden bevat in die zin dat artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 de toelaatbaarheid van contractuele afspraken tussen aanbieders van internettoegang en hun eindklanten regelt, terwijl artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 alleen nog van toepassing is op de dan nog overblijvende, niet contractueel

- overeengekomen eenzijdige maatregelen van de aanbieders van internettoegang.
- De begrippen „discriminatie”, „beperking” of „interferentie” dienen te worden beschouwd als nadere concretisering van het algemene vereiste van gelijke behandeling in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, eerste zin, van verordening (EU) 2015/2120. Tegelijkertijd worden met de begrippen „verzender”, „ontvanger”, „inhoud”, „toepassingen”, „diensten” of „eindapparatuur” bepaalde aanknopingspunten voor een ongelijke behandeling uitdrukkelijk ontoelaatbaar verklaard. Om die reden is er in het geval van een overeenkomst die betrekking heeft op een bandbreedtebeperking tot maximaal 1,7 Mbit/s voor videostreaming, sprake van ongelijke behandeling voor zover met de bandbreedtebeperking voor videostreaming ten opzichte van andere diensten en toepassingen bewust een technisch onderscheid naar de aard van de gebruikte respectievelijk ter beschikking gestelde toepassingen of diensten wordt gemaakt.
 - Hiertegen verzetten zich noch overweging 9 van de verordening, die uitsluitend dient als toelichting op de in artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120 opgenomen voorwaarden voor redelijke verkeersbeheersmaatregelen die ondanks een eventuele ongelijke behandeling van het gegevensverkeer als structurele uitzondering op artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 geoorloofd moeten blijven, noch overweging 11 van de verordening, die betrekking heeft op de datacompressie die leidt tot een vermindering van het datavolume, maar niet tot een verlaging van de datatransmissiesnelheid.
- 13 Er bestaat evenwel ook een andere opvatting die ingaat tegen de rechtspraak van het Oberverwaltungsgericht van de deelstaat Land Nordrhein-Westfalen en als volgt is gemotiveerd:
- De leden 2 en 3, van artikel 3, van verordening (EU) 2015/2120 regelen elk een ander gebied, waardoor het zogeheten traffic-shaping op grond van contractuele afspraken uitsluitend moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120. De bewoordingen van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 verwijzen slechts naar artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120, en niet naar artikel 3, lid 3, van deze verordening. Het begrip „behandelen” in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 heeft terminologisch gezien niets te maken met het begrip overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van deze verordening.
 - In systematisch opzicht regelt artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 fundamentele rechten van eindgebruikers, regelt artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 in wezen de bevoegdheid om autonoom overeenkomsten te sluiten en regelt artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 unilaterale rechten en plichten van aanbieders van

internettoegangsdiensten waarvoor geen met een eindgebruiker gesloten overeenkomst nodig is. Hiertegen verzet zich dat artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 wordt toegepast bij de beoordeling van de rechtmatigheid van overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120. Artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 staat verder uitdrukkelijk overeenkomsten toe over commerciële en technische voorwaarden van een internettoegangsdienst. Artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120 verbiedt daarentegen alle verkeersbeheersmaatregelen die berusten op „commerciële overwegingen”. Indien overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 ook zouden moeten worden beoordeeld op grond van het bepaalde in artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120, zou dit het absurde resultaat hebben dat eindgebruikers en aanbieders van internettoegangsdiensten weliswaar een overeenkomst mogen sluiten over een commerciële voorwaarde van een internettoegang, maar dat het op grond van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120 verboden is een verkeersbeheersmaatregel te treffen om de contractuele afspraken uit te voeren. Een dergelijk resultaat wordt voorkomen, doordat artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 als enige maatstaf voor de rechtmatigheid van contractuele afspraken wordt toegepast en artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 wordt opgevat als maatstaf voor de rechtmatigheid van unilaterale maatregelen van aanbieders van internettoegangsdiensten. Een dergelijke uitlegging is tevens in overeenstemming met het doel en de strekking van verordening (EU) 2015/2120, waarin de bescherming van de eindgebruiker en zijn rechten centraal staan.

