

Másodfokú döntés-előkészítő Osztály

Iktatószám: MD/29545-10/2016.

Ügyintéző: dr. Öry Zsuzsanna

Tárgy: a Telenor Magyarország Zrt.
fellebbezésének elbírálása

HATÁROZAT

A Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (a továbbiakban: „**Hatóság**”) elnöke (a továbbiakban: „**másodfokú hatóság**”) a dr. Galambos Péter jogtanácsos által képviselt Telenor Magyarország Zártkörűen Működő Részvénytársaság (2045 Törökbálint, Pannon út 1.; Cg. 13-10-040409; a továbbiakban: „**Szolgáltató**”, valamint „**Fellebbező**”) által a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (a továbbiakban: „**elsőfokú hatóság**”) 2017. január 19-én kelt, OH/29545-5/2016. számú határozata (a továbbiakban: „**elsőfokú határozat**”) ellen benyújtott fellebbezése alapján indult másodfokú eljárásban az elsőfokú határozatot az alábbiak szerint

megváltoztatja:

Az elsőfokú határozat rendelkező részében a megállapítást követően a kötelezés helyébe az alábbi szövegrész lép:

„A Hatóság a megállapított jogsértő magatartás tanúsítását a Szolgáltatónak

megtiltja,

továbbá

kötelezi

a Szolgáltatót, hogy a jelen határozat jogerőre emelkedésétől számított 150 napon belül szüntesse meg a jelen határozatban megállapított jogszabálysértés tekintetében az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségtételt. Továbbá e körben a Hatóság kötelezi a Szolgáltatót, hogy jelen határozat jogerőre emelkedésétől számított 30 napon belül nyújtson be a Hatósághoz a jogellenes magatartás mielőbbi megszüntetésére vonatkozó intézkedési tervet, mely tartalmazza a konkrét szolgáltatói intézkedések megjelölését és azok megvalósításának ütemezését.”

Az elsőfokú határozat indokolási része 16. oldalának harmadik bekezdése helyébe az alábbi, aláhúzással jelölt szövegrész lép:

„Az Eht. 48. § (1) bekezdése alapján a Hatóság az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabály, valamint az általános szerződési feltételekben foglaltak megsértőjével (a továbbiakban: jogsértő) szemben jogkövetkezmenyt alkalmazhat a jelen alcímben meghatározottak szerint.

Az Eht. 49. § (2)-(3) bekezdése szerint:

(2) Az (1) bekezdésben foglalt mérlegelési szempontok alkalmazása nélkül, amennyiben a jogsértés csekély súlyú és ismételtség nem állapítható meg, a Hatóság – a jogsértés tényének megállapítása és figyelmeztetés mellett – megfelelő határidő tűzésével felhívhatja a jogsértőt a jogsértő magatartás megszüntetésére, a jövőbeni jogsértésektől való tartózkodásra, valamint a jogszerű magatartás tanúsítására, és meghatározhatja annak feltételeit.

(3) Amennyiben a (2) bekezdés szerinti felhívás az ügy összes körülményeire tekintettel nem alkalmazható vagy nem lenne a jogsértés megszüntetésére vonatkozó kötelezettség kikényszerítésére hatékony eszköz, a Hatóság – a felhívás mellőzésére vonatkozó indokolás nélkül – a jogsértő magatartás tanúsítását megtiltja, illetve az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályban foglaltak érvényesítése keretében kötelezettséget állapíthat meg, további jogkövetkezmenyeket alkalmazhat vagy hatósági szerződést köthet a jogsértővel.

A jogkövetkezmeny alkalmazásánál a Hatóságnak elsődlegesen a jogsértés mibenlétét kellett vizsgálnia, valamint azt, hogy a lehetséges jogkövetkezmenyek közül mely, illetve melyek lehet(nek) alkalmas(ak) a jogsértés mielőbbi megszüntetésének elérésére. A megállapított jogsértés abban áll, hogy a Szolgáltatónak a MyMusic csomagokra vonatkozó kereskedelmi gyakorlata és egyben forgalomszabályozási intézkedése eltér az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályokban foglaltaktól, a Hatóság ezért megállapította, hogy az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályoknak való megfelelés érdekében a Szolgáltatónak az Eht. 49. § (3) bekezdése szerinti, a jogsértő magatartástól való eltiltása, és egyidejűleg – a jogsértés jellegéből következően – az egyes internetes tartalmak közötti jogszerűtlen különbségtétel megszüntetésére történő kötelezése indokolt.

A Hatóság a Szolgáltatóval szemben meghatározott kötelezettségek teljesítése határidejének megállapításakor figyelembe vette a jogsértés megszüntetésének időigényét. A megfelelő, hatékony szolgáltatói intézkedések kidolgozása, az intézkedési terv benyújtását követően az intézkedési tervnek a Hatóság általi vizsgálata, annak Szolgáltatóval történő esetleges további egyeztetése, a Szolgáltató általános szerződési feltételeinek valószínűsíthető módosítása (amelyet a Szolgáltató az Eht. 130. § (2) bekezdése alapján a hatályba lépését megelőzően legalább 30 nappal köteles a Hatóság számára benyújtani), valamint az érintett előfizetők megfelelő és időben történő tájékoztatásának időigényére figyelemmel a Hatóság az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségtétel megszüntetésére vonatkozó kötelezettség teljesítési határidejét a jelen határozat jogerőre emelkedésétől számított 150 napban állapította meg.”

A másodfokú határozat a közléssel jogerőssé válik.

A másodfokú határozat ellen a kézhezvétel napjától számított 30 napon belül jogszabálysértésre hivatkozással, az illeték előzetes lerovása nélkül, a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bírósághoz címzett, de az elsőfokú hatóságnál előterjesztett keresettel lehet élni. A bíróság a pert tárgyaláson kívül bírálja el, a felek bármelyikének kérelmére azonban tárgyalást tart.

A keresetlevél benyújtásának a döntés végrehajtására nincs halasztó hatálya, az ügyfél azonban a keresetlevélben a döntés végrehajtásának felfüggesztését kérheti.

A másodfokú eljárás költségeként felmerült, a Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-00300939-00000017 számú pénzforgalmi számlájára a Fellebbező által befizetett 5 000 Ft, azaz ötezer forint másodfokú eljárási díjat a Fellebbező viseli.

