

Processo C-5/20

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

7 de janeiro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

17 de dezembro de 2019

Demandante, recorrente e recorrido:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. [Associação Federal dos Centros de Consumo e Associações de Consumidores]

Demandada, recorrente e recorrida:

Vodafone GmbH

[*Omissis*]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF [TRIBUNAL REGIONAL SUPERIOR DE DUSSELDÓRFIA, ALEMANHA]

DESPACHO

no litígio entre

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. [Associação Federal dos Centros de Consumo e Associações de Consumidores] [*omissis*], Berlim

demandante, recorrente e recorrido,

[*Omissis*]

e

Vodafone GmbH, [omissis]

[Omissis] Dusseldórfia

demandada, recorrente e recorrida,

[Omissis]

Sendo interveniente:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen, [Agência Federal das Redes de Eletricidade, Gás, Telecomunicações e Caminhos de Ferro] [omissis] Bona,

a 20.ª Secção Cível do Oberlandesgerichts Düsseldorf [Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia] [omissis], após a audição das partes em 17 de dezembro de 2019,

decidiu:

I.

Suspender a instância.

II.

O Oberlandesgericht Düsseldorf [Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia, Alemanha] submete ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais para interpretação do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, e do Regulamento (UE) n.º 531/2012, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União (JO 2015, L 310, p. 1) (a seguir «Regulamento TSM»):

- «1. Deve o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento TSM ser interpretado no sentido de que o direito dos utilizadores finais de usarem o seu serviço de acesso à Internet em equipamentos terminais à sua escolha também inclui o direito de usufruírem do referido serviço através de um terminal diretamente conectado à interface de uma rede pública de telecomunicações (por exemplo, um *smartphone* ou um *tablet*) utilizando também outros equipamentos terminais como outro *tablet/smartphone (tethering)*?
2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão,

Deve o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, desse regulamento ser interpretado no sentido de que se verifica uma limitação ilícita do direito do utilizador final de escolher o terminal quando o *tethering* não é contratualmente proibido nem

tecnicamente restringido, mas, em virtude do contrato, o volume de dados utilizado através do *tethering*, contrariamente ao volume de dados utilizado sem *tethering*, não está incluído na oferta de *zero-rating* (tarifação zero), sendo imputado a um volume básico e faturado separadamente caso esse volume básico seja ultrapassado?»

Fundamentação:

1. O demandante é a federação que agrupa as dezasseis centrais de consumidores e vinte e cinco outras organizações de defesa dos consumidores e de interesses sociais na Alemanha. Está inscrito na lista das entidades qualificadas nos termos do § 4 da *Unterlassungsklagegesetz* (Lei relativa às Ações Inibitórias).
2. A demandada é uma operadora de serviços de telecomunicações móveis. Nalguns dos tarifários de telemóvel oferece os chamados «Vodafone Pass» («Chat-Pass», «Social-Pass», «Music-Pass» e «Video-Pass»). A partir de outubro de 2017, cada cliente passou a poder escolher gratuitamente um «Pass» ao subscrever um contrato básico. Quando pretenda um «Pass» adicional, tem de pagar um suplemento. Dispondo de um «Pass», os consumidores podem utilizar certos serviços móveis através de aplicações escolhidas para o efeito pela recorrida, sem que o volume de dados associado seja imputado ao volume de dados de base correspondente ao tarifário do telemóvel. As condições gerais são as seguintes:
 - «b) O consumo de dados em caso de utilização de *tethering* (Hotspot) [...] é imputado no volume de dados do tarifário.
 - c) O “Vodafone Pass” só é válido em território nacional. No estrangeiro, a utilização das aplicações incluídas no “Pass” será imputada no volume de dados do tarifário.»
3. O demandante impugna estas cláusulas, além de outras sem relevância para o caso em apreço. Alega que as cláusulas são incompatíveis com o artigo 3.º do Regulamento TSM (cláusula b)) e com o artigo 6.º-A do Regulamento (UE) n.º 531/2012, conforme alterado pelo Regulamento (UE) 2015/2120 (Regulamento da Itinerância) (cláusula c)). A demandada impugna esta asserção.
4. A Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen [Agência Federal das Redes de Eletricidade, Gás, Telecomunicações e Caminhos de Ferro] (a seguir «Bundesnetzagentur»), enquanto autoridade de supervisão competente, iniciou um procedimento relativamente à cláusula b), mas proibiu a cláusula c), por violação do artigo 6.º-A do Regulamento da Itinerância. A ação de impugnação dessa decisão proposta pela demandada no Verwaltungsgericht Köln [Tribunal Administrativo de Colónia, Alemanha] ainda não foi julgada. Entretanto, por Despacho de 18 de novembro de 2019 [omissis], o Verwaltungsgericht Köln decidiu suspender a instância e submeter um extenso pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça para interpretação do Regulamento da Itinerância.

