

Zaak C-5/20

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

7 januari 2020

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 december 2019

Verzoekster, verzoekster in hoger beroep en verweerster in hoger beroep:

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

Verweerster, verweerster in hoger beroep en verzoekster in hoger beroep:

Vodafone GmbH

[omissis]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLISSING

In het geding

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

verzoekster, verzoekster in hoger beroep en verweerster in hoger beroep,

[omissis]

t e g e n

Vodafone GmbH, [omissis]

[omissis] Düsseldorf

verweerster, verzoekster in hoger beroep en verweerster in hoger beroep,

[omissis]

in tegenwoordigheid van:

de Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen,
[omissis] Bonn, **[or. 2]**

heeft de 20ste Zivilsenat (Civiele kamer) van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Duitsland) [omissis], gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 17 december 2019, het volgende

b e s l i s t:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Het Oberlandesgericht Düsseldorf verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen betreffende de uitlegging van verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1) (hierna: „TSM-verordening”):

1) Dient artikel 3, lid 1, van de TSM-verordening aldus te worden uitgelegd dat het recht van eindgebruikers om via hun internettoegangsdienst gebruik te maken van de eindapparatuur van hun keuze zich mede uitstrekt tot het recht om via rechtstreeks op de interface van het openbare telecommunicatienet aangesloten eindapparatuur (bijvoorbeeld een smartphone of tablet) ook met andere eindapparatuur (een andere tablet of smartphone) gebruik te maken van de internettoegangsdienst (tethering)?

2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

Dient artikel 3, leden 1 en 2, van die verordening aldus te worden uitgelegd dat de vrijheid van de eindgebruiker om de eindapparatuur te kiezen op ontoelaatbare wijze wordt beperkt indien tethering weliswaar niet contractueel verboden of **[or. 3]** technisch beperkt wordt, maar via tethering verbruikte datavolumes krachtens een contractueel beding, anders dan zonder tethering verbruikte datavolumes, niet onder een zero-rating-

aanbieding vallen, doch op een basisvolume worden aangerekend en bij overschrijding daarvan afzonderlijk in rekening worden gebracht?

M o t i v e r i n g:

- 1 Verzoekster is de overkoepelende organisatie van alle 16 consumentenbonden en 25 andere consumenten- en maatschappelijke organisaties in Duitsland. Zij is opgenomen op de lijst van gekwalificeerde instellingen als bedoeld in § 4 van het Unterlassungsklagegesetz (wet inzake verbodsacties).
- 2 Verweerster is een aanbieder van mobielecommunicatiediensten. Bij een aantal van haar tarieven voor mobiele communicatie biedt zij zogenoemde Vodafone-passen aan („Chat-Pass”, „Social-Pass”, „Music-Pass”, „Video-Pass”). De consumenten kunnen – bij afsluiting van een basisovereenkomst sinds oktober 2017 – gratis voor een dergelijke pas kiezen, voor bijkomende passen moet een extra vergoeding worden betaald. Met een dergelijke pas kunnen de consumenten door middel van apps die verzoekster daartoe heeft geselecteerd, gebruikmaken van bepaalde mobielecommunicatiediensten zonder dat de daarbij benutte datavolumes worden aangerekend op de in hun mobielecommunicatietarief vastgestelde basisdatavolumes. In verzoeksters algemene voorwaarden is het volgende bepaald:
 - „b) Het dataverbruik bij gebruik via tethering (hotspot) [...] wordt aangerekend op het bij het tarief horende basisdatavolume.
 - c) De Vodafone-pas geldt uitsluitend in Duitsland. In het buitenland wordt het gebruik van de in de pas opgenomen apps aangerekend op het in het tarief begrepen datavolume.”
- 3 Verzoekster bekritiseert deze clausules, alsmede andere clausules, die in casu niet relevant zijn. Zij is van mening dat die clausules niet verenigbaar zijn met artikel 3 van de TSM-verordening (clausule b), respectievelijk artikel 6 bis van verordening (EU) nr. 531/2012, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 2015/2120 (roamingverordening) (clausule c). Verweerster bestrijdt dit.
- 4 De Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (federaal toezichthoudend agentschap voor elektriciteit, gas, telecommunicatie en spoorwegen: hierna: „Bundesnetzagentur”) heeft als bevoegde toezichthoudende autoriteit een procedure betreffende clausule b gestaakt, maar met betrekking tot clausule [or. 4] c een verbod uitgevaardigd wegens schending van artikel 6 bis van de roamingverordening. Over het door verzoekster daartegen bij het Verwaltungsgericht Köln (bestuursrechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland) ingestelde beroep tot nietigverklaring is nog niet beslist. Die rechter heeft de behandeling van de zaak inmiddels bij beslissing van 18 november 2019 [omissis] geschorst en een omvangrijk verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de roamingverordening ingediend bij het Hof.