Indokolás

Az elsőfokú hatóság a rendelkezésére álló adatok alapján észlelte, hogy a Szolgáltató a MyMusic zenei adatcsomagjaira vonatkozó kereskedelmi gyakorlata során valószínűsíthetően eltér 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 2015/2120 EU Rendeletben (a továbbiakban: **Rendelet**) foglalt követelményektől, ezért az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (a továbbiakban: **Eht.**) 10. § (2) bekezdése, a 10. § (1) bekezdés 13. pontja, valamint a Rendelet 5. cikkében foglalt felhatalmazás alapján általános hatósági felügyeleti eljárást indított a Szolgáltató által értékesített MyMusic csomagok hálózatsemlegességre vonatkozó előírásoknak való megfeleléségre tárgyában.

Az elsőfokú hatóság az elsőfokú határozatban ismertette a MyMusic csomagok jellemzőit, melyek szerint a MyMusic csomagok a Szolgáltató által biztosított előre fizetett díjú (kártyás) mobiltelefon előfizetéshez és a havi díjas előfizetésekhez igénybe vehető havidíjas szolgáltatások. Kivételt képeznek ez alól a Szolgáltató Blue S, M, L, XXL, elnevezésű tarifacsomagjai, ahol a MyMusic Start adatcsomag a tarifacsomag részét képezi, és a tarifacsomaggal egyidejűleg kerül aktiválásra díjmentesen, így azt nem kell külön megrendelniük az előfizetőknek. A MyMusic csomagok igénybevételének feltétele, hogy az előfizető rendelkezzen adatforgalmi keretet biztosító tarifacsomaggal vagy havidíjas kiegészítő mobil internet szolgáltatással (továbbiakban: „**Adatkeret**”). A MyMusic csomagoknak három fajtája érhető el:

- a MyMusic start csomag havi 290 forintért havi 500 MB adatforgalmat biztosít négy meghatározott (Deezer, Apple Music, Tidal, Spotify) zeneátviteli (music streaming) alkalmazás használatához, valamint a Kossuth Rádió, Petőfi Rádió, Bartók Rádió, Dankó Rádió, Rádió 1, Music FM, és a Sláger FM online hallgatásához (továbbiakban a zeneátviteli szolgáltatások és az online rádiók együtt: „**Alkalmazások**”). Az e csomag által biztosított tematikus adatforgalmi keret a tarifacsomagban, vagy a meglévő átalánydíjas kiegészítő mobil internet szolgáltatásban foglalt keretet mindaddig nem fogyasztja, míg a tematikus adatforgalmi keret ki nem merül.
- A MyMusic Nonstop csomag havi 990 forintért korlátlan adatforgalmat biztosít az Alkalmazásokhoz való hozzáféréshez.
- A MyMusic Deezer szolgáltatás csomag szintén korlátlan adatforgalmat biztosít ezen Alkalmazások igénybevételére, ugyanakkor a szolgáltatás csomag 2290 Ft-os havidíja tartalmazza a Deezer Premium + szolgáltatás előfizetői díját is.

Az elsőfokú hatóság rögzítette továbbá, hogy a Szolgáltató a hivatkozott kedvezménycsomagokkal (továbbiakban: „**Kedvezménycsomagok**”) biztosítja az előfizetők részére az Alkalmazások adatforgalmi szempontú kedvezményes és egyúttal megkülönböztetett használatát, ugyanis a Kedvezménycsomagok keretében elérhető Alkalmazások által generált adatforgalom nem számít bele az előfizetők rendelkezésére álló Adatkeretbe, illetve az Adatkeretbe foglalt adatmennyiség felhasználását követően ezen Alkalmazások továbbra is elérhetőek maradnak az előfizetők számára –

az eredeti, tehát nem csökkentett vagy blokkolt sávszélességgel – korlátozástól mentesen (a MyMusic Start csomag esetén az 500 MB adatkeret erejéig). Ezzel szemben az Alkalmazások közé nem tartozó egyéb internetes tartalmak díjköteles adatforgalmat generálnak, és az Adatkeretbe foglalt adatmennyiség felhasználását követően az elérhetőségük díjcsomagtól függően – lassítás vagy blokkolás formájában – korlátozásra kerül. Az elsőfokú hatóság megjegyezte továbbá, hogy ezen Kedvezménycsomagok ára lényegesen alacsonyabb, mint az ugyanezen előfizetéseken igénybe vehető 500 MB-os, illetve közel korlátlan csomagok (például a MyMusic Start 290 Ft-ért értékesített 500 MB-os csomag semleges, tartalom alapú megkülönböztetés nélküli megfelelője a „Plusz 500 MB csomag” 1000 Ft-ba, a MyMusic Nonstop 990 Ft-ért értékesített korlátlan csomag semleges, tartalom alapú megkülönböztetés nélküli megfelelője a – legnagyobb nyilvánosan elérhető – 30 GB-os adatcsomag 9000 Ft-ba kerül.)

Az elsőfokú hatóság a Szolgáltató nyilatkozata és a rendelkezésre álló információk alapján megállapította, hogy a hivatkozott Kedvezménycsomagok olyan kereskedelmi gyakorlat formájában megvalósuló forgalomszabályozási intézkedésnek tekinthetők, amelyben a Szolgáltató 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 Fellebbezőt, hogy az elsőfokú határozat jogerőre emelkedésétől számított 60 napon belül szüntesse meg az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségtételt, és annak eredményéről a Hatóságot a határidő lejártát követően 15 napon belül tájékoztassa.

Az elsőfokú határozat ellen a Fellebbező a törvényes határidőn belül fellebbezést nyújtott be, melyben az elsőfokú határozat megváltoztatását – a jogsértés megállapításának mellőzését –, valamint az eljárás Fellebbezővel szembeni megszüntetését kérte.

A Fellebbező álláspontja szerint az elsőfokú hatóság a Ket. 50. § (1) bekezdésének sérelmével nem tett eleget maradéktalanul a tényállás-feltárási kötelezettségének, illetőleg a döntés a Rendelet téves – kizárólag a 3. cikk. (3) bekezdésén alapuló, a Rendelet céljaival összhangban nem álló, leszűkítő – értelmezésén alapul. A fellebbezésben foglaltak szerint a Fellebbező két, fontossági sorrendben előadott szempontrendszer alapján kéri vizsgálni az elsőfokú határozat jogellenességét azzal, hogy ezen szempontok egymástól független elbírálását is kéri a másodfokú hatóságtól.

I. A Fellebbező lényeges jogsértésnek tekinti, hogy az elsőfokú hatóság **nem folytatott le részletes hatásvizsgálatot**, hanem helyette ún. objektív szempontú megközelítést alkalmazott, ami a vizsgálat eredményét döntően befolyásolta. A Fellebbező a Rendelet preambuluma (7) bekezdésére hivatkozással előadja, hogy a Rendelet 3. cikkének alkalmazása kétlépcsős vizsgálatot igényel, melynek során az eljáró hatóságnak

- 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

- másodsor – amennyiben ilyen magatartás kimutatható –, az a vizsgálandó, hogy annak mértéke van-e olyan jelentős, ami lényeges korlátot jelent, vagy a végfelhasználók jogainak lényegét ássa alá.

