



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

2 september 2021 *

„Prejudiciële verwijzing – Elektronische communicatie – Verordening (EU) 2015/2120 – Artikel 3 – Open-internettoegang – Artikel 3, lid 1 – Rechten van eindgebruikers – Artikel 3, lid 2 – Verbod op overeenkomsten en commerciële praktijken die de uitoefening van de rechten van eindgebruikers beperken – Artikel 3, lid 3 – Verplichting tot gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer – Mogelijkheid om redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen – Extra ‚zero-rating‘-tariefopie – Beperking van *tethering*”

In zaak C-5/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) bij beslissing van 17 december 2019, ingekomen bij het Hof op 7 januari 2020, in de procedure

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband eV**

tegen

Vodafone GmbH,

in tegenwoordigheid van:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: N. Wahl (rapporteur), kamerpresident, F. Biltgen en J. Passer, rechters,

advocaat-generaal: E. Tanchev,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Duits.

gelet op de opmerkingen van:

- het Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV, vertegenwoordigd door T. Rader, Rechtsanwalt,
- Vodafone GmbH, vertegenwoordigd door D. Herrmann, Rechtsanwältin,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door J. Möller en D. Klebs als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M.K. Bulterman en M. Noort als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door A. Posch als gemachtigde,
- de Roemeense regering, vertegenwoordigd door E. Gane, A. Wellman en L. Lițu als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braun, T. Scharf en L. Nicolae als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3, leden 1 en 2, 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 elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen het Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV (overkoepelende vereniging van consumentenorganisaties, Duitsland; hierna: „Bundesverband”) en Vodafone GmbH, inzake het gebruik door laatstgenoemde van bepaalde standaardclausules in haar overeenkomsten.

Toepasselijke bepalingen

- 3 De overwegingen 6, 8 en 9 van verordening 2015/2120 luiden als volgt:
„(6) Eindgebruikers moeten het recht hebben om via hun internettoegangsdienst toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en zonder discriminatie toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden. [...]

[...]

- (8) Bij het aanbieden van de internettoegangsdiensten moeten aanbieders van die diensten alle verkeer gelijk behandelen, zonder discriminatie, beperking of inmenging, ongeacht de afzender of ontvanger, de inhoud, toepassing of dienst, of de eindapparatuur. Volgens de algemene beginselen van het Unierecht en de vaste rechtspraak mogen vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en mogen verschillende situaties niet op dezelfde wijze worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.
- (9) Het doel van redelijk verkeersbeheer is om bij te dragen aan een efficiënt gebruik van netwerkmiddelen en een optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, in reactie op de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening voor specifieke categorieën verkeer, en daarmee van de doorgegeven inhoud, toepassingen en diensten. De door de aanbieders van internettoegangsdiensten toegepaste redelijke verkeersbeheersmaatregelen moeten transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn en mogen niet ingegeven zijn door commerciële overwegingen. Het voorschrift dat verkeersbeheersmaatregelen niet-discriminerend moeten zijn, belet niet dat aanbieders van internettoegangsdiensten, met het oog op de optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, verkeersbeheersmaatregelen toepassen die een onderscheid maken tussen objectief verschillende categorieën verkeer. Dergelijke differentiëringen mogen, teneinde de algehele kwaliteit en de ervaring van de gebruikers te optimaliseren, alleen worden toegestaan op basis van de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de specifieke categorieën verkeer [bijvoorbeeld wat betreft latentietijd („latency”), variatie in vertraging („jitter”), pakketverlies en bandbreedte], en niet op basis van commerciële overwegingen. Dergelijke differentiërende maatregelen moeten in verhouding staan tot de doelstelling de algehele kwaliteit te optimaliseren, en moeten gelijkwaardig verkeer gelijk behandelen. Deze maatregelen mogen niet langer dan nodig is in stand worden gehouden.”

4 Artikel 1 van deze verordening heeft als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied” en bepaalt in lid 1 het volgende:

„Bij deze verordening worden gemeenschappelijke regels vastgesteld om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen.”

5 Artikel 3 van die verordening, met het opschrift „Waarborgen van open-internettoegang”, bepaalt in de leden 1 tot en met 3:

„1. Eindgebruikers hebben het recht om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden, en gebruik te maken van de eindapparatuur van hun keuze, ongeacht de locatie van de eindgebruiker of de aanbieder, en ongeacht de locatie, herkomst of bestemming van de informatie, inhoud, toepassing of dienst, via hun internettoegangsdienst.

