

Дело C-5/20

Преюдициално запитване

Дата на постъпване в Съда:

7 януари 2020 г.

Запитваща юрисдикция:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

17 декември 2019 г.

Ищец в първоинстанционното и жалбоподател и ответник във въззивното производство:

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

Ответник в първоинстанционното производство и жалбоподател и ответник във въззивното производство:

Vodafone GmbH

[...]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Върховен областен съд,
Дюселдорф)**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

По дело при страни

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

ищец в първоинстанционното и жалбоподател и ответник във въззивното
производство,

[...]

С р е щ у

Vodafone GmbH, [...]

[...] Дюселдорф

Ответник в първоинстанционното производство и жалбоподател и ответник
във въззивното производство:

[...]

при участието на:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen,
[...] Бон, [ориг. 2]

20-ти съдебен състав [...] на Oberlandesgericht Düsseldorf [...], след
изслушване на страните, на 17 г. декември 2019 г.

о п р е д е л и:

I.

Спира производството по делото.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf поставя на Съда на Европейския съюз следните преюдициални въпроси относно тълкуването на Регламент (ЕС) 2015/2120 на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2015 г. за определяне на мерки относно достъпа до отворен интернет и за изменение на Директива 2002/22/ЕО относно универсалната услуга и правата на потребителите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги и на Регламент (ЕС) № 531/2012 относно роуминга в обществени мобилни съобщителни мрежи в рамките на Съюза (ОВ L 310, 26.11.2015 г., стр. 1) (наричан по-нататък „Регламентът TSM“):

1. Следва ли член 3, параграф 1 от Регламент TSM да се тълкува в смисъл, че правото на крайните потребители чрез тяхната услуга за достъп до интернет да използват крайни устройства по свой избор — тетъринг (tethering) — включва и правото да се използва услугата за достъп до интернет по непосредствено свързано към интерфейса на обществената далекосъобщителна мрежа крайно устройство (напр. смартфон или таблет) също и чрез други крайни устройства (друг смартфон или друг таблет)?
2. При утвърдителен отговор на първия въпрос:

Следва ли член 3, параграфи 1 и 2 от този регламент да се тълкува в смисъл, че е налице непозволено ограничаване на избора на крайни устройства от страна на крайния потребител, когато, макар че

възможността за тетъринг не е нито договорно забранена, нито е **[ориг. 3]** технически ограничена, въз основа на договорно постигнато съгласие относно тетъринг, ползваните обеми данни не са предмет на предложение за нулево таксуване (Zero-Rating), за разлика от ползваните без тетъринг обеми данни, а се отчитат като базови обеми данни и при превишаването им се фактурират отделно?

Мотиви:

- 1 Ищецът е конфедерация от всичките 16 законно признати потребителски организации и 25 други организации в областта на защитата на потребителите и в социалната сфера в Германия. Той е вписан в регистъра на квалифицираните организации по член 4 от Unterlassungsklagegesetz (Закон за исковите за преустановяване на нарушения).
- 2 Ответникът е доставчик на мобилни телефонни услуги. За някои от неговите тарифни планове за мобилни телефонни услуги ответникът предлага т. нар. „Vodafone Pass“ („Водафон добавка“) („Chat-Pass“, „Social-Pass“, Music-Pass“, „Video-Pass“). При сключване на базов договор след октомври 2017 г. потребителят може да избере една Водафон добавка безплатно, като за останалите се заплаща допълнително възнаграждение. Чрез тази добавка потребителят може да ползва определени мобилни телефонни услуги през предпочетени от ответника за тази цел приложения, без ползваните във връзка с това обеми данни да се вземат предвид при отчитането на базовите данни, посочени в съответния тарифен план. Освен това в общите условия на ответника се посочва следното:
 - „b) Ползването на данни чрез tethering (Hotspot) (тетъринг (точка за достъп) се приспада от обема на данните съгласно тарифния план.
 - с) Vodafone Pass (Водафон добавката) е валидна само на територията на страната. Ползването на включените във Vodafone Pass приложения в чужбина се приспада от обема на данните съгласно тарифния план“.
- 3 Ищецът оспорва тези клаузи, както и други клаузи от общите условия, които обаче са ирелевантни за разглеждания спор. Според него клаузите са несъвместими с член 3 от Регламента TSM (клауза b), съответно с член 6а от Регламент (ЕС) № 531/2012, изменен с Регламент (ЕС) 2015/2120 (Регламент за роуминга) (клауза с). Ответникът възразява.
- 4 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (Федерална агенция за мрежите в областта на електроенергията, природния газ, далекосъобщенията, пощите и железниците) (наричана по-нататък Bundesnetzagentur) в качеството си на компетентен надзорен орган, прекратява производството по отношение на клауза b), но постановява забрана по отношение на клауза с) **[ориг. 4]** поради нарушение на член 6а от Регламента за роуминга. Все още няма произнасяне по предявения от ответника иск за отмяна на тази забрана пред Verwaltungsgericht Köln

