

Věc C-5/20

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

Datum doručení:

7. ledna 2020

Předkládající soud:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

17. prosince 2019

Žalobce, navrhovatel v odvolacím řízení a odpůrce v odvolacím řízení:

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

Žalovaná, odpůrkyně v odvolacím řízení a navrhovatelka v odvolacím řízení:

Vodafone GmbH

[omissis]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Vrchní zemský soud v
Düsseldorfu)**

USNESENÍ

Ve věci

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

žalobce, navrhovatele v odvolacím řízení a odpůrce v odvolacím řízení,

[omissis]

proti

Vodafone GmbH, [omissis]

[omissis] Düsseldorf

žalované, odpůrkyni v odvolacím řízení a navrhovatelce v odvolacím řízení,

[*omissis*]

za přítomnosti:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen,
[*omissis*] Bonn,

rozhodl 20. občanskoprávní senát Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu) [*omissis*] po slyšení účastníků řízení dne 17. prosince 2019

t a k t o:

I.

Řízení se přerušuje.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu) předkládá Soudnímu dvoru Evropské unie tyto otázky týkající se výkladu nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 ze dne 25. listopadu 2015, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu a mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a nařízení (EU) č. 531/2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii (Úř. věst. L 310, 26.11.2015, s. 1) (dále jen „nařízení TSM“):

1. Musí být čl. 3 odst. 1 nařízení TSM vykládán v tom smyslu, že právo koncových uživatelů na využívání koncového zařízení podle svého vlastního výběru prostřednictvím své služby přístupu k internetu zahrnuje také právo využívat službu přístupu k internetu prostřednictvím koncového zařízení připojeného přímo k rozhraní veřejné telekomunikační sítě (např. chytrého telefonu, tabletu) také s pomocí jiných koncových zařízení (jiný tablet/chytrý telefon) (sdílení internetového připojení [tethering])?
2. V případě kladné odpovědi na první otázku,

Musí být čl. 3 odst. 1 a 2 tohoto nařízení vykládán v tom smyslu, že se jedná o nepřípustné omezení vlastního výběru koncového zařízení koncovým uživatelem, pokud sdílení internetového připojení není smluvně zakázáno ani technicky omezeno, avšak na základě smluvní dohody není objem dat využívaný přes sdílení internetového připojení na rozdíl od objemu dat používaných bez sdílení zahrnut do nabídky na vyjmutí ze započítávání do datového limitu („zero rating“), nýbrž je započítáván do základního objemu dat a v případě jeho vyčerpání účtován zvlášť?

Odůvodnění:

- 1 Žalobce je zastřešující sdružení všech 16 spotřebitelských centrál a 25 dalších organizací zaměřených na spotřebitele a sociální práci v Německu. Je zapsán na seznamu kvalifikovaných zařízení podle § 4 Unterlassungsklagegesetzes (zákon o žalobě zdržovací).
- 2 Žalovaná je poskytovatelem mobilních komunikačních služeb. U některých svých tarifů na mobilní komunikaci nabízí takzvané „Vodafone Passy“ („Chat-Pass“, „Social-Pass“, Music-Pass“, „Video-Pass“). Jeden Pass si spotřebitelé mohou, při uzavření základní smlouvy od října 2017, vybrat k tarifu bezplatně, za další musí uhradit poplatek navíc. Díky tomuto Passu mohou spotřebitelé využívat určité mobilní komunikační služby prostřednictvím aplikací, které za tímto účelem vybrala žalovaná, aniž by objem dat s tím související byl započítáván do jejich základního objemu dat sjednaného v jejich tarifu za mobilní komunikaci. Ve svých Všeobecných obchodních podmínkách k tomu žalovaná uvádí:

„b) Spotřeba dat při používání prostřednictvím sdíleného internetového připojení (hotspot) ... se připočítává k objemu dat zahrnutému v tarifu.

c) Vodafone Pass platí pouze v tuzemsku. V zahraničí se používání aplikací zahrnutých v Passu připočítává k objemu dat zahrnutých v tarifu.“
- 3 Žalobce napadá tato ustanovení společně s dalšími ustanoveními, která nejsou v této věci relevantní. Je toho názoru, že tato ustanovení nejsou slučitelná s článkem 3 nařízení TSM (ustanovení pod písm. b)) respektive s článkem 6a nařízení (EU) č. 531/2012 ve znění nařízení (EU) č. 2015/2120 (nařízení o roamingu) (ustanovení pod písm. c)). Žalovaná s tímto tvrzením nesouhlasí.
- 4 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (Spolková agentura pro elektřinu, plyn, telekomunikace, poštu a železnici, dále jen „Spolková agentura“) jako příslušný dozorový orgán zastavil řízení vedené ohledně ustanovení pod písm. b), zakázal však ustanovení pod písm. c), neboť porušuje článek 6a nařízení o roamingu. O žalobě podané žalovanou proti tomuto rozhodnutí k Verwaltungsgericht Köln (správní soud v Kolíně nad Rýnem) dosud nebylo rozhodnuto. Verwaltungsgericht Köln (správní soud v Kolíně nad Rýnem) nyní řízení přerušil usnesením ze dne 18. listopadu 2019 [omissis] a Soudnímu dvoru předložil obsáhlou žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu nařízení o roamingu.
- 5 Landgericht (zemský soud) po slyšení Spolkové agentury, v rozsahu relevantním pro rozhodnutí o předběžné otázce, uložil žalované, aby upustila od používání ustanovení pod písm. c) ve smlouvách o mobilních komunikačních službách a žalobu týkající se ustanovení pod písm. b) zamítl.
- 6 Ohledně ustanovení pod písm. b) není podle jeho názoru sdílené internetové připojení smluvně vyloučeno a je technicky možné. Ustanovení pod písm. b) není namířeno proti určitým koncovým zařízením, pouze činí používání dalších koncových zařízení cestou sdíleného internetového připojení hospodářsky

neatraktivním. Navíc lze SIM kartu, s níž je Pass využíván, je-li to technicky možné, vložit také do jiných zařízení.