[...]

2. Overeenkomsten tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers over commerciële en technische voorwaarden en de kenmerken van internettoegangsdiensten zoals prijs, datavolumes of snelheid, en alle commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken.

3. Aanbieders van internettoegangsdiensten behandelen bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie, en ongeacht de verzender en de ontvanger, de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid, de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten, of de gebruikte eindapparatuur.

De eerste alinea belet aanbieders van internettoegangsdiensten niet redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen. Om als redelijk te worden beschouwd, moeten die maatregelen transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en mogen zij niet berusten op commerciële overwegingen, maar op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer [...]. Zulke maatregelen mogen niet inhouden [dat] de specifieke inhoud [wordt] gevolgd, en zij worden niet langer dan nodig aangehouden.

Aanbieders van internettoegangsdiensten treffen geen verkeersbeheersmaatregelen die verder gaan dan de in de tweede alinea bedoelde maatregelen, en gaan met name niet over tot het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of specifieke categorieën daarvan, behalve indien – en slechts zolang – dit nodig is om:

- a) te voldoen aan de wetgevingshandelingen van de Unie of de nationale wetgeving die in overeenstemming is met het Unierecht, waar de aanbieder van de internettoegangsdiensten onder valt, of aan de met het Unierecht in overeenstemming zijnde maatregelen ter uitvoering van dergelijke wetgevingshandelingen van de Unie of dergelijke nationale wetgeving, met inbegrip van beslissingen van rechters of overheidsinstanties die ter zake bevoegd zijn;
- b) de integriteit en de veiligheid van het netwerk, van de diensten die via dit netwerk worden aangeboden en van de eindapparatuur van de eindgebruikers te beschermen;
- c) nakende netwerkcongestie te voorkomen en de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie te beperken, op voorwaarde dat gelijkwaardige soorten verkeer gelijk worden behandeld.”

Hoofding en prejudiciële vragen

- 6 Het Bundesverband is een koepelorganisatie van de 16 consumentenbonden van de deelstaten en andere organisaties die in Duitsland actief zijn op het gebied van consumentenbescherming.
- 7 Vodafone is een onderneming die actief is in de sector informatie- en communicatietechnologie. Zij stelt haar klanten voor om bij het basistarief gratis „zero-rating”-tariefopties te nemen die worden aangeduid als „Vodafone Pass” („Video-Pass”, „Music-Pass”, „Chat-Pass” en „Social-Pass”). Deze tariefopties maken het gebruik van diensten van partnerondernemingen van Vodafone mogelijk zonder dat het bijbehorende dataverbruik wordt aangerekend op de bij het basistarief horende datavolumes. De verlaging van de transmissiesnelheid na uitputting van de bij het basistarief horende datavolumes betreft echter ook het gebruik van de diensten van de partnerondernemingen. De eerstgekozen tariefoptie is reeds begrepen in het basistarief, en de klanten kunnen tegen betaling van een toeslag nog andere tariefopties nemen.

- 8 Met betrekking tot deze tariefopties bevatten de algemene contractvoorwaarden onder meer de volgende standaardclausule: „Het dataverbruik bij gebruik via *tethering (hotspot)* [...] wordt aangerekend op het bij het tarief horende basisdatavolume”.
- 9 De Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (federaal toezichthoudend agentschap voor elektriciteit, gas, telecommunicatie, post en spoorwegen, Duitsland; hierna: „Bundesnetzagentur”) heeft in het kader van zijn toezicht een procedure inzake de rechtmatigheid van die clausule gestaakt.
- 10 Het Bundesverband heeft beroep ingesteld bij het Landgericht Düsseldorf (rechter in eerste aanleg Düsseldorf, Duitsland), teneinde het gebruik van de genoemde clausule te doen verbieden. Na de Bundesnetzagentur te hebben gehoord, heeft deze rechter dit beroep verworpen op grond dat *tethering* niet contractueel was uitgesloten en bovendien technisch mogelijk bleef.
- 11 Hoger beroep is ingesteld bij de verwijzende rechter, het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland), dat zich afvraagt of die clausule geldig is in het licht van artikel 3, leden 1 en 2, van verordening 2015/2120.
- 12 Daarop heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf, dat van oordeel was dat uitlegging van het Unierecht noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Dient artikel 3, lid 1, van [verordening 2015/2120] 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 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?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 13 Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3 van verordening 2015/2120 aldus moet worden uitgelegd dat een beperking van *tethering* door eindgebruikers wegens de activering van een „*zero-rating*”-tariefoptie, onverenigbaar is met de verplichtingen die voortvloeien uit de leden 1 en 2 van dat artikel.
- 14 Vooraf dient te worden aangegeven dat een „*zero-rating*”-tariefoptie een handelspraktijk is waarbij een internetprovider een nultarief of een gunstiger tarief toepast op het gehele of een deel van het dataverkeer dat verband houdt met een toepassing of een categorie specifieke toepassingen die door de partners van die internetprovider worden aangeboden. Deze data worden dus niet