A Fellebbező utal rá, hogy a Rendelet alapján a nemzeti szabályozó hatóságoknak a lehető legteljesebb mértékben figyelembe kell venniük az európai elektronikus hírközlési szabályozók testülete által 2016. augusztus 30. napján elfogadott iránymutatást (a továbbiakban: „**BEREC iránymutatás**”), amelynek 43-46. bekezdései szintén azt az álláspontot erősítik meg, hogy az objektív szempontú vizsgálat nem elégséges a hatások értékelése nélkül. A Fellebbező álláspontja szerint az elsőfokú határozat lényeges hibája, hogy a fenti kétlépcsős vizsgálati keretrendszernek kizárólag az első lépcsőjét végezte el – tehát megállapította a megkülönböztetés tényét – ugyanakkor annak hatásaival egyáltalán nem foglalkozott. Érvelése szerint a Rendeletből nem vezethető le, hogy az objektív szempontú vizsgálat elégséges, e körben az elsőfokú hatóság tévesen hivatkozik a Rendelet 5. cikkére, mivel az nem a vizsgálati keretrendszert határozza meg, hanem hatáskört kijelölő szabály, mely mellett értelemszerűen figyelembe kell venni a Rendelet egyéb előírásait is. A Fellebbező megjegyzi, hogy a Rendelet 5. cikke visszautal a BEREC iránymutatásra, ezáltal pedig a hatásalapú vizsgálat szükségessége az 5. cikkből is levezethető. Tekintettel arra, hogy az elsőfokú hatóság az objektív szempontú vizsgálatot elégségesnek tartotta, és visszautasította a kereskedelmi gyakorlat hatásvizsgálatát, téves következtetésre jutott annak vonatkozásában is, hogy a Fellebbező vizsgált ajánlata nem felel meg a Rendelet előírásainak. A Fellebbező szükségesnek ítéli a megalapozott döntés meghozatal érdekében, hogy a másodfokú hatóság maga végezze el a Ket. 105. § (2) bekezdése alapján a hatás-szempontú értékelést, mely tekintetében több értékelendő szempontot (pl. piaci részesedés, fogyasztói preferencia) is megjelöl a fellebbezésben.

II. A Fellebbező sérelmezi, hogy az elsőfokú hatóság kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdését alkalmazta és **a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdésének rendelkezéseit nem vette figyelembe**. Tekintettel arra, hogy a Rendelet 3. cikke bekezdéseinek egymáshoz való viszonya tekintetében a Rendelet explicit előírást nem tartalmaz, a Fellebbező kétféle megközelítést vázol fel. A Fellebbező érvelése szerint 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 az elsőfokú 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, melynek tekintetben lényeges szempont, hogy a kereskedelmi gyakorlat esetében a teljes szolgáltatás (csomag) kínálatot kell érteni, és nem egyetlen csomagot – mint például a MyMusic Start – és ebben a kontextusban kell értékelni, hogy a végfelhasználó számára a választás szabadsága mennyire korlátozott, ameddig azonban a végfelhasználó az internet szolgáltatás igénybevétele során bármilyen tartalom elérésére jogosult, a választási szabadsága nem korlátozott. A Fellebbező érvelése szerint a megállapodással ellentétben a szolgáltató egyoldalú intézkedése esetében – aminek a forgalomszabályozás is minősül –, a hangsúly nem azon van, hogy a választás szabadsága ne legyen korlátozott, hanem azon, hogy a szolgáltatók önkényesen egyes forgalmakat ne kezeljenek hátrányosan (így pl. ne blokkoljanak internetes oldalakat), illetőleg csak megengedett, ésszerű forgalomszabályozási intézkedéseket alkalmazzanak a hálózat integritásának és biztonságának megőrzésére, valamint a hálózati torlódás megelőzésére. Ezen megközelítés szerint a MyMusic csomagok esetében 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 MyMusic csomagok az (1) és (2) bekezdésre tekintettel jogszerűek, mert a fogyasztó választási szabadságát éppenhogy növelik és semmiképpen sem szűkítik, mint ahogy azt a Fellebbező a fellebbezés III. pontja alatt be kívánja mutatni.

III. A Fellebbező a **kereskedelmi gyakorlat Rendelet alapján történő értékelése** cím alatt előadja, hogy 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 MyMusic csomagok korlátos (Start) vagy korlátlan (Nonstop) adatmennyiség mellett biztosítanak adathozzáférést meghatározott zenei szolgáltatásokhoz, egy esetben pedig (MyMusic Deezer) a csomag tartalmazza magának a zenei szolgáltatásnak az elérését is. A Fellebbező hangsúlyozza, hogy az előfizető számára adott a lehetőség arra, hogy az általános adatkeretet bővítse, akár általános adatjeggyel, akár – alternatív opcióként – zenei szolgáltatásokra használható adatmennyiséggel együtt, tehát éppen a fogyasztók választási lehetőségét és jólétét növelte azzal, hogy speciálisan zenei szolgáltatásokra alkalmas korlátlan kiegészítő csomagokat hozott létre, mivel az ilyen szolgáltatások iránti igény jelentős és általános, továbbá a zenei használat adatforgalmi szempontból tervezhető módon terheli a hálózatot, így még a korlátlan használat is műszakilag és üzletileg kivitelezhető a mobilinternet szolgáltatás általános minőségi szintjének fenntartása mellett.

A Fellebbező előadta, hogy a végfelhasználó természetesen választ egyes tartalmak között – bizonyos tartalmakat megtekint, míg mások iránt nem érdeklődik – és a Szolgáltató általános és speciális csomagokat tartalmazó kínálata nem korlátozza, hanem elősegíti ezen választását, hiszen a fogyasztó a preferenciája alapján számára előnyös módon tudja optimalizálni a kiadásait. A Fellebbező véleménye szerint a Rendeletben szabályozott választási szabadságot nem kizárólag egyetlen csomag tükrében kell értelmezni, hanem az elérhető csomagok teljes kínálata tekintetében.