- 14 Gezien de verschillende zienswijzen ten aanzien van de gebieden die in de leden 2 en 3, van artikel 3, van verordening (EU) 2015/2120 worden geregeld, moet volgens de verwijzende rechter worden verduidelijkt of overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 dienen te worden beoordeeld aan de hand van de vereisten van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120.

Vraag 1. b)

- 15 Onder de voorwaarde dat ook overeenkomsten in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120 dienen te worden beoordeeld aan de hand van de voorschriften van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120, acht de verwijzende rechter het in zoverre vooralsnog evident dat de bandbreedtebeperking tot maximaal 1,7 Mbit/s voor videostreaming een ongelijke behandeling in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 vormt. In zoverre wordt immers niet alle verkeer bij de verlening van internettoegangsdiensten gelijk behandeld, zoals voorgeschreven in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120.

- 16 Verder kunnen naar de opvatting van de rechter redelijkerwijs geen twijfels bestaan ten aanzien van het feit dat ongelijke behandelingen in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 uitsluitend op grond van artikel 3, lid 3, tweede en derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 kunnen worden gerechtvaardigd. Blijkens overweging 8 van verordening (EU) 2015/2120 moeten aanbieders van de internettoegangsdiens­ten bij het aanbieden van die diensten alle verkeer gelijk behandelen, zonder discriminatie, beperking of interferentie, ongeacht de afzender of ontvanger, de inhoud, toepassing of dienst, of de eindapparatuur. Volgens de algemene beginselen van het Unierecht en de vaste rechtspraak mogen vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet op dezelfde wijze worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.
- 17 Een dergelijke rechtvaardiging kan overduidelijk slechts in aanmerking worden genomen indien is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, lid 3, tweede en derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120.
- 18 Overweging 8 van verordening (EU) 2015/2120 verwijst weliswaar in verband met het verbod op ongelijke behandeling in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 naar algemene beginselen van het Unierecht en de vaste rechtspraak. De rechter gaat er evenwel van uit dat een objectieve rechtvaardiging in de zin van overweging 8 uitsluitend onder de in artikel 3, lid 3, tweede en derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 genoemde voorwaarden mogelijk is. Iedere andere uitlegging van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) 2015/2120 zou immers in strijd zijn met de evidente regelingssystematiek van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120.
- 19 Gezien het bovenstaande, twijfelt de rechter er dus ook niet aan dat artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 met voorrang moet worden getoetst op artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120.
- 20 De bepaling bevat volgens de bewoordingen ervan immers een principiële verbod op die verkeersbeheersmaatregelen die verder gaan dan een redelijke verkeersbeheerspraktijk in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120, en noemt uitdrukkelijk de vertraging van categorieën diensten als maatregel die voor aanbieders van internettoegangsdiens­ten verboden is, tenzij is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder a) tot en met c), van verordening (EU) 2015/2120.
- 21 Op basis van deze fundamentele veronderstellingen kan volgens de verwijzende rechter niet met voldoende zekerheid uit verordening (EU) 2015/2120 worden afgeleid of in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking als vertraging van een categorie diensten in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 dient te worden aangemerkt.