aangerekend op de in het kader van het basistarief aangekochte datavolumes. Een dergelijke optie, die wordt aangeboden in het kader van beperkte databundels, stelt internetproviders aldus in staat hun aanbod aantrekkelijker te maken.

- 15 De aan het Hof gestelde vragen, die ertoe strekken de verwijzende rechter in staat te stellen zich uit te spreken over de rechtmatigheid van gebruiksvoorwaarden die samengaan met een „zero-rating”-tariefopie, berusten dus op de premisse dat een dergelijke tariefopie zelf wel verenigbaar is met het Unierecht, en met name met artikel 3 van verordening 2015/2120, waarin de wetgever het beginsel van openheid en neutraliteit van internet heeft willen vastleggen.
- 16 Artikel 3, lid 1, van verordening 2015/2120, gelezen in samenhang met overweging 6 van deze verordening, bepaalt dat eindgebruikers niet alleen het recht hebben om toegang te krijgen tot informatie en inhoud, toepassingen en diensten te gebruiken, en informatie en inhoud te verspreiden, maar ook om toepassingen en diensten aan te bieden.
- 17 Overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120 mogen overeenkomsten tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers, evenals de commerciële praktijken van deze aanbieders, de uitoefening van de in lid 1 van dit artikel bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken.
- 18 Artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 bepaalt allereerst in de eerste alinea ervan dat aanbieders van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze behandelen, zonder discriminatie, beperking of interferentie, en ongeacht onder andere de gebruikte toepassingen of diensten.
- 19 Vervolgens staat in de tweede alinea van dat artikel 3, lid 3, te lezen dat de eerste alinea ervan aanbieders van internettoegangsdiensten niet belet redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen, waarbij wordt gepreciseerd dat die maatregelen, om als redelijk te worden beschouwd, ten eerste transparant, niet-discriminerend en evenredig moeten zijn, ten tweede niet mogen berusten op commerciële overwegingen maar op objectief technische verschillen tussen bepaalde categorieën verkeer, en ten derde niet mogen inhouden dat de inhoud wordt gevolgd en niet langer dan nodig mogen worden aangehouden.
- 20 Ten slotte bepaalt de derde alinea van artikel 3, lid 3, dat aanbieders van internettoegangsdiensten geen verkeersbeheersmaatregelen mogen treffen die verder gaan dan de in de tweede alinea bedoelde maatregelen, en met name niet mogen overgaan tot het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of specifieke categorieën daarvan, behalve indien – en slechts zolang – dit nodig is om te voldoen aan de wetgevingshandelingen van de Unie, aan nationale wetgeving die in overeenstemming is met het Unierecht of aan maatregelen ter uitvoering van dergelijke wetgevingshandelingen van de Unie of dergelijke nationale wetgeving, dan wel om de integriteit en de veiligheid van het netwerk, van de diensten die via dit netwerk worden aangeboden en van de eindapparatuur van de eindgebruikers te beschermen, of nog om een netwerkcongestie te voorkomen of de effecten ervan te beperken.
- 21 Al deze bepalingen strekken ertoe, zoals volgt uit artikel 1 van verordening 2015/2120, de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen (zie in die zin arrest van 15 september 2020, Telenor Magyarország, C-807/18 en C-39/19, EU:C:2020:708, punten 23-27).