A Fellebbező az elsőfokú határozatban megállapított, egyenlő elbánás követelményének sérelme tekintetében kiemelte, hogy kereskedelmi gyakorlat esetében a Rendelet 3. cikk (1) és (2) bekezdése alkalmazandó, így azt kell vizsgálni, hogy a kereskedelmi gyakorlat korlátozza-e a végfelhasználó internetes tartalmakhoz és információkhoz való hozzáférést, illetőleg azt, hogy ha ilyen korlátozás megvalósul, az képes-e hatásában ezen jogok lényegét aláásni. A Fellebbező érvelése szerint a fenti elemzési keretben a Rendelet nem tiltja objektív alapon az egyes tartalmak közötti megkülönböztetést, kivéve, ha az az előfizetők választási szabadságát korlátozza. A MyMusic csomagok esetében a végfelhasználók más típusú tartalmakhoz is hozzáférhetnek, mert ilyen jellegű csomagokat korlátozás nélkül megrendelhetnek, sőt a MyStart csomag kizárólag más, átalánydíjas mobilinternet szolgáltatással együtt vehető igénybe. Ráadásul a zenei használat nem szorítja vagy zárja ki más alkalmazások használatát, ezzel szemben a tartalmak közötti megkülönböztetés akkor sértené a Rendelet 3. cikk (2) és (3) bekezdését, ha a végfelhasználó a más tartalomhoz való egyidejű hozzáférést a Szolgáltató korlátozná. A Fellebbező a tekintetben, hogy a MyMusic csomagok egyes zenei szolgáltatásokat, alkalmazásokat előnyben részesítenek más zenei szolgáltatókhoz képest, kiemelte, hogy a MyMusic csomagok esetében elérhető korlátos (15 óra zenehallgatást magában foglaló MyStart), vagy a korlátlan adatforgalmi keret szintén nem korlátozza a végfelhasználók választási szabadságát, mivel a MyMusic csomagban már most elérhetőek az előfizetők által jellemzően használt zenei szolgáltatások, továbbá a rendszer nyitott, ahhoz bármely más zenei szolgáltató szabadon csatlakozhat. A Fellebbező megjegyzi, hogy a MyMusic szolgáltatás használata

egyúttal a jogtisza zenei fogyasztást is biztosítja és a jogszerű tartalomhoz való hozzáférés követelménye semmiképpen sem értékelhető a Szolgáltató hátrányára, ha ez csatlakozási feltételként jelenik meg. Érvélese szerint a zenei szolgáltatások lehető legszélesebb körének elérhetőségét kívánja biztosítani a kiegészítő csomagban, irreális lenne ugyanakkor elvárni – a megvalósítás gyakorlati korlátaira is tekintettel – hogy egy adott forgalmi típusra vonatkozó ajánlatot csak úgy lehessen elindítani, ha a Szolgáltatónak minden, a világban működő zenei szolgáltatót meg kellene keresnie a közreműködés érdekében, ami ellentétes lenne a fogyasztók érdekével is.

A Fellebbező kifogásolja továbbá, hogy az elsőfokú hatóság a MyMusic csomagok adatforgalmi árazása tekintetében is megkülönböztetést állapított meg. A Fellebbező nem tartja megfelelőnek az összehasonlítást, ugyanis a zenei adatfogyasztás és az általános adatfogyasztás egymástól lényegesen eltérő adatmennyiséget eredményez. Zenei szolgáltatások esetében a szolgáltató előre tudja ugyanis, hogy az előfizető nem „használja túl” a hálózatot (hálózati túlterhelést okozva), mert zenei tartalmat a napi ritmusunknak megfelelő időben fogyasztunk és kiszámítható a zenei tartalom sávszélesség igénye is, míg korlátlan csomagoknál az előfizető letöltéskezelő alkalmazással akár egész nap folyamatosan forgalmazhat, a zenei fogyasztásnál sokszorosan több adattal igénybe véve a hálózatot. Ezért a két korlátlan tematikus MyMusic csomag árazásában összevetve az általános csomaggal, nincs megjeleníthető különbség, mivel nem azonos a felhasznált adatmennyiség sem, s ennek megfelelően a megkülönböztetés-mentesség, illetve egyenlő elbánás követelménye sem sérül.

A fellebbezés alapján 2017. február 11. napján másodfokú közigazgatási hatósági eljárás indult a másodfokú hatóság előtt.

A másodfokú hatóság a Ket. 104. § (3) bekezdésének megfelelően az eljárás során az elsőfokú eljárást és határozatot, valamint a fellebbezésben foglaltakat megvizsgálva megállapította, hogy a fellebbezés nem alapos az alábbiakra tekintettel:

A Fellebbező által kifejtettekkel szemben a tárgyi ügyben az elsőfokú hatóságnak részletes hatásvizsgálatot nem kellett lefolytatnia, továbbá nem róható az elsőfokú hatóság terhére, hogy eljárása során kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdését alkalmazta.

A Rendelet nyílt internet-hozzáférés biztosítás cím alatt található 3. cikk (1) bekezdése rögzíti, hogy 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.

A 3. cikk (2) bekezdése szerint 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.

A 3. cikk (3) bekezdés első albekezdése kimondja, 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 második albekezdés értelmében nem tiltott az ésszerű

forgalomszabályozási intézkedések alkalmazása, de ahhoz, hogy ezen intézkedéseket ésszerűnek lehessen tekinteni, azoknak átláthatóknak, megkülönböztetésmentesnek és arányosnak kell lenniük, és nem kereskedelmi megfontolásokon, hanem a szolgáltatásnak a forgalom meghatározott kategóriái esetében elvárt műszaki minőségére vonatkozó, objektíven különböző követelményeken kell alapulniuk. A harmadik albekezdés kimondja, hogy 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, a harmadik albekezdés a)-c) pontjaiban foglalt esetekben. Az a)-c) pontok pedig szigorú kritériumokat állapítanak meg három olyan esetkör tekintetében, ahol az ésszerű forgalomszabályozási intézkedéseken túlmutató egyéb forgalomszabályozási intézkedések alkalmazhatók. Ezek az esetek az alábbiak:

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 hálózat, 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.

A fenti rendelkezések és a kínált csomagok jellemzői alapján az alábbiak szerint egyértelműen levezethető, hogy Fellebbező tévesen jutott arra az álláspontra, hogy a nemzeti szabályozó hatóságnak minden esetben részletes hatásvizsgálatot kellett volna lefolytatnia jelen ügyben.