- 22 De verwijzende rechter kan niet redelijkerwijs zonder enige twijfel ervan uitgaan dat een bandbreedtebeperking, die uitsluitend geldt voor videostreaming, een categorie diensten betreft in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 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”). Het begrip categorie diensten wordt in artikel 2 van verordening (EU) 2015/2120 niet gedefinieerd. Bovendien bevatten artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120 en artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 met de begrippen specifieke categorieën verkeer enerzijds en gelijkwaardige soorten verkeer anderzijds aanvullende begrippen. Deze zijn op hun beurt niet gedefinieerd in artikel 2 van verordening (EU) 2015/2120 en helpen niet bij de vraag hoe het begrip categorie diensten moet worden opgevat; in dit verband worden immers in de bindende taalversies van verordening (EU) 2015/2120 begrippen gebruikt die deels overeenstemmen met het begrip categorie diensten („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „équivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”).
- 23 Volgens de verwijzende rechter is er veel voor te zeggen dat een uitsluitend voor videostreaming geldende bandbreedtebeperking binnen de werkingssfeer van de bepaling valt, aangezien artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 begrippen bevat zoals „specifieke inhoud, toepassingen of diensten” en „specifieke categorieën daarvan”. Echter, blijkens overweging 11 van verordening (EU) 2015/2120 houdt artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 geen verbod in van niet-discriminerende datacompressietechnieken die de omvang van een gegevensbestand verkleinen zonder op enigerlei wijze de inhoud te wijzigen. Volgens de verwijzende rechter is er veel voor te zeggen dat het in een situatie zoals in casu aan de orde bij de bandbreedtebeperking niet gaat om een dergelijke niet-discriminerende datacompressietechniek, aangezien volgens overweging 11 van verordening (EU) 2015/2120 een dergelijke datacompressie een efficiënter gebruik van de schaarse middelen mogelijk maakt en het belang van de eindgebruikers dient, doordat zij de datavolumes verkleint, de snelheid verhoogt en de ervaring met het gebruik van de desbetreffende inhoud, toepassingen of diensten verbetert. Aan deze voorwaarden is volgens de rechter in een situatie zoals de onderhavige ten aanzien van de bandbreedtebeperking echter niet voldaan.
- 24 Desondanks maakt overweging 11 van verordening (EU) 2015/2120 echter duidelijk dat artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 niet in de weg staat aan alle maatregelen van de aanbieders van internettoegangsdiensten die zijn gericht op een efficiënter gebruik van schaarse middelen. Op grond hiervan kan de rechter op zijn minst niet redelijkerwijs zonder enige twijfel ervan uitgaan dat in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking een vertraging van een categorie diensten in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 vormt. Bijgevolg moet volgens de verwijzende rechter worden opgehelderd of de bandbreedtebeperking dient te worden

aangemerkt als een vertraging van een categorie diensten in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120.

Vraag 1. c)

- 25 Volgens overweging 11 van verordening (EU) 2015/2120 moet artikel 3, lid 3, derde alinea, onder a) tot en met c), van verordening (EU) 2015/2120 strikt worden uitgelegd, en gelden voor die bepaling strenge evenredigheidsseisen. Specifieke inhoud, toepassingen en diensten alsmede specifieke categorieën daarvan moeten worden beschermd wegens de negatieve gevolgen van blokkeren of van andere niet onder de gerechtvaardigde uitzonderingen vallende beperkende maatregelen voor de keuzemogelijkheden van de eindgebruiker en voor innovatie. Daarvan uitgaand is er volgens de verwijzende rechter veel voor te zeggen dat in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking niet voldoet aan de vereisten van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120. Blijkens overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 maakt artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 immers maatregelen mogelijk die nodig zijn voor het voorkomen van nakende netwerkcongestie, dit wil zeggen situaties waarin de congestie op het punt staat zich voor te doen, alsook voor het beperken van de gevolgen van netwerkcongestie, indien de netwerkcongestie slechts tijdelijk is of zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden voordoet. Met tijdelijke congestie worden specifieke situaties van korte duur bedoeld, wanneer zich een plotselinge toename van het aantal gebruikers bovenop de reguliere gebruikers of een plotselinge toename van de vraag naar specifieke inhoud, toepassingen of diensten voordoet die de transmissiecapaciteit van sommige elementen van het netwerk te boven kan gaan en de rest van het netwerk minder reactief kan maken. Uitzonderlijke congestie moet volgens overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 aldus **[Or. 24]** worden opgevat dat het onvoorspelbare en onvermijdelijke situaties van congestie betreft. Die situaties kunnen worden veroorzaakt door bijvoorbeeld een technisch falen, zoals niet-beschikbaarheid van de dienst wegens gebroken kabels of andere infrastructuurelementen, onverwachte veranderingen in de routing van het verkeer of grote toenames van het netwerkverkeer door noodsituaties of andere situaties waarop de aanbieders van internettoegangsdiensten geen invloed hebben.
- 26 De hier in het geval van de optionele dienst voor videostreaming geldende bandbreedtebeperking voldoet volgens de verwijzende rechter niet aan deze voorwaarden, alleen al omdat deze niet slechts tijdelijk of in uitzonderlijke omstandigheden wordt toegepast. De bandbreedte wordt volgens de verklaring van verzoekster juist beperkt, omdat bij de voorhanden netwerkcapaciteiten slechts een permanent, ongelimiteerd gebruik van videostreaming tot een bandbreedte van maximaal 1,7 Mbit/s moet zijn toegestaan. Ongeacht of op grond van een dergelijk globale verklaring überhaupt sprake kan zijn van een nakende netwerkcongestie, zijn in dit verband in ieder geval tijdelijke noch uitzonderlijke omstandigheden in de zin van overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 aan de orde.

