

**Causa C-5/20**

**Domanda di pronuncia pregiudiziale**

**Data di deposito:**

7 gennaio 2020

**Giudice del rinvio:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

**Data della decisione di rinvio:**

17 dicembre 2019

**Ricorrente in primo grado, ricorrente e resistente in appello:**

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

**Resistente in primo grado, ricorrente e resistente in appello:**

Vodafone GmbH

---

[OMISSIS]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**ORDINANZA**

nella causa

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., [OMISSIS] Berlino, Germania

ricorrente, ricorrente e resistente in appello,

[OMISSIS]

contro

Vodafone GmbH, [OMISSIS]

[OMISSIS] Düsseldorf

resistente, ricorrente e resistente in appello,

[OMISSIS]

Interveniente nel procedimento:

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

in data 17 dicembre 2019, sentite le parti, la ventesima Sezione Civile  
dell'Oberlandesgericht (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf)

così ha deciso:

I.

Il procedimento è sospeso.

II.

L'Oberlandesgericht Düsseldorf sottopone alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali relative all'interpretazione del regolamento (UE) n. 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (GU L 310 del 26.11.2015, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento TSM»):

1. Se l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento TSM, debba essere interpretato nel senso che il diritto degli utenti finali di utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta tramite il loro servizio di accesso a Internet comprenda il diritto di utilizzare tale servizio tramite un'apparecchiatura terminale (ad esempio *smartphone*, *tablet*) direttamente collegata all'interfaccia della rete pubblica di telecomunicazioni, anche con altre apparecchiature terminali (altro *tablet/smartphone*) (*tethering*).
2. In caso di risposta affermativa alla prima questione,

Se l'articolo 3, punti 1 e 2, di tale regolamento, debba essere interpretato nel senso che esso costituisca una restrizione inammissibile alla facoltà di scelta delle apparecchiature terminali da parte dell'utente finale, qualora il *tethering* non sia vietato per contratto, né **[Or. 3]** limitato dal punto di vista tecnico ma, a differenza dei volumi di dati utilizzati senza *tethering* sulla base di un accordo contrattuale, i volumi di dati utilizzati tramite *tethering* non siano ricompresi in un'offerta *zero rating*, ricadendo invece nel calcolo di un volume di base e addebitati separatamente in caso di eccedenza.

## Motivazioni:

- 1 La ricorrente in primo grado (in prosiegua: la “ricorrente”) è la federazione che riunisce tutti i 16 centri per i consumatori e di ulteriori 25 organizzazioni dei consumatori e ad orientamento sociale in Germania. Essa è registrata nell’elenco degli organismi qualificati a norma dell’articolo 4 dell’Unterlassungsklagegesetz (legge in materia di azioni inibitorie).
- 2 La resistente in primo grado (in prosiegua: la “resistente”) è un fornitore di servizi di comunicazioni mobili. Per alcune delle sue tariffe di telefonia mobile essa offre i cosiddetti «Vodafone Pass» («Chat Pass», «Social Pass», «Music Pass», «Video Pass»). I consumatori che hanno sottoscritto un contratto primario dall’ottobre 2017, possono aggiungere un Pass gratuitamente; per avere Pass supplementari, devono corrispondere una tariffa supplementare. Un Pass consente ai consumatori di utilizzare determinati servizi di telefonia mobile tramite *apps* appositamente selezionate dalla resistente, senza che i relativi volumi di dati vengano imputati ai volumi di dati di base specificati nel piano tariffario individuale. Le condizioni generali di contratto della resistente specificano quanto segue:
  - «b) Il consumo di dati tramite *tethering (hotspot)* [...] è imputato al volume di dati compreso nella tariffa.
  - c) Il Pass Vodafone è valido solo nel territorio nazionale. All’estero, l’utilizzo delle *apps* incluse nel Pass è imputato al volume di dati compreso nella tariffa».
- 3 Tali clausole - oltre ad altre clausole che esulano dal caso in questione – sono contestate dalla ricorrente. Quest’ultima sostiene che le clausole sarebbero incompatibili con l’articolo 3 del regolamento TSM [clausola b)] e con l’articolo 6 bis del regolamento (UE) n. 531/2012, modificato dal regolamento (UE) n. 2015/2120 («regolamento sul roaming») [clausola c)]. La resistente ha contestato tale affermazione.
- 4 La Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (Agenzia federale per le reti di elettricità, gas, telecomunicazioni, posta e ferrovie, in prosiegua: la «Bundesnetzagentur»), in qualità di autorità di controllo competente, ha archiviato un procedimento riguardante la clausola b), disponendo peraltro un divieto in relazione alla clausola c) **[Or. 4]** per violazione dell’articolo 6 bis del regolamento sul roaming. È tuttora pendente il ricorso di annullamento proposto dalla resistente dinanzi al Verwaltungsgericht Köln (Tribunale amministrativo di Colonia). Medio tempore, il Verwaltungsgericht Köln ha sospeso il procedimento con ordinanza del 18 novembre 2019 [OMISSIS] ed ha sottoposto alla Corte di giustizia una dettagliata domanda di pronuncia pregiudiziale sull’interpretazione del regolamento sul roaming.
- 5 Il Landgericht, sentita la Bundesnetzagentur, ha ingiunto alla resistente di desistere dall’inserire la clausola c) nei contratti di servizi di comunicazioni mobili, per quanto pertinente ai fini della decisione di rinvio, respingendo il ricorso con riferimento alla clausola b).