A rendelet 3. cikkének (1) bekezdése rögzíti a nyílt internet hozzáférés biztosítása körében a végfelhasználókat megillető jogokat (lásd fentebb). 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 (lásd a 3. cikk (3) bekezdésének fentebb említett első albekezdése). A rendelet ezen 3. cikk (3) bekezdése és a 3. cikk (2) bekezdése között ugyanakkor nincs olyan feltételezett kapcsolat, amelyet a Fellebbező a fellebbezésében említ. Azaz teljesen téves az a fellebbezői álláspont, hogy amennyiben egy kereskedelmi gyakorlatot értékeli a hatóság, akkor ez szükségszerűen magával kell, hogy vonja a hatósági hatásvizsgálat elvégzését. A Fellebbező ugyanis a rendelet értelmezése során nyilvánvalóan 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.

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.

A Fellebbező által kínált, a határozatban elemezett MyMusic Nonstop és MyMusic Deezer csomagok lényegi jellemzője, hogy az abban foglalt alkalmazások által generált adatforgalom nem számít bele ezen csomagok által biztosított általános jelleggel felhasználható adatkeretbe, mely általános adatkeret kimerülését követően az érintett Alkalmazások továbbra is korlátozás nélkül elérhetőek maradnak az előfizetők számára, míg minden egyéb internetes tartalom – beleértve a nem priorizált körbe tartozó egyéb zenei szolgáltatásokat is – elérhetősége lassítás formájában korlátozásra kerül. A MyMusic Start csomag annyiban tér el e két csomagtól, hogy havi 500 MB, dedikált adatforgalmat biztosít az Alkalmazások használatához, hallgatásához. A Fellebbező nyilatkozata szerint az e csomag által biztosított tematikus adatforgalmi keret a tarifacsomagban, vagy a meglévő átalánydíjas kiegészítő mobil internet szolgáltatásban foglalt keretet mindaddig nem fogyasztja, míg a tematikus adatforgalmi keret ki nem merül.

E csomagok empirikus elemzése alapján tehát minden kétséget kizáróan megállapítható, hogy azok már önmagukban forgalomszabályozást valósítanak meg, mégpedig a forgalomszabályozásnak a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésébe ütköző típusát. A Fellebbező e forgalomszabályozási intézkedések alkalmazásának a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt megengedett formáit anélkül alkalmazza, hogy annak indokai egyébként fennállnának. Az elsőfokú határozatban tehát helytállóan került megállapításra, hogy a Fellebbező tárgybani 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.

E tekintetben az is megjegyzendő, hogy az elsőfokú hatóság a határozatban nem a nullás díjszabás (zero rating) tényét jelölte meg a jogsértés alapjaként, hanem az egyenlő és megkülönböztetés-mentes bánásmód követelményétől való ésszerű forgalomszabályozási ok nélkül történő eltérést, azaz a MyMusic csomagok tekintetében a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésének megsértését állapította meg.

A másodfokú hatóság felhívja továbbá a Fellebbező figyelmét, hogy a hálózatsemlegességgel kapcsolatos jelenlegi jogi szabályozást az Európai Parlament és az Európai Unió Tanácsának közös jogi aktusaként meghozott Rendelet fekteti le, melynek elfogadását széleskörű egyeztetés előzte meg, továbbá arra, hogy a Rendelet minden tagállamra nézve egy teljes egészében kötelező és ott közvetlenül (átültetés nélkül) alkalmazandó uniós aktus. A Rendeletben foglalt rendelkezések megalapozottsága ezért egy nemzeti jogalkalmazási eljárás során nem képezheti vita tárgyát. Az objektív jogsértésként definiált gyakorlatok, és a végfelhasználók jogaira és a piacra gyakorolt negatív hatások védelmét szolgáló rendelkezések tehát egy kidolgozott, hatásaiban felmért elmélet mentén születtek (melyek a Rendelet preambulumban rögzítésre kerültek), azok fennállását a jogalkalmazás során bizonyítani, alátámasztani nem kell, és a rendelkezések megsértése önmagában, objektíve megalapozza a jogsértést. A nemzeti szabályozó hatóságoknak a Rendelet végrehajtása (betartatása) során tehát már nem kell bizonyítaniuk az ilyen objektíve jogsértő gyakorlatok negatív hatásait.

A fentiekben foglalt részletes indokokra tekintettel tehát nem helytálló tehát az a fellebbezésben kifejtett álláspont, hogy a Hatóságnak a MyMusic csomagok tekintetében kétféle vizsgálatot kellett volna 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. A Fellebbező által hiányolt hatásvizsgálatot ugyanis – az egyértelműen magvalósuló tiltott forgalomszabályozási intézkedésre tekintettel – eleve nem kellett az elsőfokú hatóságnak lefolytatnia. A Fellebbező jogértelmezésétől eltérően tehát 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.

A Fellebbező fenti érvelését a Rendelet preambulumban (7) bekezdésére alapozza, a Rendelet preambulumban felépítése és tartalmi elemzése alapján azonban megállapítható, hogy az kizárólag a Rendelet 3. cikk (2) bekezdésében rögzített magatartásra – a szolgáltatók megállapodásaira, kereskedelmi gyakorlatára – vonatkozik, míg a Fellebbező marasztalására a Rendelet forgalomszabályozásra vonatkozó 3. cikk (3) bekezdése alapján került sor, mely rendelkezésekre a preambulumban (8)-(15) bekezdése vonatkozik. A másodfokú hatóság hangsúlyozza, hogy a Rendelet preambuluma éppen hogy az elsőfokú határozatot támasztja alá, mivel annak a forgalomszabályozás tekintetében adekvát (11) bekezdése szerint *„Meg kell tiltani minden olyan forgalomszabályozási gyakorlat alkalmazását – az e rendeletben meghatározott, indokolt kivételektől eltekintve –, amely túlmutat az ilyen, ésszerű forgalomszabályozási intézkedéseken azáltal, hogy bizonyos tartalmakat, alkalmazásokat vagy szolgáltatásokat, illetve azok meghatározott kategóriáit letiltja, lelassítja, módosítja, korlátozza, azokba beavatkozik, gyengébb minőségben nyújtja vagy hátrányosan megkülönbözteti.”* A másodfokú hatóság megjegyzi továbbá, hogy a Fellebbező által a preambulumban (7) bekezdésére történő hivatkozás nem csak arra tekintettel nem megalapozott, hogy nem a forgalomszabályozásra vonatkozik, hanem azért sem helytálló, mivel az Európai Unió Bíróságának következetes gyakorlata¹ alapján a közösségi jogi aktusok preambulumban nincs kötelező hatálya és arra nem lehet hivatkozni sem az adott jogi aktus rendelkezéseitől való eltérés, sem az e rendelkezések szövegétől nyilvánvalóan eltérő értelmezés céljából.