- 27 De verwijzende rechter kan evenwel niet redelijkerwijs zonder twijfel aannemen dat het begrip nakende netwerkcongestie in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 slechts een tijdelijke of uitzonderlijke nakende netwerkcongestie betreft.
- 28 In artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 worden immers de nakende netwerkcongestie enerzijds en de gevolgen van een uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie anderzijds genoemd. Volgens de verwijzende rechter moet derhalve worden verduidelijkt of de bijvoeglijk naamwoorden „uitzonderlijk” en „tijdelijk” ook betrekking hebben op het begrip nakende netwerkcongestie.
- 29 Hiervoor pleit volgens de verwijzende rechter dat overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 samenvattend verkeersbeheersmaatregelen toelaatbaar acht die verder gaan dan redelijke verkeersbeheersmaatregelen „om de effecten van de tijdelijke of uitzonderlijke netwerkcongestie te voorkomen of te beperken”. Ogenschijnlijk vallen op grond daarvan nakende netwerkcongesties alleen binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120, als deze uitzonderlijk of tijdelijk zijn. Daarentegen lijkt het niet veelzeggend dat blijkens overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 herhaaldelijke en langdurige netwerkcongestie die uitzonderlijk, noch tijdelijk van aard is, niet onder de uitzondering van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 mag vallen, maar dat deze veeleer door een uitbreiding van de netwerkcapaciteit moet worden opgevangen. De verwijzing naar een uitbreiding van de netwerkcapaciteit geschiedt volgens de verwijzende rechter slechts als afbakening ten opzichte van uitzonderlijke en tijdelijke congesties en komt derhalve pas aan de orde na de vraag of ook het begrip nakende netwerkcongestie uitsluitend ziet op uitzonderlijke en tijdelijke situaties.
- 30 Ondanks de aanknopingspunten die overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 voor de uitlegging van de bepaling geeft, acht de rechter de bewoordingen van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 niet duidelijk. Zonder voorafgaande verduidelijking door het Europese Hof van Justitie acht de verwijzende rechter zichzelf niet in staat om de bepaling aldus uit te leggen dat deze slechts betrekking heeft op (nakende) uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongesties.

Vraag 1. d)

- 31 Volgens de verwijzende rechter is er veel voor te zeggen dat reeds de toepasselijkheid van de bandbreedtebeperking in een situatie zoals in casu aan de orde, een ongelijke behandeling van gelijkwaardige soorten verkeer oplevert in het geval van de aanvullende optie „StreamON Music&Video”, maar niet voor het overige en in het bijzonder niet in het geval van de aanvullende optie „MagentaEins StreamOn Music&Video”. De bandbreedtebeperking voor videostreaming geldt immers niet voor alle eindklanten; bijgevolg worden niet alleen gelijkwaardige, maar veeleer gelijke soorten verkeer ongelijk behandeld.

Bovendien is volgens de verwijzende rechter ook sprake van een binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 relevante ongelijke behandeling van gelijkwaardige soorten verkeer, wanneer in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking uitsluitend geldt voor videostreaming.

