

Sag C-5/20

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

7. januar 2020

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Afgørelse af:

17. december 2019

Sagsøger, appellat og appelindstævnt:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Sagsøgt, appellat og appelindstævnt:

Vodafone GmbH

[Udelades]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

KENDELSE

I sagen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [udelades] Berlin,

sagsøger, appellat og appelindstævnt,

[udelades]

m o d

Vodafone GmbH, [udelades]

[udelades] Düsseldorf

sagsøgt, appellant og appelindstævnt,

[udelades]

Andre procesdeltagere:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen,
[udelades] Bonn, **[org. s. 2]**

har 20. afdeling for civile sager ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland) [udelades] efter at have hørt parterne den 17. december 2019

a f s a g t f ø l g e n d e k e n d e l s e:

I.

Sagen udsættes.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf) forelægger Den Europæiske Unions Domstol følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2120 af 25. november 2015 om foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet og om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og forordning (EU) nr. 531/2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen (EUT L 310 af 26.11.2015, s. 1) (herefter »forordning 2015/2120«)

med henblik på præjudiciel afgørelse:

1. Skal artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120 fortolkes således, at slutbrugeres ret til at bruge terminaludstyr efter eget valg via deres internetadgangstjeneste også omfatter retten til at bruge internetadgangstjenesten via terminaludstyr (f.eks. smartphone, tablet), der direkte er tilsluttet det offentlige telekommunikationsnets grænseflade, også med andet terminaludstyr (anden tablet/smartphone) (tethering)?
2. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Skal denne forordnings artikel 3, stk. 1 og 2, fortolkes således, at det udgør en uretmæssig begrænsning af slutbrugeres valg af terminaludstyr, når tetheringen hverken er forbudt i henhold til kontrakt eller **[org. s. 3]** begrænses ad teknisk vej, men datamængder, der forbruges via tethering, på grund af en aftale, i modsætning til datamængder, der forbruges uden tethering, ikke er omfattet af et zero-rating tilbud, men modregnes i en basismængde og afregnes særskilt, hvis denne mængde overskrides?

Præmisser:

- 1 Sagsøgeren er paraplyorganisation for alle 16 forbrugercentraler og 25 yderligere forbrugerorienterede og socialt orienterede organisationer i Tyskland. Sagsøgeren er opført på listen over godkendte organer i henhold til § 4 i Unterlassungsklagegesetz (den tyske lov om søgsmål med påstand om forbud).
- 2 Sagsøgte er mobiltjenesteudbyder. I forbindelse med nogle af selskabets mobilkommunikationstariffer tilbyder sagsøgte såkaldte »Vodafone-pas« (»Chat-Pass«, »Social-Pass«, »Music-Pass«, »Video-Pass«). Ved indgåelse af en basiskontrakt har forbrugerne siden oktober 2017 kunnet tilvælge ét pas gratis, for yderligere pas skal der betales et tillæg. Med et sådant pas kan forbrugerne benytte visse mobiltjenester via apps, som sagsøgte har udvalgt med henblik herpå, uden at den dermed forbundne mængde data modregnes i den basismængde, der er anført i den pågældende mobilkommunikationstarif. Sagsøgtes almindelige forretningsbetingelser indeholder følgende bestemmelser herom:
 - »b) Dataforbruget ved brug via tethering (hotspot) [...] modregnes i den mængde data, der er inkluderet i tariffen.
 - c) Vodafone-passet gælder kun i Tyskland. I udlandet modregnes brugen af de apps, der er inkluderet i passet, i den mængde data, der er inkluderet i tariffen.«
- 3 Sagsøgeren anfægtede disse vilkår – tillige med andre bestemmelser, som ikke er af interesse for denne sag. Sagsøgeren er af den opfattelse, at vilkårene ikke er forenelige med artikel 3 i forordning 2015/2120 [vilkår b)], henholdsvis artikel 6a i forordning (EU) nr. 531/2012 som ændret ved forordning 2015/2120 (roamingforordningen) [vilkår c)]. Sagsøgte har bestridt dette.
- 4 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (forbundsagentur for elektricitet, gas, telekommunikation og jernbaner, Tyskland, herefter »forbundsagenturet«) har som kompetent tilsynsmyndighed indstillet en sag vedrørende vilkår b), men nedlagt et forbud med hensyn til vilkår [org. s. 4] c) på grundlag af en tilsidesættelse af roamingforordningens artikel 6a. Der er endnu ikke truffet afgørelse vedrørende det søgsmål om annullation af dette forbud, som sagsøgte har anlagt ved Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln). Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln) har nu ved kendelse af 18. november 2019 [udelades] udsat sagen og forelagt Domstolen en omfattende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af roamingforordningen.
- 5 Landgericht (regional ret i første instans) pålagde efter at have hørt forbundsagenturet – for så vidt dette er relevant for den præjudicielle afgørelse – sagsøgte at undlade at inddrage vilkår c) i mobiltelefonabonnementer og gav sagsøgte medhold for så vidt angår vilkår b).
- 6 For så vidt angik vilkår b) anførte Landgericht (regional ret i første instans), at tethering ikke udelukkes ved kontrakt og teknisk set også er mulig. Vilkår b) er

ikke rettet mod noget bestemt terminaludstyr, men gør blot brugen af yderligere terminaludstyr via tethering mindre økonomisk attraktiv, uafhængigt af dets karakter og oprindelse. Desuden kan SIM-kortet, som bruges til at anvende passet – i det omfang det er teknisk muligt – også indsættes i andet udstyr.