A Fellebbező arra is hivatkozott, hogy a Rendelet alapján a nemzeti szabályozó hatóságoknak a lehető legteljesebb mértékben figyelembe kell venniük a BEREC iránymutatást, melynek 43-46.

¹ Hauptzollamt Bremen v. J. E. Tyson Parketthandel GmbH (C-134/08.) 2009. április 2. (16) bekezdés - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0134>

Deutsches Milch-Kontor GmbH v. Hauptzollamt Hamburg- Jonas (C-136-04.) 2005. november 24. (32) bekezdés - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004CJ0136>

bekezdései szintén azt az álláspontot erősítik meg, hogy az objektív szempontú vizsgálat nem elégséges a hatások értékelése nélkül. E tekintetben a másodfokú hatóság rámutat, hogy a hivatkozott pontok szintén a Rendelet 3. cikk (2) bekezdéséhez kapcsolódnak és nem a 3. cikk (3) bekezdésére vonatkoznak, amely tekintetében a Szolgáltató marasztalásra került. A BERIC iránymutatás egyébiránt az elsőfokú határozatban foglaltakat támasztja alá, hiszen annak irányadó – a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésére vonatkozó – 55. pontja értelmében a műszaki megkülönböztetéssel járó megállapodások és gyakorlatok egyenlőtlen bánásmódnak minősülnek, és nem férnek össze a 3. cikk (3) bekezdésével, ami különösen igaz az olyan nullás díjszabású ajánlatokra, amelyek keretében az adatkorlát elérésekor a nullás díjszabású alkalmazás(ok)at kivéve valamennyi alkalmazást letiltják vagy lelassítják, mivel ez a 3. cikk (3) bekezdésének első (és harmadik) albekezdésébe ütközik, továbbá az olyan gyakorlatokra is, ahol az internetszolgáltató letiltja, lassítja, korlátozza, gyengébb minőségben nyújtja vagy megkülönbözteti a bizonyos tartalomhoz, egy vagy több alkalmazáshoz (vagy azok kategóriáihoz) való hozzáférést, vagy abba beleavatkozik, kivéve, ha ez a 3. cikk (3) bekezdés harmadik albekezdésében szereplő kivételekre hivatkozással indokolható. („55. In case of agreements or practices involving technical discrimination, this would constitute unequal treatment which would not be compatible with Article 3(3). This holds in particular for the following examples:

- *A practice where an ISP blocks, slows down, restricts, interferes with, degrades or discriminates access to specific content, one or more applications (or categories thereof), except when justified by reference to the exceptions of Article 3(3) third subparagraph. [...]*
- *A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s), as it would infringe Article 3(3) first (and third) subparagraph.”²*

Az 55. pontban említett példák esetében a BERIC iránymutatás megállapítja, hogy azok az egyenlőtlen bánásmódnak minősülő műszaki megkülönböztetéssel járó megállapodások és gyakorlatok közé tartoznak. A BERIC iránymutatás 56. pontja pedig ezzel összefüggésben szintén azt támasztja alá, hogy az elsőfokú hatóságnak nem kellett hatásvizsgálatot lefolytatnia a MyMusic csomagok tekintetében, hiszen annak alapján a nemzeti szabályozó hatóságoknak azon internet-hozzáférési szolgáltatási ajánlatok esetében kell átfogó vizsgálatot végezniük, amelyek megítélése nem annyira egyértelmű, mint az 55. pontban említett példáké („56. NRAs should apply a comprehensive assessment of compatibility with the Regulation for all those IAS offers which are not as clear as the examples mentioned in paragraph 55.”³), márpedig – amint az a fentiekben rögzítésre került – a MyMusic csomagok kétségtelenül az 55. pontban meghatározott, egyenlőtlen bánásmódnak minősülő műszaki megkülönböztetéssel járó megállapodások és gyakorlatok közé tartoznak.

Az elektronikus hírközlési szolgáltatók Rendeletbe ütköző magatartásaival – köztük a megkülönböztetést megvalósító forgalomszabályozási intézkedésekkel – szembeni, a szabályozó

² „55. A műszaki megkülönböztetéssel járó megállapodások és gyakorlatok egyenlőtlen bánásmódnak minősülnek, és nem férnek össze a 3. cikk (3) bekezdésével. Ez különösen az alábbi példákra igaz:

- Az olyan gyakorlatokra, ahol az internetszolgáltató letiltja, lassítja, korlátozza, gyengébb minőségben nyújtja vagy megkülönbözteti a bizonyos tartalomhoz, egy vagy több alkalmazáshoz (vagy azok kategóriáihoz) való hozzáférést, vagy abba beleavatkozik, kivéve, ha ez a 3. cikk (3) bekezdés harmadik albekezdésében szereplő kivételekre hivatkozással indokolható. [...]

- Az olyan nullás díjszabású ajánlatokra, amelyek keretében az adatkorlát elérésekor a nullás díjszabású alkalmazás(ok)at kivéve valamennyi alkalmazást letiltják vagy lelassítják, mivel ez a 3. cikk (3) bekezdésének első (és harmadik) albekezdésébe ütközik.”

³ „56. A nemzeti szabályozó hatóságoknak átfogóan kell megvizsgálniuk, hogy azok az internet-hozzáférési szolgáltatási ajánlatok, amelyek megítélése nem annyira egyértelmű, mint az 55. pontban említett példáké, összhangban vannak-e a rendelettel.”

hatóságok felügyeleti és fellépési lehetőségére vonatkozóan a Rendelet 5. cikkének (1) bekezdése ad felhatalmazást és delegál hatáskört, ahogy arra az elsőfokú hatóság is utalt az elsőfokú határozatban. A másodfokú hatóság egyetért a Fellebbezővel abban, hogy a fenti rendelkezés hatáskört kijelölő szabály, azonban az elsőfokú határozat nem tartalmaz olyan megállapítást, amit a Fellebbező kifogásol, tehát az elsőfokú hatóság nem hivatkozott a Rendelet 5. cikkére az objektív szempontú vizsgálat elégségessége tekintetében, ahogy azt a Fellebbező állítja. Teljességgel megalapozatlan a Fellebbező azon érvelése, hogy a Rendelet 5. cikke visszautal a BEREC iránymutatásra, ezáltal pedig a hatásalapú vizsgálat szükségessége az 5. cikkből is levezethető, ugyanis az 5. cikkben az egyes szolgáltatói magatartások Rendeletnek való megfelelése vizsgálataira adott általános felhatalmazásból semmilyen következtetés nem vonható le az egyes konkrét hatósági eljárások esetében lefolytatott vizsgálat szabályai tekintetében, mint ahogy azt a Fellebbező fentebb maga is állította.