- 32 Zoals boven uiteengezet, is evenwel (ook) het begrip gelijkwaardige soorten verkeer („equivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”) niet in artikel 2 van verordening (EU) 2015/2120 gedefinieerd. Bovendien komt het begrip niet overeen met het begrip specifieke categorieën verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120, hoewel in de bindende taalversies van verordening (EU) 2015/2120 deels identieke begrippen worden gebruikt („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „equivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”). Ten slotte verschilt het begrip uit terminologisch oogpunt van het begrip categorie diensten in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120.
- 33 Afgezien daarvan kan op grond van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 een vertraging van een categorie diensten toelaatbaar zijn, „indien” deze nodig is om nakende netwerkcongestie te voorkomen en de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie te beperken. Verder refereert overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 aan het evenredigheidsbeginsel en acht het in zoverre nodig dat op artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 gebaseerde verkeersbeheersmaatregelen gelijkwaardige soorten verkeer gelijk behandelen. Dit maakt het voor de rechter onmogelijk om redelijkerwijs zonder twijfel te [Or. 27] beslissen of in gevallen zoals het onderhavige, het in strijd is met artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120, om uitsluitend in het geval van een aanvullende optie toepassing te maken van de bandbreedtebeperking. Ofschoon hiervoor volgens de verwijzende rechter weinig redenen zijn aan te voeren, zou met name de verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel aannemelijk kunnen maken dat, in het geval van de vertraging van een categorie diensten, gelijkwaardige (en ook gelijke) soorten verkeer juist niet gelijk moeten worden behandeld, voor zover reeds door een gedeeltelijke vertraging van een categorie diensten een nakende netwerkcongestie kan worden voorkomen.
- 34 Of artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 een dergelijke opvatting toelaat, moet dus worden verduidelijkt. Alleen indien ervan wordt uitgegaan dat een gedeeltelijke vertraging zoals boven bedoeld is toegestaan, is voor het overige trouwens van belang of het feit dat de bandbreedtebeperking slechts geldt voor de aanvullende optie „StreamOn Music&Video”, maar juist niet voor de aanvullende optie „MagentaEins StreamOn Music&Video”, mag worden beschouwd als een gevolg van het feit dat – zoals verzoekster meent – in het geval van de aanvullende optie „MagentaEins StreamOn Music&Video” valt te voorzien is dat het streamen van video’s deels

niet via het mobiele netwerk zal verlopen, omdat er sprake is van een vaste aansluiting.

Vraag 1. e)

- 35 Volgens de verwijzende rechter kan goed worden bepleit dat de in artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 gestelde termijn niet reeds in acht is genomen, wanneer in een situatie zoals in casu de bandbreedtebeperking in beginsel blijvend geldt, maar enerzijds afhangt van de keuze voor een aanvullende optie en anderzijds door de eindklant kan worden gedeactiveerd en gereactiveerd.
- 36 Zoals de rechter het begrijpt, voldoet een blijvende bandbreedtebeperking immers duidelijk niet aan het doel van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120, waarmee blijkens overweging 15 van verordening (EU) 2015/2120 niet wordt beoogd, aan de aanbieders van internettoegangsdiensten de mogelijkheid te bieden tot het omzeilen van het algemene verbod specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of bepaalde categorieën daarvan, te blokkeren, te vertragen, te wijzigen, te beperken, ermee te interfereren, te degraderen of daartussen te discrimineren.
- 37 De overwegingen van verordening (EU) 2015/2120 bevatten evenwel geen uitwerking van de bepaling dat maatregelen in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 alleen toelaatbaar zijn, „zolang” deze nodig zijn voor de verwezenlijking van een van de in artikel 3, lid 3, derde alinea, onder a) tot en met c), van verordening (EU) 2015/2120 genoemde doelen. Ook wanneer hiervoor, naar oordeel van de verwijzende rechter, geen overtuigende redenen pleiten, kan op zijn minst niet redelijkerwijs zonder twijfel ervan worden uitgegaan dat in een situatie zoals in casu reeds aan het vereiste van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120 wordt voldaan door het feit dat de bandbreedtebeperking pas door de keuze voor een aanvullende optie van toepassing wordt en bovendien de eindklant de aanvullende optie op ieder gewenst moment kan deactiveren en reactiveren.
- 38 Tegen deze achtergrond is de rechter van mening dat ook moet worden verduidelijkt hoe de in artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120 bepaalde termijn moet worden opgevat.