- 5 O Landgericht [Tribunal Regional de Primeira Instância], após ter ouvido a Bundesnetzagentur, no que respeita ao pedido de reenvio prejudicial, condenou a demandada a deixar de incluir a cláusula c) nos contratos de telemóvel e julgou improcedente a ação relativamente à cláusula b).
- 6 No que se refere à cláusula b), o *tethering* não está, pois, contratualmente excluído e também é tecnicamente possível. A cláusula b) não visa certos equipamentos terminais, mas apenas torna a sua utilização através de *tethering* menos atrativa do ponto de vista económico, independentemente da natureza e origem deste. Além disso, desde que seja tecnicamente possível, o cartão SIM utilizado no «Pass» também pode ser introduzido noutros equipamentos terminais.
- 7 Em contrapartida, a cláusula c) é inválida por violar o artigo 6.º-A do Regulamento da Itinerância. A tarifa de base e o «Pass» constituem uma única prestação de um serviço regulamentado de itinerância de dados. O «Vodafone Pass» só pode ser contratado com a tarifa de base, não podendo ser mantido autonomamente após o termo do contrato de base.
- 8 Ambas as partes interpuseram recurso desta decisão na parte em que lhes é desfavorável. A Bundesnetzagentur apresentou alegações. A resolução do litígio por parte desta Secção depende da interpretação a dar às disposições indicadas nas questões prejudiciais. No que respeita à cláusula c), atendendo ao pedido de decisão prejudicial do Verwaltungsgerichts Köln [Tribunal Administrativo de Colónia], que diz respeito à mesma cláusula (v. n.º 4), esta Secção abstém-se de fazer um novo reenvio prejudicial.
- 9 As duas questões prejudiciais têm por objeto a legalidade da cláusula b) à luz artigo 3.º do Regulamento TSM, no que respeita ao *tethering*. O *tethering* é objeto de discussão entre as partes numa dupla perspetiva:
 - por um lado, na perspetiva de o terminal móvel ser utilizado como «router» e os dados serem transmitidos por este a outro dispositivo, sem fios ou através de um cabo;
 - por outro, na perspetiva de o terminal móvel estar ligado a um «router LTE» móvel, o qual faculta o acesso à internet através do terminal móvel.

Quanto à primeira questão:

- 10 A primeira questão versa sobre o problema de saber, abordado de forma diferente pelas partes, se o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento TSM regula, ou não, a utilização simultânea de vários equipamentos terminais (conectados, direta e indiretamente, à rede pública de telecomunicações).
- 11 A demandante considera que o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento TSM também regula a possibilidade de utilização simultânea de vários equipamentos terminais, como decorre da opção pelo plural (tal como no considerando 4 deste regulamento). Além disso, o considerando 5 do Regulamento TSM remete para o

artigo 1.º da Diretiva 2008/63/CE, segundo o qual se entende por equipamento terminal qualquer equipamento ligado direta ou indiretamente ao interface de uma rede pública de telecomunicações. Esta interpretação é igualmente corroborada pelas «BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules» [Diretrizes do BEREC sobre a aplicação das normas de neutralidade da rede na Europa pelas entidades reguladoras nacionais] (BoR (16) 127). No n.º 27, as diretrizes preveem o seguinte:

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

Estas diretrizes devem ser especialmente tidas em conta na interpretação do Regulamento TSM, na medida em que, em conformidade com o Regulamento (UE) 2018/1971, o BEREC tem expressamente por função uniformizar as práticas regulamentares no interior da União. A Bundesnetzagentur manifesta também a sua concordância, em princípio, com esta ideia.

- 12 Pelo contrário, a demandada é da opinião de que o artigo 3.º do Regulamento TSM não regula o direito de se poder utilizar, em simultâneo, tantos equipamentos terminais quanto se queira, incluindo equipamentos terminais que não suportam comunicações móveis e equipamentos terminais de terceiros. Com efeito, tal interpretação conduziria, na prática, a que uma multiplicidade de terceiros também pudesse beneficiar da prestação do operador de telecomunicações móveis, o que implicaria uma extensão desrazoável dos seus serviços. Resulta do considerando 5 que estão apenas em causa equipamentos terminais «de ligação à rede».

Quanto à segunda questão:

- 13 Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, coloca-se a questão de saber se a cláusula b) constitui uma «limitação», na aceção do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento TSM.
- 14 O Landgericht [Tribunal regional de primeira instância] considerou que a cláusula não proíbe o *tethering*, continuando pelo contrário a permiti-lo, também do ponto de vista técnico. Apenas o dificulta do ponto de vista económico.
- 15 Em contrapartida, o demandante entende que constitui, desde logo, uma «limitação» a denegação de vantagens económicas que de outro modo seriam reconhecidas. Basta qualquer tipo de prejuízo económico para o *tethering*.
- 16 A Bundesnetzagentur é da opinião de que a «limitação» não existe apenas no caso de uma exclusão técnica ou contratual de um *tethering*, mas depende em qualquer caso das consequências da medida, remetendo a este respeito para o n.º 45 (e para

os esclarecimentos adicionais dos n.ºs 46 a 48) das Diretrizes do BEREC referidas no n.º 1[1 *] do presente despacho:

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).

Neste caso, é preciso ter em conta o facto de a cláusula b) não dizer respeito a certos equipamentos terminais, mas sim a muitos, qualquer que seja a sua natureza e origem. Além disso, os utilizadores que dispõem de um tarifário plano para a rede fixa utilizam esta última, e não os dispositivos móveis para o *tethering*.

[Omissis]

* N. do T.: No original alemão refere se, decerto por lapso, o n.º 10.