- 6 Per quanto riguarda la clausola b), il *tethering* non sarebbe escluso per contratto e sarebbe anche tecnicamente possibile. La clausola b) non riguarderebbe apparecchiature terminali specifiche, ma si limiterebbe a rendere economicamente meno attraente l'uso di ulteriori apparecchiature terminali tramite tethering, indipendentemente dal loro tipo e origine. Inoltre, la carta SIM con cui viene utilizzato il Pass potrebbe, per quanto tecnicamente possibile, essere inserita anche in altre apparecchiature.
- 7 La clausola c), per contro, sarebbe invalida perché violerebbe l'articolo 6 bis del regolamento sul roaming. La tariffa di base e il Pass costituirebbero una prestazione unica di un servizio di dati in *roaming* regolamentato; il Pass Vodafone può essere prenotato solo insieme alla tariffa di base e non può continuare ad esistere autonomamente dopo la risoluzione del contratto riguardante la tariffa di base.
- 8 Entrambe le parti hanno impugnato la decisione nella parte loro sfavorevole. La Bundesnetzagentur ha presentato proprie osservazioni. La decisione di questo Collegio dipende dall'interpretazione delle disposizioni cui si fa riferimento nelle questioni pregiudiziali. Per quanto riguarda la clausola c), questo Collegio soprassiede alla sottoposizione di nuovo rinvio in considerazione dell'ordinanza di rinvio del Verwaltungsgerichts Köln (cfr. punto 4), riguardante la stessa clausola. **[Or. 5]**
- 9 Le due questioni sollevate riguardano l'efficacia della clausola b) riguardante il *tethering*, rispetto all'articolo 3 del regolamento TSM. Il *tethering* è oggetto di controversia inter partes parti in due diverse ipotesi:
- Da un lato, nell'ipotesi in cui il dispositivo di telefonia mobile viene utilizzato come *router* e i dati vengono trasmessi, senza fili o via cavo, da esso ad un altro dispositivo.
  - Dall'altro, nell'ipotesi in cui il dispositivo di telefonia mobile sia collegato a un router LTE mobile e il *router* stabilisca l'accesso a Internet tramite il dispositivo di telefonia mobile.

*Sulla prima questione:*

- 10 La prima questione riguarda la questione, cui le parti hanno dato risposte diverse, se l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento TSM, disciplini o meno l'uso simultaneo di più apparecchiature terminali collegate direttamente e indirettamente alla rete pubblica di telecomunicazioni.
- 11 Secondo la ricorrente, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento TSM, disciplinerebbe anche la possibilità di utilizzare più apparecchiature terminali contemporaneamente, fatto che risulterebbe dalla scelta del plurale (analogamente al considerando 4 del regolamento TSM). Inoltre, il considerando 5 del regolamento TSM farebbe riferimento all'articolo 1 della direttiva 2008/63/CE,

secondo cui le apparecchiature collegate direttamente o indirettamente all'interfaccia di una rete pubblica di telecomunicazioni costituirebbero apparecchiature terminali. A favore di tale interpretazione deporrebbero anche le «BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules» (BoR (16) 127). Al considerando 27 esse prevedono quanto segue:

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

Nell'interpretazione del regolamento TSM, particolare attenzione dovrebbe essere rivolta a tali «Guidelines», dal momento che il BEREC è esplicitamente inteso ad armonizzare le pratiche di regolamentazione all'interno dell'Unione, come previsto dal regolamento (UE) n. 2018/1971. La Bundesnetzagentur concorda in linea di principio. **[Or. 6]**

- 12 Per contro, la resistente ritiene che l'articolo 3 del regolamento TSM non disciplini il diritto di utilizzare di propria scelta contemporaneamente un numero qualsiasi di apparecchiature terminali, comprese apparecchiature terminali non mobili e di terzi. Una tale interpretazione implicherebbe, in pratica, che anche numerosi terzi potrebbero beneficiare dei servizi del fornitore di comunicazioni mobili, il che porterebbe ad un'estensione inaccettabile dei propri servizi. Dal considerando 5 si evince che si tratterebbe solo delle apparecchiature terminali che «collegano alla rete».

*Sulla seconda questione:*

- 13 In caso di soluzione affermativa della prima questione, viene sollevata l'ulteriore questione se la clausola b) costituisca una «restrizione» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento TSM.
- 14 Il Landgericht ha ritenuto che la clausola non vieti il *tethering* e che, anzi, quest'ultimo rimanga possibile anche dal punto di vista tecnico, ma che sia economicamente più svantaggioso.
- 15 Al contrario, la ricorrente sostiene che una «restrizione» sussisterebbe già nella negazione di vantaggi economici altrimenti concessi. Uno svantaggio economico di qualsiasi tipo di *tethering* sarebbe sufficiente.
- 16 Secondo la Bundesnetzagentur, sarebbe pur vero che una «restrizione» potrebbe sussistere non nel caso in cui il *tethering* sia escluso dal punto di vista tecnico o per contratto, dipendendo sempre dalle conseguenze; essa si richiama al punto 45 (con ulteriori spiegazioni ai punti da 46 a 48) delle linee guida del BEREC, di cui al punto 10, che così recitano:

*«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 questo caso, andrebbe tenuto presente che la clausola b) non riguarderebbe apparecchiature terminali specifiche, ma ulteriori apparecchiature terminali **[Or. 7]** di qualsiasi tipo e origine. Inoltre, gli utenti che dispongono di una tariffa forfettaria per una linea fissa, utilizzerebbero per il *tethering* quest'ultima, e non un dispositivo di telefonia mobile.

[OMISSIS]