Vraag 2

- 39 Voor het geval dat in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking niet in strijd is met artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120, moet naast de prejudiciële vragen 1 b) tot en met e) bovendien worden verduidelijkt of deze beperking een geoorloofde verkeersbeheersmaatregel is in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120.

Vraag 2. a)

- 40 Blijkens overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 kunnen aanbieders van internettoegangsdiensten, met het oog op de optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, verkeersbeheersmaatregelen toepassen die een onderscheid maken tussen objectief verschillende categorieën verkeer. Dergelijke differentiëringen mogen overeenkomstig, teneinde de algehele kwaliteit en de ervaring van de gebruikers te optimaliseren, alleen worden toegestaan op basis van de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de specifieke categorieën verkeer (bijvoorbeeld wat betreft latentietijd („latency”), variatie in vertraging („jitter”), pakketverlies en bandbreedte) voor de specifieke categorieën verkeer, en niet op basis van commerciële overwegingen. Het uitgesproken doel van een redelijk verkeersbeheer is om een bijdrage te leveren aan een efficiënt gebruik van de netwerkmiddelen en aan de optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit overeenkomstig de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening voor specifieke categorieën verkeer en daarmee van de doorgegeven inhoud, toepassingen en diensten.
- 41 Hiervan uitgaande valt volgens de verwijzende rechter te bepleiten dat in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking niet berust op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120. In feitelijk opzicht verschillen de vereisten van videostreaming met betrekking tot latentietijd, variatie in vertraging, pakketverlies en bandbreedte immers niet van de datatransmissie voor het gebruik van andere toepassingen of diensten. Videostreaming verschilt alleen van de datatransmissie voor het gebruik van andere toepassingen of diensten vanwege het feit dat hiervoor regelmatig de zogenoemde „adaptive bitrate”-technologie wordt toegepast.
- 42 Volgens de verwijzende rechter gaat het hierbij evenwel niet om een objectief verschillend technisch kwaliteitsvereiste van specifieke categorieën verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120. Hetzelfde geldt ten aanzien van het feit dat het – zoals verzoekster aanvoert – bij videostreaming gaat om een in potentie bandbreedte-intensieve toepassing. Dit alleen voldoet volgens de verwijzende rechter niet aan het voorschrift dat iedere verkeersbeheersmaatregel moet berusten op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer.
- 43 Dat een bandbreedtebeperking voor videostreaming niet berust op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120, blijkt volgens de verwijzende rechter verder ook uit het feit dat de bandbreedtebeperking slechts in het geval van een aanvullende optie, maar anders niet wordt toegepast en de eindklant de aanvullende optie bovendien op ieder gewenst moment kan deactiveren en reactiveren.