- 7 Vilkår c) er derimod ugyldigt, idet det er i strid med roamingforordningens artikel 6a. Basistariffen og passet udgør en samlet ydelse i en reguleret dataroamingtjeneste; Vodafone-passet kan kun bestilles sammen med basistariffen og kan ikke fortsætte alene, efter at abonnementet vedrørende basistariffen er ophørt.
- 8 Begge parter har appelleret denne afgørelse, for så vidt som de hver især ikke har fået medhold. Forbundsagenturet har fremsat bemærkninger. Den forelæggende rets afgørelse afhænger af fortolkningen af de bestemmelser, der er anført i de præjudicielle spørgsmål. For så vidt angår vilkår c) vil den forelæggende ret henset til forelæggelsesafgørelsen truffet af Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln) vedrørende det samme vilkår (jf. præmis 4) undlade at iværksætte en ny forelæggelse. **[Org. s. 5]**
- 9 De to præjudicielle spørgsmål vedrører gyldigheden af vilkår b) vedrørende tethering, som skal bedømmes på grundlag af artikel 3 i forordning 2015/2120. Tethering diskuteres af parterne i to forskellige situationer:
- For det første i den situation, hvor det mobile udstyr benyttes som router og data overføres fra dette udstyr til noget andet udstyr – trådløst eller via et kabel.
 - For det andet i den situation, hvor det mobile udstyr forbindes med en mobil LTE-Router og denne dermed etablerer internetadgangen via det mobile udstyr.

Det første spørgsmål:

- 10 Det første spørgsmål drejer sig om, hvorvidt artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120 i det hele taget regulerer den samtidige brug af flere terminalenheder, der direkte og indirekte er tilsluttet det offentlige telekommunikationsnet, hvilket parterne besvarer forskelligt.
- 11 Sagsøgeren er af den opfattelse, at artikel 3, stk. 1, i forordning 2015/2120 også regulerer muligheden for den samtidige brug af flere terminalenheder, hvilket fremgår af brugen af flertal (ligesom i fjerde betragtning til forordning 2015/2120). Desuden henviser femte betragtning til forordning 2015/2120 til artikel 1 i direktiv 2008/63/EF, hvorefter både udstyr, der direkte og indirekte er tilsluttet et offentligt telekommunikationsnets grænseflade, er terminaludstyr. »BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules« [BoR (16) 127] taler også for en sådan fortolkning. Heri anføres det i punkt 27:

For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on the use of terminal equipment connecting to the network

Ved fortolkningen af forordning 2015/2120 skal der tages særligt hensyn til disse »guidelines«, eftersom BEREC i henhold til forordning (EU) 2018/1971 udtrykkeligt skal sikre en konsekvent reguleringspraksis inden for Unionen. Forbundsagenturet er principielt af samme opfattelse. [Org. s. 6]

- 12 Sagsøgte er heroverfor af den opfattelse, at artikel 3 i forordning 2015/2120 ikke regulerer retten til at kunne anvende et ubegrænset antal terminalenheder samtidig, herunder terminaludstyr uden mulighed for mobilkommunikation og tredjemænds terminaludstyr. En sådan fortolkning ville nemlig føre til, at en lang række tredjemænd i praksis også kunne gøre brug af mobilkommunikationsudbyderens ydelse, hvilket ville indebære en urimelig udvidelse af dennes ydelser. Det fremgår af femte betragtning, at det kun drejer sig om terminaludstyr, »som tilsluttes nettet«.

Det andet spørgsmål:

- 13 Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, er spørgsmålet dernæst, om vilkår b) er en »begrænsning« som omhandlet i artikel 3, stk. 2, i forordning (EU) 2015/2120.
- 14 Landgericht (regional ret i første instans) lagde vægt på, at vilkåret ikke forbyder tethering; tværtimod er tethering fortsat mulig – også i teknisk henseende. Den pålægges blot en økonomisk byrde.
- 15 Heroverfor er sagsøgeren af den opfattelse, at der allerede ligger en »begrænsning« deri, at økonomiske fordele, som ellers ydes, nægtes. En hvilken som helst økonomisk ulempe i forbindelse med tethering er tilstrækkelig.
- 16 Forbundsagenturet er af den opfattelse, at en »begrænsning« ganske rigtigt ikke kun kan foreligge i tilfælde af en teknisk eller kontraktlig udelukkelse af tethering. Forbundsagenturet har anført, at det afgørende altid er konsekvenserne, og har i denne forbindelse henvist til punkt 45 (med uddybende forklaringer i punkt 46-48) i BEREC-retningslinjerne, der er nævnt i præmis [11], med følgende ordlyd:

»When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users' choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3 (1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise of the of the end-users' rights under Article 3 (1).«

I det foreliggende tilfælde skal der tages hensyn til, at vilkår b) ikke vedrører noget bestemt terminaludstyr, men yderligere terminaludstyr af en hvilken som

helst karakter og oprindelse [org. s. 7]. Desuden vil brugere, der har en fastnet-flatrate, bruge denne og ikke mobilt udstyr til en tethering.

[Udelades]

ARBEJDSDOKUMENT