

Sprawa C-5/20

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

Data wpływu:

7 stycznia 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

17 grudnia 2019 r.

Strona skarżąca, wnosząca apelację i pozwana w postępowaniu apelacyjnym:

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

Strona pozwana, wnosząca apelację i pozwana w postępowaniu apelacyjnym:

Vodafone GmbH

[...]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

POSTANOWIENIE

W sporze

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

strony powodowej, wnoszącej apelację i pozwanej w postępowaniu apelacyjnym,

[...]

przeciwko

Vodafone GmbH, [...]

[...] Düsseldorf

stronie pozwanej, wnoszącej apelację i pozwanej w postępowaniu apelacyjnym,
[...]

Pozostali uczestnicy:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen [...], Bonn **[Or. 2]**

20. izba cywilna Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie) [...] po wysłuchaniu stron w dniu 17 września 2019 r.

p o s t a n o w i ł a:

I.

Postępowanie zostaje zawieszono.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf przedkłada Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.U. L 310 z dnia 26.11.2015, s. 1) (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie TSM”):

1. Czy art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie TSM należy interpretować w ten sposób, że prawo użytkownika końcowego do korzystania z wybranych urządzeń końcowych obejmuje również prawo do korzystania z usługi dostępu do internetu przez urządzenie końcowe bezpośrednio podłączone do interfejsu publicznej sieci telekomunikacyjnej (np. smartfon, tablet) także za pomocą innych urządzeń końcowych (innego smartfonu/tabletu) (tethering)?
2. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze:

Czy art. 3 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że sytuacja, w której tethering nie jest zakazany w umowie ani **[Or. 3]** ograniczony technicznie, jednakże ilość danych wykorzystana zgodnie z umową w drodze tetheringu w odróżnieniu od ilości danych wykorzystanej bez zastosowania tetheringu nie jest objęta ofertą zero-rating, lecz jest wliczana do podstawowej ilości danych i w razie przekroczenia tej ilości jest obliczana oddzielnie, stanowi niedozwolone ograniczenie wyboru urządzenia końcowego przez użytkownika końcowego?

U z a s a d n i e:

- 1 Strona powodowa jest organizacją parasolową zrzeszającą wszystkie 16 centrali konsumenckich oraz 25 innych organizacji konsumenckich i społecznych w Niemczech. Jest ona wpisana na listę podmiotów kwalifikowanych zgodnie z § 4 Unterlassungsklagengesetz (ustawy w sprawie powództw o zaniechanie).
- 2 Strona pozwana jest dostawcą usług telefonii komórkowej. W odniesieniu do niektórych swoich taryf telefonii komórkowej oferuje ona tak zwane „paszporty vodafone” („paszport czatu”, „paszport społecznościowy”, paszport muzyczny”, „paszport video”). Od października 2017 r. konsumenci mogą bezpłatnie wybrać dodatkowo jeden paszport przy zawarciu umowy podstawowej, zaś za kolejne paszporty należy uiścić opłatę. Za pomocą takiego paszportu konsumenci mogą korzystać z określonych usług telefonii komórkowej poprzez aplikacje wybrane w tym celu przez pozwaną, przy czym związana z tym ilość danych nie jest wliczana do podstawowej ilości danych określonej w taryfie usług telefonii komórkowej pozwanej. Ogólne warunki umów pozwanej stanowią w tym względzie:
 - „b) Zużycie danych w przypadku korzystania przez tethering (hotspot) [...] wlicza się do ilości danych objętej taryfą.
 - c) Paszport vodafone obowiązuje tylko na terytorium kraju. Korzystanie z aplikacji włączonej do paszportu za granicą wlicza się do ilości danych objętej taryfą”.
- 3 Strona powodowa kwestionuje te warunki umowne, oprócz innych niemających znaczenia w niniejszej sprawie. Uważa ona, że rzeczony warunki umowne są sprzeczne z art. 3 rozporządzenia w sprawie TSM [warunek umowny przewidziany w lit. b)] względnie art. 6a rozporządzenia (UE) nr 531/2012 zmienionego rozporządzeniem (UE) nr 20152120 (rozporządzeniem w sprawie roamingu) [warunek umowny przewidziany w lit. c)]. Strona pozwana odpiera te zarzuty.
- 4 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (federalna agencja do spraw energii elektrycznej, gazu, telekomunikacji, poczty i kolei, zwana dalej „Bundesnetzagentur”) jako właściwy organ nadzoru umorzyła postępowanie w sprawie warunku umownego przewidzianego w lit. b), jednakże orzekła zakaz w odniesieniu do warunku umownego **[Or. 4]** przewidzianego w lit. c) z powodu naruszenia art. 6a rozporządzenia w sprawie roamingu. Skarga wniesiona na tę decyzję przez stronę pozwaną do Verwaltungsgericht Köln (sądu administracyjnego w Kolonii) nie została dotychczas rozstrzygnięta Postanowieniem z dnia 18 listopada 2019 r. [...] Verwaltungsgericht Köln zawiesił w międzyczasie postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z obszernym wnioskiem o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w przedmiocie wykładni rozporządzenia w sprawie roamingu.