- 5 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg) heeft, na de Bundesnetzagentur te hebben gehoord – voor zover voor de prejudiciële beslissing van belang – verzoekster gelast om clause c niet langer in haar mobielecommunicatieovereenkomsten op te nemen en heeft het beroep betreffende clause b verworpen.
- 6 Het Landgericht heeft met betrekking tot clause b opgemerkt dat tethering contractueel niet wordt uitgesloten en ook technisch gesproken mogelijk is. Clause b is niet gericht tegen bepaalde eindapparatuur, maar maakt het gebruik van andere eindapparatuur via tethering, ongeacht de aard en de herkomst van die apparatuur, slechts minder aantrekkelijk in economisch opzicht. Bovendien kan de SIM-kaart waarmee de pas wordt gebruikt – voor zover technisch mogelijk – ook in andere apparatuur worden ingevoerd.
- 7 Clause c is volgens het Landgericht daarentegen rechtsongeldig omdat zij in strijd is met artikel 6 bis van de roamingverordening. Het basistarief en de pas vormen één enkele dienst van een gereguleerde dataroamingdienst, de Vodafone-pas kan uitsluitend in combinatie met het basistarief worden geboekt en na beëindiging van de overeenkomst betreffende het basistarief niet zelfstandig blijven bestaan.
- 8 Tegen de beslissing van het Landgericht hebben partijen hoger beroep ingesteld met betrekking tot de punten waarop zij in het ongelijk zijn gesteld. De Bundesnetzagentur heeft zijn standpunt kenbaar gemaakt. De beslissing van de Senat hangt af van de uitlegging van de in de prejudiciële vragen genoemde bepalingen. Met betrekking tot clause c, ten aanzien waarvan het Verwaltungsgericht Köln eveneens om een prejudiciële beslissing heeft verzocht (zie punt 4), ziet de verwijzende rechter af van een nieuwe verwijzing. **[or. 5]**
- 9 De twee prejudiciële vragen hebben betrekking op de rechtsgeldigheid van clause b inzake tethering uit het oogpunt van artikel 3 van de TSM-verordening. Partijen twisten over tethering in twee specifieke gevallen:
 - Ten eerste het geval waarin het mobiele toestel als router wordt gebruikt en de data door dat toestel – draadloos of via kabel – aan een ander toestel worden doorgegeven.
 - Ten tweede het geval waarin het mobiele toestel wordt verbonden met een mobiele LTE-router opdat deze de internettoegang via het mobiele toestel tot stand brengt.

Eerste vraag:

- 10 De eerste vraag heeft betrekking op de door partijen op uiteenlopende wijze beoordeelde problematiek of artikel 3, lid 1, van de TSM-verordening het gelijktijdige gebruik van meerdere – direct of indirect op het openbare telecommunicatienet aangesloten – eindapparaten überhaupt regelt.

- 11 Volgens verzoekster volgt uit het gebruik van het meervoud¹ in artikel 3, lid 1, (en in overweging 4) van de TSM-verordening dat deze bepaling ook de mogelijkheid van het gelijktijdige gebruik van meerdere eindapparaten regelt. Bovendien wordt in overweging 5 van de TSM-verordening verwezen naar artikel 1 van richtlijn 2008/63/EG, waarin bepaald is dat zowel direct als indirect op de interface van een openbaar telecommunicatienet aangesloten apparaten als eindapparatuur moeten worden aangemerkt. Vóór een dergelijke uitlegging pleiten ook de „Berec Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ [BoR (16) 127], waarvan punt 27 als volgt luidt:

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

Met deze „guidelines” moet bij de uitlegging van de TSM-verordening in het bijzonder rekening worden gehouden, aangezien Berec volgens verordening (EU) 2018/1971 uitdrukkelijk tot doel heeft bij te dragen tot een consistentere regelgevingspraktijk binnen de Unie. Hiermee is ook de Bundesnetzagentur het principieel eens. [or. 6]

- 12 Verweerster is daarentegen van mening dat uit artikel 3 van de TSM-verordening niet het recht voortvloeit om tegelijkertijd gebruik te maken van een willekeurig aantal eindapparaten, daaronder begrepen niet voor mobiele telefonie geschikte eindapparaten en eindapparaten van derden. Een dergelijke uitlegging zou namelijk tot gevolg hebben dat in feite ook een groot aantal derden in het genot van de prestaties van de aanbieder van mobielecommunicatiediensten zouden kunnen komen, hetgeen tot een onredelijke uitbreiding van haar prestaties zou leiden. Uit overweging 5 volgt dat het enkel gaat om „op het net aan te sluiten” eindapparatuur.

Tweede vraag:

- 13 Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of clause b moet worden beschouwd als een „beperking” in de zin van artikel 3, lid 2, van de TSM-verordening.
- 14 Het Landgericht heeft in aanmerking genomen dat tethering krachtens clause b niet verboden is, maar integendeel – ook in technisch opzicht – mogelijk blijft. Door de clause wordt tethering enkel in economisch opzicht bemoeilijkt.
- 15 Verzoekster is daarentegen van mening dat een „beperking” reeds voortvloeit uit het feit dat economische voordelen die in andere gevallen worden toegekend, bij tethering niet gelden. Welke economische benadeling ook van tethering volstaat om van een beperking te kunnen spreken.

¹ Noot van de vertaler: in de Duitse taalversie wordt het meervoud „Endgeräte” gebezigd, terwijl in de Nederlandse taalversie „eindapparatuur” wordt gebruikt.

- 16 Volgens de Bundesnetzagentur kan weliswaar niet alleen bij technische of contractuele uitsluiting van tethering sprake zijn van een „beperking”, maar dient steeds te worden gelet op de gevolgen. In dit verband verwijst zij naar punt 45 (met nadere toelichtingen in de punten 46-48) van de in punt 10 van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vermelde Berec Guidelines. Daarin staat het volgende te lezen:

„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).”

In casu moet volgens de Bundesnetzagentur in aanmerking worden genomen dat clause b geen betrekking heeft op specifieke eindapparatuur, maar op andere eindapparatuur van welke aard en herkomst ook [or. 7]. Bovendien kan ervan worden uitgegaan dat gebruikers met een flatrate-tarief voor een vaste lijn daarvan gebruikmaken en geen mobiele telefoons voor tethering gebruiken.

[omissis]