- 44 Desondanks kan de verwijzende rechter dit niet redelijkerwijs zonder twijfel definitief beoordelen. Dit vloeit enerzijds voort uit het feit dat – zoals aangetoond – (ook) het begrip specifieke categorie verkeer („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”) niet in artikel 2 van verordening (EU) 2015/2120 is gedefinieerd. Bovendien komt het begrip niet overeen met het begrip gelijkwaardige soorten verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, onder c), van verordening (EU) 2015/2120, hoewel de bindende taalversies van verordening (EU) 2015/2120 deels identieke begrippen bevatten („specific categories of traffic”, „certaines catégories spécifiques de trafic”, „equivalent categories of traffic”, „les catégories équivalentes de trafic”). Bovendien verschilt het begrip uit terminologisch oogpunt van het begrip categorie diensten in de zin van artikel 3, lid 3, derde alinea, van verordening (EU) 2015/2120.
- 45 Hierbij komt dat overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 het voorschrift van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120, dat verkeersbeheersmaatregelen moeten berusten op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening, slechts bij wijze van voorbeeld omschrijft. Ook om die reden kan de rechter niet tot de definitieve slotsom komen dat in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking niet berust op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening (EU) 2015/2120.
- 46 De inhoud van het begrip objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten kan ook niet als voldoende duidelijk worden beschouwd, omdat blijkens overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 de aanbieders van internettoegangsdiensten verkeersbeheersmaatregelen mogen toepassen met het oog op de optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit; op gelijklopende wijze is in overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 verwoord dat verkeersbeheersmaatregelen de algehele kwaliteit en de ervaring van de gebruikers moeten optimaliseren. Dit biedt volgens de verwijzende rechter op zichzelf immers geen uitsluitsel over de vraag hoe het vereiste van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120 dat verkeersbeheersmaatregelen moeten berusten op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer, moet worden uitgelegd. In overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 zelf wordt slechts aan dit vereiste gerefereerd doordat hierin wordt vermeld dat met een redelijk verkeersbeheer wordt beoogd „bij te dragen aan een efficiënt gebruik van netwerkmiddelen en een optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, in reactie op de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening voor specifieke categorieën verkeer, en daarmee van de doorgegeven inhoud, toepassingen en diensten”. Ook met behulp van overweging 9 van verordening (EU) 2015/2120 kan de inhoud van het begrip objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten niet met voldoende duidelijkheid worden bepaald.

- 47 Gezien het bovenstaande moet worden verduidelijkt of in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking voldoet aan het vereiste van artikel 3, lid 3, tweede alinea, tweede zin, van verordening (EU) 2015/2120, dat verkeersbeheersmaatregelen moeten berusten op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer.

Vraag 2. b)

- 48 Artikel 2 van verordening (EU) 2015/2120 bevat geen definitie van het begrip ongeoorloofd volgen van het specifieke gegevensverkeer in de zin van artikel 3, lid 3, tweede alinea, derde zin, van deze verordening. Overweging 10 van deze verordening vermeldt slechts dat een redelijk verkeersbeheer geen technieken vergt waarmee de specifieke inhoud van het gegevensverkeer dat via de internettoegangsdiens wordt doorgegeven, gevolgd wordt.
- 49 Het ontbreekt de rechter dus aan voldoende aanknopingspunten voor de concretisering van de inhoud van de regeling van artikel 3, lid 3, tweede alinea, derde zin, van verordening (EU) 2015/2120. Om die reden kan de rechter niet redelijkerwijs zonder twijfel beslissen of in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking gepaard gaat met een ongeoorloofd volgen van het specifieke gegevensverkeer, voor zover voor de identificatie van het aan videostreaming gerelateerde gegevensverkeer technische informatie afkomstig uit IP-adressen en/of protocollen en/of URL's en/of SNI's (voor HTTPS) en/of uit de voor HTTPS-versleuteling gebruikte Public Keys (indien van toepassing) wordt gebruikt, en/of gebruik wordt gemaakt van technische informatie die door aanbieders of hun serviceproviders wordt toegepast.

Vraag 3

- 50 Mocht in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking uitsluitend moeten worden getoetst aan artikel 3, lid 2, van verordening (EU) 2015/2120, maar niet aan het bepaalde in artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120, moet volgens de verwijzende rechter worden verduidelijkt of de bandbreedtebeperking de rechten van de eindgebruikers overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 schendt. Op grond daarvan hebben eindgebruikers het recht om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden, en gebruik te maken van de eindapparatuur van hun keuze, ongeacht de locatie van de eindgebruiker of de aanbieder, en ongeacht de locatie, herkomst of bestemming van de informatie, inhoud, toepassing of dienst, via hun internettoegangsdiens.
- 51 De rechter is van mening dat de vraag of in een situatie zoals in casu aan de orde de bandbreedtebeperking als beperking van eindgebruikersrechten in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 moet worden beschouwd, op grond van de Berec-richtsnoeren vooralsnog niet voldoende is beantwoord. Daarin wordt weliswaar aangegeven dat bepaalde technische omstandigheden in strijd zijn met artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120. Volgens de verwijzende

rechter kan daaruit evenwel niet worden afgeleid, althans niet met volledige zekerheid, dat juist een bandbreedtebeperking in strijd is met artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120.