- 5 Po wysłuchaniu Bundesnetzagentur – w zakresie mającym znaczenie dla orzeczenia prejudycjalnego – Landgericht orzekł wobec strony pozwanej zakaz włączania do umów o świadczenie usług telefonii komórkowej warunku przewidzianego w lit. c) i oddalił powództwo w odniesieniu do warunku przewidzianego w lit. b).
- 6 Zdaniem Landgericht, jeżeli chodzi o warunek umowny przewidziany w lit. b), to tethering nie został wyłączony w umowie i jest również możliwy pod względem technicznym. Warunek umowny przewidziany w lit. b) nie jest skierowany przeciwko określonym urządzeniom końcowym, lecz czyni korzystanie z innych urządzeń w drodze tetheringu, niezależnie od ich rodzaju i pochodzenia, jedynie mniej atrakcyjnym z ekonomicznego punktu widzenia. Ponadto karta SIM, za pomocą której używa się paszportu, o ile jest to technicznie możliwe, może zostać wprowadzona również do innych urządzeń.
- 7 Warunek umowny przewidziany w lit. c) jest zaś bezskuteczny, ponieważ narusza art. 6a rozporządzenia w sprawie roamingu. Taryfa podstawowa i paszport stanowią jednolite świadczenie regulowanej usługi roamingu danych; paszport vodafone może być zamawiany wyłącznie razem z taryfą podstawową i po zakończeniu umowy dotyczącej taryfy podstawowej nie może nadal istnieć samodzielnie.
- 8 Od tego orzeczenia, w zakresie dla nich niekorzystnym, obie strony wniosły apelacje. Bundesnetzagentur przedstawiła swoje uwagi. Rozstrzygnięcie sądu odsyłającego zależy od wykładni przepisów wymienionych w pytaniach prejudycjalnych. W zakresie w jakim chodzi o warunek umowny przewidziany w lit. c), sąd odsyłający, mając na uwadze postanowienie prejudycjalne Verwaltungsgericht Köln dotyczące tego samego warunku umownego (zobacz pkt 4), odstępuje od składania ponownego wniosku prejudycjalnego. **[Or. 5]**
- 9 Oba pytania prejudycjalne odnoszą się do skuteczności warunku umownego przewidzianego w lit. b) dotyczącego tetheringu, którą należy oceniać w świetle art. 3 rozporządzenia w sprawie TSM. Tethering jest przedmiotem dyskusji między stronami w dwojakiego rodzaju przypadkach:
- Po pierwsze, w przypadku, w którym urządzenie telefonii komórkowej jest używane jako router i dane są przekazywane z tego urządzenia – bezprzewodowo lub przez przewód – na inne urządzenie.
 - Po drugie, w przypadku, w którym urządzenie telefonii komórkowej jest łączone z mobilnym routerem LTE i za pomocą tego urządzenia router ten umożliwia dostęp do internetu.
- W przedmiocie pytania pierwszego:*
- 10 Pytanie pierwsze dotyczy problemu będącego przedmiotem różnych odpowiedzi stron, a mianowicie, czy art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie TSM w ogóle

reguluje jednoczesne korzystanie z wielu urządzeń końcowych połączonych bezpośrednio lub pośrednio z publiczną siecią telekomunikacyjną.