A fentiekben foglalt részletes indokokból következően nem helytálló továbbá a Fellebbező által előadott azon jogértelmezés sem, miszerint az elsőfokú hatóságnak egy megállapodáson alapuló magatartást, kereskedelmi gyakorlatot kizárólag a Rendelet 3. cikk (3) bekezdése szerint nem lehet elbírálnia, és az elsőfokú hatóságnak a 3. cikk (1) és (2) bekezdés rendelkezéseit is értékelnie kellett volna. A másodfokú hatóság a fellebbezés I. pontjának elbírálása során már részletesen kifejtettekre visszautalva ismételten hangsúlyozza, hogy a Szolgáltató vizsgált MyMusic csomagjai tekintetében megvalósuló kereskedelmi gyakorlata 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 Fellebbező nem nyilatkozott a kereskedelmi gyakorlat formájában megvalósuló forgalomszabályozási intézkedéssel kapcsolatban, nem tagadta annak létezését, nem vonta kétségbe annak fennállását és nem terjesztett elő semmilyen ésszerű indokot, amely a Rendeletben foglaltak szerint esetlegesen mentesülést biztosítana számára az objektív jogsértés alól, ezért a MyMusic csomagokra vonatkozó kereskedelmi gyakorlata és egyben forgalomszabályozási intézkedése a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt egyenlő és megkülönböztetés-mentes bánásmód követelményébe ütközik.

Teljességgel megalapozatlan a Fellebbező azon hivatkozása, hogy kereskedelmi gyakorlaton a teljes szolgáltatás (csomag) kínálatot kell érteni, és nem egyetlen csomagot, amelyre tekintettel az Hatóságnak az összes szolgáltatáscsomag tükrében kellene értékelnie, hogy a végfelhasználó számára az internet szolgáltatás igénybevétele során a választás szabadsága mennyire korlátozott. Ahogy fentebb is hangsúlyozta a másodfokú hatóság a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt 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. Ennek a hálózatsemlegességi követelményeknek tehát általánosan kell fennállnia valamennyi, az általa végfelhasználónak nyújtott internet-hozzáférési szolgáltatás tekintetében. Ellenkező esetben – a Szolgáltató általi álláspont elfogadása esetén ugyanis – a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésben foglalt kötelezettség alól egyszerűen mentesíthetné magát a szolgáltató azzal, hogy a teljes előfizetői portfólióján belül egyetlen díjcsomag esetében nem, ámde az összes többiben a Rendelet 3. § (3) bekezdésében foglaltaknak nem megfelelő forgalomszabályozási intézkedést végez. Az említett kötelezettség általános volta miatt az elsőfokú hatóság által lefolytatott általános hatósági felügyeleti eljárás tárgya éppen azon konkrét díjcsomagok (mint a Szolgáltató kereskedelmi gyakorlatának legkisebb egységei) vizsgálata lehetett, amelyekről valószínűsíthető volt a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésének sérelme, ennek megfelelően jelölte meg az elsőfokú hatóság az

elsőfokú eljárás tárgyaként a Fellebbező által értékesített MyMusic csomagok hálózatsemlegességre vonatkozó előírásoknak való megfelelőségének vizsgálatát. Az elsőfokú eljárása során indokolatlan és szükségtelen lett volna az eljárást a Szolgáltató valamennyi csomagjára kiterjesztenie.

A Fellebbező által a forgalomszabályozás vizsgálata kapcsán előadott jogértelmezés tekintetében a másodfokú hatóság rámutat, hogy a végfelhasználókat megillető azon jog, hogy az internetes tartalmak és alkalmazások között szabadon válasszanak, szoros összefüggésben áll azzal, hogy a szolgáltatók minden internetes forgalmat megkülönböztetéstől mentesen kezeljenek (természetesen a Rendeletben megfogalmazott kivételeket figyelembe véve), hiszen amennyiben a szolgáltató egyes internetes tartalmakat, szolgáltatásokat, vagy alkalmazásokat hátrányosan kezel – így például lassít, vagy blokkol – más internetes tartalmakhoz, szolgáltatásokhoz, vagy alkalmazásokhoz képest, ez a végfelhasználók választási szabadságát nyilvánvalóan érinti, hiszen a hátrányosan kezelt tartalmakat eleve nem vehetik igénybe ugyanolyan feltételekkel, mint a többi tartalmat.

Tekintettel arra, hogy a Hatóságnak a fellebbezés I. és II. pontja tekintetében már kifejtettek szerint nem kellett a Fellebbező kereskedelmi gyakorlata tekintetében átfogó vizsgálatot lefolytatnia, a fellebbezés III. pontjában foglalt, **a Szolgáltató által a vizsgált kereskedelmi gyakorlata jogszerűsége mellett felhozott érvek (például, hogy az általános adatkeret bővíthető, ezáltal nem csorbul az előfizetők választási szabadsága, a csomagok ösztönzik a jogtisza zenei fogyasztást) nem érintik azt a tényt, hogy a MyMusic csomagok tekintetében tiltott forgalomszabályozási intézkedést megvalósító kereskedelmi gyakorlat áll fenn, mely a Rendelet 3. § (3) bekezdésébe ütközik.**

A másodfokú hatóság rámutat, hogy az elsőfokú hatóság nem értékelte a Szolgáltató hátrányára, hogy a Szolgáltató a jogtisza zenei fogyasztást tartja szem előtt, ilyen tartalmú megállapítást, vagy megjegyzést az elsőfokú határozat nem tartalmaz és nyilvánvalóan nem is tartalmazhat, mivel a Szolgáltató termékeinek az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályokon kívüli jogszabályi követelményeknek való megfelelését a Hatóság hatáskörének keretei között nem vizsgálhatja.

A Fellebbező által a MyMusic csomagok megkülönböztető árazása tekintetében előadottak kapcsán a másodfokú hatóság hangsúlyozza, hogy az elsőfokú határozat rendelkező részében nem került megállapításra a Fellebbező által hivatkozott megkülönböztetés. Az elsőfokú határozat 12. oldalán, az indokolási részben a MyMusic csomagok sajátosságai körében csupán az került rögzítésre, hogy a Szolgáltató a MyMusic adatcsomagokkal az azokban foglalt alkalmazások és szolgáltatások tekintetében az általános adatkerettől elkülönülő adatforgalmat különböztet meg: korlátlan használatot biztosít a MyMusic Nonstop és MyMusic Deezer csomaggal és 500 MB adatforgalomnak megfelelő használatot biztosít a MyMusic Start csomaggal. Az elsőfokú hatóság csupán példákat felhozva megjegyezte, hogy ezen Kedvezménycsomagok ára lényegesen alacsonyabb, mint az ugyanezen előfizetéseken igénybe vehető, tartalom alapú megkülönböztetés nélküli 500 MB-os, illetve közel korlátlan csomagok ára, nem állapított azonban meg a hivatkozott termékek árazása tekintetében megkülönböztetést.