- 52 Hetzelfde geldt ten aanzien van de – in verordening (EU) 2015/2120 bovendien niet uitdrukkelijk neergelegde – aanneming in de Berec-richtsnoeren dat een schending van artikel 3, lid 3, van verordening (EU) 2015/2120 tegelijkertijd een schending van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 kan inhouden.
- 53 In enkele gevallen wordt de aanvullende optie als zodanig reeds bekritiseerd, omdat eindklanten ertoe zouden worden gedwongen om gebruik te maken van de diensten van de zogenoemde contentpartners. Zogenoemde zero-rating-aanbiedingen zijn in het bijzonder volgens de Berec-richtsnoeren echter niet per se met artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 onverenigbaar. Voor zover de niet-discriminerende toegang tot zero-rating voor aanbieders van content wordt gewaarborgd en voor het zero-rating van aanbieders van content ook geen afzonderlijke vergoeding wordt gevraagd, worden dergelijke aanbiedingen in het algemeen toelaatbaar geacht, ook buiten de Berec-richtsnoeren om.
- 54 Ten slotte is op zijn minst niet definitief verduidelijkt of in een situatie zoals in casu aan de orde, juist de bandbreedtebeperking moet worden beschouwd als een beperking van eindgebruikersrechten in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120. De discussie hieromtrent kan als volgt worden samengevat: de concrete vormgeving van het zogenoemde traffic-shaping wordt als leidend beschouwd. Voor zover – zoals in casu – eindgebruikers traffic-shaping (in combinatie met zero-rating) kunnen deactiveren en reactiveren, wordt de bandbreedtebeperking niet beschouwd als schending van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120, aangezien – zo wordt geredeneerd – de eindgebruikers zelfstandig kunnen beslissen hoe zij hun internettoegang gebruiken; indien aan de klant een aanvullende optie wordt aangeboden en zij volledig autonoom hierover kunnen beslissen, is een beperking van hun keuzevrijheid niet aan de orde, maar worden hun mogelijkheden juist uitgebreid.
- 55 De bewoordingen van het voorschrift en de overwegingen van verordening (EU) 2015/2120 bieden geen uitsluitend antwoord over de vraag of een schending van de rechten van eindgebruikers is uitgesloten, als hun mogelijkheden in een situatie zoals de onderhavige door de aanvullende optie worden uitgebreid. Hetzelfde geldt voor de vraag naar een schending van rechten van de aanbieders van content doordat deze hun aanbod niet meer in de technisch hoogst haalbare kwaliteit onder alle eindklanten kunnen verspreiden. Dat artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120 juist refereert aan de internettoegangsdienst van de eindgebruikers („hun”), maakt echter ook geen definitief antwoord op de prejudiciële vraag mogelijk, aangezien daaruit geen conclusies kunnen worden getrokken wat betreft een eventuele rechtspositie van de aanbieders van content. Bovendien is in de discussie over het zogenoemde traffic-shaping – voor zover te overzien – tot dusver buiten beschouwing gebleven dat in de onderhavige situatie sprake is van

een ongelijke behandeling van aanbieders van videostreamingdiensten en aanbieders van andere content.

- 56 Tegen deze achtergrond moet volgens de verwijzende rechter door het Europese Hof van Justitie worden verduidelijkt of in een situatie zoals in casu aan de orde, de bandbreedtebeperking moet worden beschouwd als beperking van eindgebruikersrechten in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EU) 2015/2120.