- 11 Strona powodowa uważa, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie TSM reguluje, jak wynika z wyboru liczby mnogiej (podobnie jak w motywie 4 rozporządzenia w sprawie TSM), również możliwość jednoczesnego korzystania z wielu urządzeń końcowych. Ponadto motyw 5 rozporządzenia w sprawie TSM odsyła do art. 1 dyrektywy 2008/63/WE, zgodnie z którym urządzenia bezpośrednio, jak również pośrednio podłączone do interfejsu publicznej sieci telekomunikacyjnej stanowią urządzenia końcowe. Za taką wykładnią przemawiają również wytyczne „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules” (BoR (16) 127). Zgodnie z pkt 27 tych wytycznych:

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

Te „Guidelines” powinny być w sposób szczególny uwzględniane przy dokonywaniu wykładni rozporządzenia w sprawie TSM, ponieważ zgodnie z rozporządzeniem (UE) 2018/1971 BEREC powinny wyraźnie służyć ujednoczeniu praktyki regulacyjnej wewnątrz Unii. Bundesnetzagentur zasadniczo podziela to stanowisko. **[Or. 6]**

- 12 Strona pozwana uważa natomiast, że art. 3 rozporządzenia w sprawie TSM nie reguluje prawa do możliwości swobodnego korzystania jednocześnie z wielu urządzeń końcowych, w tym niemieszkalnych urządzeń końcowych i urządzeń końcowych osób trzecich. Taka wykładnia prowadziłaby bowiem do tego, że w praktyce również wiele osób trzecich mogłoby korzystać z usług dostawcy usług telefonii komórkowej, co prowadzi do nieuzasadnionego rozszerzenia jego usług. Z motywu 5 wynika, że chodzi jedynie o urządzenia końcowe „służące do łączenia się z siecią”.

W przedmiocie pytania drugiego:

- 13 W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze powstaje kolejne pytanie, czy warunek umowny przewidziany w lit. b) stanowi „ograniczenie” w rozumieniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie TSM.
- 14 Landgericht uznał, że rzeczony warunek nie zakazuje tetheringu; przeciwnie, jest on możliwy, również pod względem technicznym. Jest utrudniony jedynie z ekonomicznego punktu widzenia.
- 15 Strona powodowa uważa natomiast, że „ograniczenie” polega już na odmowie przyznanych w przeciwnym przypadku korzyści ekonomicznych. Wystarczy jakiegokolwiek niekorzystne traktowanie tetheringu pod względem ekonomicznym.
- 16 Bundesnetzagentur jest zdania, że „ograniczenie” może mieć miejsce nie tylko w przypadku technicznego lub umownego wyłączenia tetheringu. Znaczenie mają zawsze skutki, przy czym odwołuje się ona do pkt 45 (z notami wyjaśniającymi

zawartymi w pkt 46–48) wytycznych BEREC Guidelines wspomnianych w pkt 10; mają one następujące brzmienie:

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).

W tym przypadku należy uwzględnić, że warunek umowny przewidziany w lit. b) nie dotyczy konkretnych urządzeń końcowych, lecz innych urządzeń końcowych jakiegokolwiek rodzaju i pochodzenia [Or. 7]. Ponadto użytkownicy dysponujący nielimitowaną siecią stacjonarną korzystaliby z tej sieci, a nie z urządzeń telefonii komórkowej do tetheringu.

[...]