(Административен съд Кьолн, Германия). Междувременно с определение от 18 ноември 2019 г. *Verwaltungsgericht Köln* [...] решава да спре производството по делото и да отправи до Съда широкообхватно преюдициално запитване относно тълкуването на Регламента за роуминга (дело С-854/19).

- 5 След като изслушва *Bundesnetzagentur*, доколкото е необходимо за целите на съставянето на акта за преюдициално запитване, *Landgericht* осъжда ответника да преустанови включването на клауза с) в договорите за мобилни телефонни услуги и отхвърля иска по отношение на клауза б).
6. Що се отнася до клауза б), решаващият съд приема, че възможността за тетъринг не е договорно изключена и освен това е технически допустима. Клауза б) не се отнасяла до определени крайни устройства, а единствено правела икономически непривлекателно ползването посредством тетъринг на крайни устройства, независимо от техния вид и произход. Освен това, доколкото било технически възможно, SIM карта, с която се ползвала дадена възможност за достъп, можело да бъде поставяна и в други апарати.
- 7 Клауза с) обаче била нищожна, тъй като противоречала на член ба от Регламента за роуминга. Базисният тарифен план и Водафон-добавката съставлявали единна регулирана услуга за роуминг на данни; Водафон-добавката можела да бъде поръчана единствено заедно с базисния тарифен план и тази възможност не би могла да продължи да съществува самостоятелно след прекратяване на договора за базисния тарифен план.
- 8 И двете страни обжалват това решение в частта му, с която то ги засяга неблагоприятно. *Bundesnetzagentur* представя становище. По какъв начин ще реши спора заседаващият съдебен състав зависи от тълкуването на разпоредбите, посочени в преюдициалните въпроси. Доколкото става въпрос за клауза с), заседаващият съдебен състав приема, че с оглед на отправеното от *Verwaltungsgericht Köln* (Административен съд, Кьолн) преюдициално запитване относно същата клауза (дело С-854/19), в конкретния случай ставало въпрос за ново преюдициално запитване. **[ориг. 5]**
- 9 Двата преюдициални въпроса се отнасят до действителността на клауза б) относно тетъринга, която следва да бъде преценена с оглед на член 3 от Регламента TSM. Страните обсъждат възможността за тетъринг, имайки предвид две хипотези:
 - От една страна, се обсъжда хипотезата, в която устройството за мобилна телефония се използва като рутер и данните се предават от него на друго устройство по безжичен път или по кабел.
 - От друга страна, се обсъжда хипотезата, в която устройството за мобилна телефония е свързано с мобилен LTE рутер и по този начин последният осигурява интернет достъп чрез устройството за мобилна телефония.