- 22 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat het Hof de gelegenheid heeft gehad te verduidelijken dat wanneer de gedraging van een aanbieder van internettoegangsdiensten onverenigbaar is met artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, ervan kan worden afgezien te bepalen of deze gedraging in overeenstemming is met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 3, lid 2, van die verordening (zie in die zin arrest van 15 september 2020, Telenor Magyarország, C-807/18 en C-39/19, EU:C:2020:708, punt 28).
- 23 Bijgevolg kan niet-nakoming van de verplichting om alle verkeer gelijk te behandelen niet worden gerechtvaardigd op grond van het beginsel van contractvrijheid waarin artikel 3, lid 2, van deze verordening voorziet.
- 24 In de tweede plaats heeft het Hof tevens benadrukt dat artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120 zich verzet tegen elke maatregel die in strijd is met de verplichting om het verkeer gelijk te behandelen wanneer deze maatregel op commerciële overwegingen berust.
- 25 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat – zoals volgt uit punt 18 van het onderhavige arrest – de eerste alinea van artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, gelezen in het licht van overweging 8 van die verordening, aanbieders van internettoegangsdiensten een algemene verplichting oplegt om het verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie, te behandelen, waarvan in geen geval kan worden afgeweken door middel van commerciële praktijken van deze aanbieders of overeenkomsten die tussen die aanbieders en eindgebruikers zijn gesloten (arrest van 15 september 2020, Telenor Magyarország, C-807/18 en C-39/19, EU:C:2020:708, punt 47).
- 26 Voorts blijkt uit de tweede alinea van artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, alsook uit overweging 9 ervan, in het licht waarvan deze alinea moet worden gelezen, dat aanbieders van internettoegangsdiensten deze algemene verplichting weliswaar dienen na te leven, maar de mogelijkheid behouden om redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen. Deze mogelijkheid hangt echter met name af van de voorwaarde dat die maatregelen berusten op „objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de specifieke categorieën verkeer” en niet zijn ingegeven door „commerciële overwegingen”. Maatregelen van een aanbieder van internettoegangsdiensten jegens een eindgebruiker die zonder op dergelijke objectieve verschillen te berusten ertoe leiden dat de inhoud, toepassingen of diensten die door de verschillende aanbieders van inhoud, toepassingen of diensten worden aangeboden, niet op gelijke wijze en zonder discriminatie worden behandeld, moeten in het bijzonder worden geacht te berusten op dergelijke „commerciële overwegingen” (arrest van 15 september 2020, Telenor Magyarország, C-807/18 en C-39/19, EU:C:2020:708, punt 48).
- 27 Een „zero-rating”-tariefopie, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, maakt op basis van commerciële overwegingen een onderscheid binnen het internetverkeer, doordat het verkeer naar toepassingen van partnerondernemingen niet wordt aangerekend op het basistarief. Bijgevolg voldoet een dergelijke handelspraktijk niet aan de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening 2015/2120 neergelegde algemene verplichting om het verkeer gelijk te behandelen zonder discriminatie of interferentie.
- 28 Benadrukt moet worden dat deze niet-nakoming, die voortvloeit uit de aard zelf van een dergelijke tariefopie vanwege de stimulans die ervan uitgaat, blijft voortduren ongeacht de mogelijkheid om na uitputting van het basistarief al dan niet verder vrij toegang te verkrijgen tot de door de partnerondernemingen van de internetprovider verstrekte inhoud.

- 29 Bovendien is het weinig relevant of een dergelijke optie deel uitmaakt van een overeenkomst in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening 2015/2120, zoals in punt 23 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, of dat daarmee wordt beoogd te voldoen aan een werkelijke vraag van de klant of van de aanbieder van inhoud.
- 30 Ten slotte kunnen de uitzonderingen voor beheersmaatregelen daarbij geen rol spelen, aangezien dergelijke maatregelen volgens artikel 3, lid 3, tweede alinea, van verordening 2015/2120 niet mogen berusten op commerciële strategieën van de internetprovider.
- 31 Uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie blijkt dat de beperking van *tethering*, waarop alle vragen van deze rechter betrekking hebben, uitsluitend wordt toegepast wegens de activering van de „zero-rating”-tariefoptie.
- 32 Aangezien een dergelijke tariefoptie in strijd is met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 3, lid 3, van verordening 2015/2120, blijft deze strijdigheid voortbestaan, ongeacht de vorm of de aard van de voorwaarden voor het gebruik van de voorgestelde tariefopties, zoals de beperking van *tethering* in het hoofdgeding.
- 33 Gelet op een en ander dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 3 van verordening 2015/2120 aldus moet worden uitgelegd dat een beperking van *tethering* wegens de activering van een „zero-rating”-tariefoptie onverenigbaar is met de verplichtingen die voortvloeien uit lid 3 van dat artikel.

Kosten

- 34 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3 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 elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie moet aldus worden uitgelegd dat een beperking van *tethering* wegens de activering van een „zero-rating”-tariefoptie onverenigbaar is met de verplichtingen die voortvloeien uit lid 3 van dat artikel.

ondertekeningen