

Mål C-5/20**Begäran om förhandsavgörande****Datum för ingivande:**

7 januari 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

17 december 2019

Kärande, klagande och motpart:Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.**Svarande, klagande och motpart:**

Vodafone GmbH

[utelämnas]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**BESLUT**

I målet mellan Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [utelämnas] Berlin, kärande, klagande och motpart, [utelämnas] och Vodafone GmbH, [utelämnas] [utelämnas] Düsseldorf, svarande, klagande och motpart, [utelämnas] ytterligare deltagare i rättegången: Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen, [utelämnas] Bonn, [Orig. s. 2] har tjugonde avdelningen för civilmål vid Oberlandesgericht Düsseldorf [utelämnas] den 17 december 2019, efter att ha hört parterna, beslutat följande:

I.

Målet förklaras vilande.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf hänskjuter följande frågor avseende tolkningen av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2120 av den 25 november 2015 om åtgärder rörande en öppen internetanslutning och om ändring av direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och förordning (EU) nr 531/2012 om roaming i allmänna mobilnät i unionen (EUT L 310, 2015, s. 1) (nedan kallad förordning 2015/2120) till Europeiska unionens domstol med begäran om förhandsavgörande:

1. Ska artikel 3.1 i förordning 2015/2120 tolkas så, att slutanvändarnas rätt att via sin internetanslutningstjänst använda terminalutrustning efter eget val även omfattar rätten att, när internetanslutningstjänsten tillhandahålls via terminalutrustning (till exempel smarttelefon eller surfplatta) som är direkt ansluten till det offentliga telenätet, också använda internetanslutningstjänsten med annan terminalutrustning (andra surfplattor/smarttelefoner) (sammankoppling)?
2. Om fråga 1 ska besvaras jakande:

Ska artikel 3.1 och 3.2 i denna förordning tolkas så, att det är fråga om en otillåten begränsning av slutanvändarens val av terminalutrustning om sammankoppling varken förbjuds genom avtal eller [**Orig. s. 3**] begränsas i tekniskt hänseende, men den datavolym som används vid sammankopplingen, till skillnad från datavolymer som inte används genom sammankoppling, på grund av ett avtalsvillkor, inte omfattas av en nollltaxa, utan avräknas från en basvolym och beräknas separat vid ett överskridande?

S k ä l :

- 1 Käranden, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (nedan kallad Bundesverband), är paraplyorganisationen för samtliga 16 konsumentvägledningskontor och 25 andra konsumentorganisationer och socialt inriktade organisationer i Tyskland. Bundesverband är registrerat i förteckningen över godkända inrättningar enligt 4 § i Unterlassungsklagengesetz (lagen om förbudsföreläggande).
- 2 Svaranden, Vodafone GmbH (nedan kallad Vodafone) är en mobiltjänstoperatör. För vissa av sina mobiltelefonitaxor erbjuder företaget så kallade ”Vodafonepass“ (”Chat”, ”Social”, ”Music” och ”Video”). Kunder som har ingått ett basavtal efter oktober 2017 kan välja till ett pass utan kostnad. Ytterligare pass kan läggas till mot en tilläggsavgift. Genom ett sådant pass kan kunderna utnyttja vissa mobiltelefonitjänster via av Vodafone utvalda appar, utan att den därmed sammanhängande datavolymen avräknas från den grundläggande datavolymen enligt deras aktuella mobiltelefonitaxa. I företagets allmänna avtalsvillkor anges följande:

”b) Förbrukning vid nyttjande via sammankoppling (hotspot) ... avräknas från datavolymen enligt taxan.

- c) Vodafonepasset gäller endast inom landet. Utomlands avräknas användningen av de appar som är inkluderade i passet från den datavolym som ingår.”
- 3 Bundesverband har ifrågasatt dessa villkor, samt andra villkor som saknar betydelse i det aktuella fallet. Bundesverband anser att villkoren strider mot artikel 3 i förordning 2015/2120 (villkor b), respektive artikel 6a i förordning nr 531/2012 i dess lydelse enligt förordning 2015/2120 (nedan kallad roamingförordningen) (villkor c). Vodafone bestrider detta.
 - 4 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (federal enhet för nät för elektricitet, gas, telekommunikationer, post och järnvägar, nedan kallad Bundesnetzagentur) har i egenskap av behörig tillsynsmyndighet lagt ner ett förfarande avseende villkor b, men har utfärdat ett förbuds föreläggande avseende villkor **[Orig. s. 4]** c på grund av åsidosättande av artikel 6a i roamingförordningen. Vodafone har överklagat detta beslut till Verwaltungsgericht Köln med yrkande om ogiltigförklaring. Något avgörande har emellertid ännu inte meddelats i nämnda mål. Verwaltungsgericht Köln har därefter vilandeförklarat målet genom beslut av den 18 november 2019 [utelämnas] och hänskjutit en omfattande begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen avseende tolkningen av roamingförordningen.
 - 5 Domstolen i första instans (Landgericht) har efter att ha hört Bundesnetzagentur – såvitt det har betydelse för begäran om förhandsavgörande – förbjudit Vodafone att inkludera villkor c i mobiltelefoniavtal samt ogillat talan såvitt avser villkor b.
 - 6 I frågan om villkor b, så utesluts inte sammankoppling genom avtal och sådan sammankoppling är även tekniskt möjlig. Villkor b avser inte viss terminalutrustning, utan medför enbart att det blir mindre attraktivt i ekonomiskt hänseende att använda ytterligare terminalutrustning genom sammankoppling, oberoende av dess typ och härkomst. Dessutom kan det SIM-kort genom vilket passet används – om det är möjligt i tekniskt hänseende – även sättas in i andra apparater.
 - 7 Villkor c är däremot ogiltigt, eftersom det strider mot artikel 6a i roamingförordningen. Grundtaxan och passet utgör en enda tjänst vilken ingår i en reglerad dataroamingtjänst. Vodafonepasset kan endast beställas tillsammans med grundtaxan och upphör att gälla när avtalet har sagts upp.
 - 8 Båda parter har överklagat domen i den mån den gått dem emot. Bundesnetzagentur har avgivit ett yttrande. Utgången i målet beror på tolkningen av de bestämmelser som anges i tolkningsfrågorna. Oberlandesgericht avstår, vad gäller villkor c, mot bakgrund av Verwaltungsgericht Kölns begäran om förhandsavgörande (se punkt 4) – vilken avser samma villkor – från att inge ytterligare en begäran om förhandsavgörande. **[Orig. s. 5]**