- 7 Ustanovení pod písm. c) je naopak neúčinné, neboť porušuje článek 6a nařízení o roamingu. Základní tarif a Pass tvoří jednotnou službu regulované služby datového roamingu; Vodafone Pass lze objednat pouze se základním tarifem, po ukončení smlouvy o základním tarifu nemůže existovat nezávisle.
- 8 Oba účastníci řízení se proti tomuto rozhodnutí odvolali v rozsahu, v jakém je pro ně nepříznivé. Spolkový úřad předložil své vyjádření. Rozhodnutí senátu závisí na výkladu ustanovení uvedených v předběžných otázkách. Ohledně ustanovení pod písm. c) senát s ohledem na usnesení Verwaltungsgericht Köln (správní soud v Kolíně nad Rýnem) (viz bod 4) týkající se stejného ustanovení odhlédl od předložení další předběžné otázky.
- 9 Obě předběžné otázky se týkají účinnosti ustanovení pod písm. b) ohledně sdíleného internetového připojení, kterou je nutno posuzovat podle článku 3 nařízení TSM. Účastníci řízení vedou diskusi o sdílení internetového připojení dvěma možnými způsoby:
 - Zprvým způsobem, kdy je mobilní zařízení používáno jako router a data z tohoto zařízení jsou přenášena na jiné zařízení – bezdrátově nebo kabelem.
 - Zadruhé tak, že mobilní zařízení je spojeno s mobilním LTE routerem a ten takto vytváří přístup k internetu přes mobilní zařízení.

K první otázce:

- 10 První otázka se zabývá problémem, který účastníci řízení vnímají rozdílně, a sice zda čl. 3 odst. 1 nařízení TSM vůbec upravuje současné používání více koncových zařízení, přímo či nepřímo spojených s veřejnou telekomunikační sítí, či nikoliv.
- 11 Žalobce má za to, že čl. 3 odst. 1 nařízení TSM upravuje, jak vyplývá z volby množného čísla (stejně jako ve čtvrtém bodu odůvodnění nařízení TSM), také možnost současného používání několika koncových zařízení. Navíc pátý bod odůvodnění nařízení TSM odkazuje na článek 1 směrnice 2008/63/ES, podle níž jsou koncovými zařízeními zařízení přímo nebo nepřímo připojená k rozhraní veřejné telekomunikační sítě. Pro takovýto výklad hovoří také pokyny „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR (16) 127). V nich se pod číslem 27 stanoví:

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

K těmto pokynům je při výkladu nařízení nutno obzvláště přihlídnout, neboť BEREC má podle nařízení (EU) 2018/1971 výslovně sloužit k vytvoření jednotné regulační praxe v rámci Unie. S tím v zásadě souhlasí také Spolková agentura.

- 12 Žalovaná je naopak toho názoru, že článek 3 nařízení TSM neupravuje právo současně používat libovolně mnoho koncových zařízení včetně zařízení neumožňujících mobilní komunikaci a koncových zařízení třetích osob. Takový výklad by totiž vedl k tomu, že prakticky by službu poskytovatele mobilních komunikačních služeb mohl využívat velký počet třetích osob, což by vedlo k neúnosnému rozšíření jeho služeb. Z pátého bodu odůvodnění vyplývá, že se jedná pouze o koncová zařízení „připojovaná k síti“.

K druhé otázce:

- 13 V případě kladné odpovědi na první otázku vyvstává další otázka, zda je ustanovení pod písm. b) „omezením“ ve smyslu čl. 3 odst. 2 nařízení TSM.
- 14 Landgericht (zemský soud) vycházel z toho, že toto ustanovení nezakazuje sdílení internetového připojení; toto sdílení naopak zůstává - i z technického hlediska – nadále možné. Ztíženo je pouze z hospodářského hlediska.
- 15 Žalobce je naopak tohoto názoru, že „omezení“ spočívá již v upření jinak poskytovaných hospodářských výhod. Jakékoliv hospodářské znevýhodnění sdíleného internetového připojení je postačující.
- 16 Spolkový úřad má za to, že „omezení“ sice nemusí spočívat pouze v technickém nebo smluvním vyloučení sdílení internetového připojení. Důležité jsou vždy důsledky, přičemž odkazuje na bod 45 (s bližšími vysvětleními v bodech 46-48) pokynů BEREC zmiňovaných v bodě 10, který stanoví:

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).

V tomto případě je nutno zohlednit, že ustanovením pod písm. b) nejsou dotčena určitá koncová zařízení, nýbrž další koncová zařízení jakéhokoliv druhu a původu. Navíc uživatelé, kteří mají paušální tarif na pevnou síť, používají pro sdílení internetového připojení tento paušální tarif a nikoliv mobilní zařízení.

[omissis]