По първия въпрос

- 10 Първият въпрос се отнася изразените от страните различия при разглеждането на проблема дали член 3, параграф 1 от Регламента TSM изобщо регламентира (или това не е така) едновременното ползване на няколко крайни устройства, свързани пряко и непряко с обществената далекосъобщителна мрежа
- 11 Жалбоподателят счита, че член 3, параграф 1 от Регламента TSM предвижда, както следва от предпочетеното използване на множествено число (като това е видно и от съображение 4 от Регламента TSM), и възможността за едновременно използване на няколко крайни устройства. Освен това съображение 5 от Регламента TSM препраща към член 1 от Директива 2008/63/ЕО, съгласно който крайно устройство е устройство, свързано както пряко, така и непряко към интерфейса на обществена далекосъобщителна мрежа. Това тълкуване се потвърждавало и от „BEREC Guidelines on the Implementation by National regulators of European Net Neutrality Rules“ (Насоките на ОЕПЕС (Органа на европейските регулатори в областта на електронните съобщения) относно прилагането на европейските правила за неутралност на мрежата от страна на националните регулатори) (Вор (16) 127). В точка 27 от тях се предвижда следното:

„For example, the practice of libliting tethering is likely to consente a restrite a restrite on the use of sucal equipment tēnetwork (Например практиката за ограничаване на тетъринга може да съставлява ограничение на ползването на крайно устройство при свързването към мрежата).“

Тези Насоки трябва специално да се вземат предвид при тълкуването на Регламента TSM, доколкото съгласно Регламент (ЕС) 2018/1971 задачата на ОЕПЕС следва да е да уеднаквава регулаторните практики в рамките на Съюза. Bundesnetzagentur е принципно съгласна с това становище. **[ориг. 6]**

- 12 За разлика от това ответникът застъпва становището, че член 3 от Регламента TSM не урежда правото на едновременно ползване на произволен брой крайни устройства, в това число устройства, които не са приспособени за мобилна телефония и крайни устройства на трети лица. Според него това тълкуване би довело по-специално до положение, при което на практика множество трети лица могат да се ползват от услугата на доставчика на мобилни телефонни услуги, което би довело до необосновано разширяване на обема на неговите услуги. От съображение 5 следвало, че става въпрос само за крайни устройства, които „установяват връзка с мрежата“.

По втория въпрос

13. При утвърдителен отговор на първия въпрос се поставя допълнителният въпрос дали клауза b) представлява „ограничение“ по смисъла на член 3, параграф 2 от Регламента TSM.
14. Landgericht взема предвид факта, че с клаузата не се забранява тетъринга, а напротив, тази възможност остава налична дори и от техническа гледна точка. Тя се затруднявала само от икономическа гледна точка.
15. Жалбоподателят, напротив, е на мнение, че „ограничение“ е налице само поради факта че се отказват икономически предимства, които се предоставят по принцип. Според него в това отношение би било достатъчно, ако възможността за тетъринг се поставяла по какъвто и да е начин в икономически по-неблагоприятно положение.
16. Bundesnetzagentur счита, че наистина наличието на „ограничение“ не може да се ограничи до техническото или договорното изключване на възможността за тетъринг. Според Bundesnetzagentur тази преценка винаги зависела от последиците, като във връзка с това тази агенция се позовава на точка 45 (с допълнителни разяснения в точки 46—48) от посочените в точка 10 по-горе Насоки на ОЕРЕС, съгласно които:

„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).

(Когато преценяват дали доставчикът на интернет услуги ограничава упражняването на правата на крайните потребители, националните регулаторни органи следва да вземат предвид до каква степен с договорените търговски и технически условия или с търговските практики на този доставчик се ограничава изборът на крайните потребители. Това не означава, че всеки фактор, засягащ избора на крайните потребители, по необходимост следва да се счита за ограничение на правата на крайните потребители по член 3, параграф 1. Регламентът предвижда също така намеса, когато вследствие на подобни ограничения се стига до съществено намаляване на възможностите на избор, но също и в други случаи, които могат да бъдат квалифицирани като ограничени на упражняването на правата на крайните потребители по смисъла на член 3, параграф 1.)“.

В този случай следвало да се вземе предвид обстоятелството, че клауза b) не обхваща определени крайни устройства, а крайни устройства от какъвто и да е вид и произход. **[ориг. 7]** Освен това потребителите, разполагащи с

фиксиран тарифен план за стационари телефони, ползвали за тетъринг тези телефони, а не устройствата си за мобилна телефония.

[...]

РАБОТЕН ДОКУМЕНТ