- 9 De båda tolkningsfrågorna har ställts för att få klarhet i huruvida villkor b avseende sammankoppling är giltigt mot bakgrund av artikel 3 i förordning 2015/2120. Sammankoppling diskuteras av parterna i två situationer:
- Å ena sidan i situationen i vilken mobiltelefonen används som router och data överförs – trådlöst eller genom en kabel – från denna till en annan apparat.
 - Å andra sidan i situationen i vilken mobiltelefonen kopplas till en mobil LTE-router och denna ansluter till internet via mobiltelefonen.

Den första frågan:

- 10 Den första frågan rör problemställningen huruvida en samtida användning av flera terminaler – direkt eller indirekt kopplade till det offentliga telekommunikationsnätet – över huvud taget regleras i artikel 3.1 i förordning 2015/2120. Parterna gör olika bedömningar i detta avseende.
11. Bundesverband anser att artikel 3.1 i förordning 2015/2120 även reglerar möjligheten att använda flera terminaler samtidigt, vilket framgår av valet av pluralform (även i skäl 4 i nämnda förordning). Vidare hänvisas i skäl 5 i förordning 2015/2120 till artikel 1 i direktiv 2008/63/EG, enligt vilken terminalutrustning kan utgöra utrustning som är såväl direkt som indirekt ansluten till en nätanslutningspunkt i ett allmänt tillgängligt telenät. Dessutom talar Berecs ”Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules” (BoR (16) 127) för en sådan tolkning. I punkt 27 i dessa riktlinjer föreskrivs följande:

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

Bundesverband anser att dessa riktlinjer särskilt ska beaktas vid tolkningen av förordning 2015/2120, eftersom Berec enligt förordning (EU) 2018/1971 uttryckligen ska främja en konsekvent regleringspraxis i unionen. Bundesnetzagentur godtar i princip detta. **[Orig. s. 6]**

- 12 Vodafone anser däremot att artikel 3 i förordning 2015/2120 inte föreskriver någon rätt att använda hur många terminaler som helst, inbegripet sådana som inte kan användas för mobiltelefoni och terminalutrustning från tredje man. En sådan tolkning skulle nämligen i praktiken innebära att ett stort antal tredje parter kunde dra nytta av mobiltelefonioperatörens tjänster, vilket medför en oskälig utvidgning av deras tjänster. Det framgår av skäl 5 att det enbart är fråga om terminalutrustning ”som ansluts till nätet”.

Den andra frågan:

- 13 Om den första frågan besvaras jakande uppkommer dessutom frågan huruvida villkor b utgör en begränsning i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning 2015/2120.
- 14 Landgericht bedömde att villkoret inte förbjuder sammankoppling. En sådan sammankoppling är tvärtom fortfarande möjlig, även i tekniskt hänseende. Villkoret medför enbart att den försvåras i ekonomiskt hänseende.
- 15 Bundesverband anser däremot att redan nekandet av ekonomiska fördelar som annars beviljas utgör en begränsning. Det räcker att sammankoppling på något sätt missgynnas ekonomiskt.
- 16 Bundesnetzagentur anser att en begränsning inte kan anses föreligga bara av den anledningen att en sammankoppling utesluts i tekniskt hänseende eller enligt avtal. Myndigheten framhåller att det alltid ska vara följderna som är avgörande, varvid den hänvisar till punkt 45 (med ytterligare förklaringar i punkterna 46–48) i Berecs riktlinjer till vilka det hänvisas i punkt 10. I nämnda punkt anges följande:

”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 denna situation ska det beaktas att villkor b inte berör viss terminalutrustning, utan ytterligare terminalutrustning oberoende av art och ursprung [**Orig. s. 7**]. Dessutom använder kunder som har en fast taxa för det fasta nätet detta och inte mobiltelefoner för en sammankoppling.

[OMISSIS]