A másodfokú hatóság végül utal arra is, hogy a Szolgáltató 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 irányadó jogszabályoknak, köztük az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályoknak, így a Rendeletnek is. Amennyiben pedig a Szolgáltató 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. A Szolgáltató 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 Szolgáltató üzleti döntése volt, hogy a MyMusic csomagokat tiltott forgalomszabályozási intézkedésként megvalósító szolgáltatásként nyújtja és nem hivatkozhat arra, hogy a Rendeletbe ütköző szolgáltatás hálózatsemlegességi követelményeknek megfelelő kialakításának elvárása irreális, hiszen nem a hálózatsemlegességi követelményeknek kell a Szolgáltató termékpalettájához igazodnia, hanem ellenkezőleg, a Szolgáltatónak kell olyan termékeket kínálnia, amelyek megfelelnek a hálózatsemlegességi előírásoknak.

A másodfokú hatóság a Ket. 104. § (3) bekezdésének megfelelően az eljárás során az elsőfokú eljárást és határozatot, valamint a fellebbezésekben foglaltakat megvizsgálva, a rendelkezésére álló adatok alapján megállapította, hogy az elsőfokú hatóság eleget tett a Ket. 2. § (3) bekezdésében, a 3. § (2) bekezdés b) pontjában, továbbá az 50. § (1) bekezdésében foglalt tényállás tisztázási kötelezettségének és helytállóan megállapított tényállás alapján megalapozott döntést hozott, továbbá a Ket. 72. § (1) bekezdés e) pontja szerinti indokolási kötelezettségének is eleget tett a lentebb ismertetett kivétellel.

Az elsőfokú hatóság megalapozottan állapította meg, hogy a Fellebbező az általa kínált MyMusic csomagokra vonatkozó kereskedelmi gyakorlata – mely egyben forgalomszabályozási intézkedésnek is minősül – eltér a Rendelet szerinti ésszerű forgalomszabályozási ok, valamint egyéb indokolt forgalomszabályozási kivételnek való megfelelési ok nélkül a Rendelet 3. cikk (3) bekezdésében foglalt egyenlő és megkülönböztetés mentes bánásmód követelményétől, amelyre tekintettel megalapozottan kötelezte az elsőfokú hatóság kötelezte a Fellebbezőt, hogy szüntesse meg az egyes internetes forgalmak közötti jogszerűtlen különbségételt.

A másodfokú hatóság megállapította, hogy az elsőfokú hatóság ugyanakkor a jogkövetkezmény alkalmazásakor az elsőfokú határozatban nem rendelkezett kifejezetten a jogsértő magatartástól való eltiltásról, továbbá az elsőfokú határozat indoklása nem tartalmazza a kötelezés, illetve a megállapított teljesítési határidő indokait, így az elsőfokú hatóság csak részben tett eleget indokolási kötelezettségének.

A másodfokú hatóság az elsőfokú határozat hiányosságait reformatórius jogkörében orvosolta, az elsőfokú határozatot a jelen másodfokú határozat rendelkező részében foglaltaknak megfelelően megváltoztatta. E körben a másodfokú hatóság az elsőfokú határozat rendelkező részét akként pontosította, hogy az elsőfokú határozatban szereplő, jogsértő állapot megszüntetésére való kötelezés mellett megtiltotta a jogsértő magatartás tanúsítását is. A másodfokú hatóság továbbá a jelen másodfokú határozat rendelkező részében foglaltaknak megfelelően részletesen kifejtette az elsőfokú határozat rendelkező részében meghatározott, a jelen másodfokú határozattal módosított, a Fellebbezővel szemben kiszabott kötelezettség alkalmazásának és teljesítési határideje megállapításának indokait. A másodfokú hatóság az elsőfokú határozat rendelkező részében foglalt jogkövetkezmény alkalmazásának indokolása körében az Eht. 43. § (3) bekezdésében foglaltakra tekintettel nem tért ki a felhívás mellőzésére vonatkozó indokokra.

Az elsőfokú határozat a másodfokú hatóság által eszközölt módosításokkal jogszerű és megalapozott. A másodfokú hatóság által eszközölt módosítások az ügy érdemét, illetőleg a döntés megalapozottságát nem érintették.

A másodfokú hatóság az Eht. 44. § (1) bekezdésében, valamint a Ket. 105. § (1) bekezdésében meghatározott hatósági jogkörében eljárva, a már hivatkozott jogszabályi rendelkezések alapján, a fent kifejtettekre tekintettel a rendelkező részben foglaltak szerint határozott, azaz az elsőfokú határozatot megváltoztatta.

A másodfokú hatóság hatáskörét és illetékességét az Eht. 10. § (2) bekezdése szerinti 10. § (1) bekezdés 13. pontja, valamint a médiaszolgáltatásokról és a tömegkommunikációról szóló 2010. évi CLXXXV. törvény 111. § (2) bekezdés *n*) pontja alapozza meg.

A határozat meghozatalánál a bírósági felülvizsgálat lehetőségéről szóló tájékoztatás az Eht. 44. § (3)-(5) bekezdéseiben, a tárgyalás tartására vonatkozó tájékoztatás a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény 338. § (1)-(2) bekezdéseiben alapul. A közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatának illetéke tekintetében az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 62. § (1) bekezdés *h*) pontja az irányadó.

A másodfokú eljárás költségeként felmerült fellebbezési eljárási díj viseléséről a másodfokú hatóság a Ket. 72. § (1) bekezdés *d*) pont *dd*-*de*) alpontjának, 153. § 2. pontjának, 158. § (1) bekezdésének, valamint a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság egyes eljárásainak igazgatási szolgáltatási díjairól és a díjfizetés módjáról szóló 5/2011. (X. 6.) NMHH rendelet 1. §-ának és 16. § (1) bekezdésének megfelelően döntött.

Budapest, 2017. március „ ”

P.H.

dr. Karas Monika

a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság elnöke

nevében és megbízásából:

dr. Beke Nándor

szabályozási igazgató

A másodfokú határozatot kapták:

1. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala Hatósági Osztály (helyben)
2. Telenor Magyarország Zrt. (2045 Törökbálint, Pannon út 1.) dr. Galambos Péter jogtanácsos
3. Irattár