

Europa

Computerrecht 2019/217

Hof van Justitie van de Europese Unie 5 juni 2019, nr. C-142/18
(Mrs. M. Vilaras, K. Jürimäe, D. Šváby, S. Rodin en N. Piçarra)
m.nt. mr. M.I. Robichon & mr. J. van de Velde¹ onder *Computerrecht 2019/218*

(Art. 2, onder c Kaderrichtlijn)

ECLI:EU:C:2019:460

De aanbieder van een dienst om via internet naar een mobiel of vast telefoonnummer te bellen is een aanbieder van een elektronische-communicatiedienst. Skype draagt er namelijk bij de dienst SkypeOut zorg voor dat het contact met het telefoonnummer tot stand komt. De e-maildienst die Google aanbiedt kwalificeert niet als een elektronische-communicatiedienst, aangezien deze niet geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen. Twee uitspraken over de kwalificatie van communicatiediensten (zie ook *Computerrecht 2019/218*).

Arrest in de zaak van:
Skype Communications
tegen
Belgisch instituut voor Postdiensten en telecommunicatie (BIPT)

(...)

Hoofdedging en prejudiciële vragen

8 De vennootschap Skype Communications is de ontwikkelaar van communicatiesoftware met de benaming Skype, waarmee de gebruiker die deze software installeert op een terminal – te weten een computer, tablet of smartphone – kan gebruikmaken van een spraaktelefonie- en teleconferentiedienst van apparaat tot apparaat. SkypeOut is een functionaliteit die aan de Skype-software is toegevoegd en die de gebruiker in staat stelt om vanaf een terminal naar een vaste of mobiele telefoonlijn telefoongesprekken te voeren door gebruik te maken van het *Internet Protocol* (IP) [internetprotocol (IP)] en meer bepaald van de zogenaamde “Voice over IP”-techniek (VoIP) [“spraak over IP” (VoIP)]. Met SkypeOut kunnen daarentegen geen telefonische oproepen worden ontvangen van gebruikers van Belgische telefoonnummers.

9 De via SkypeOut aangeboden dienst is een zogenoemde over-the-topdienst (“OTT-dienst”), dat wil zeggen een dienst die op het internet beschikbaar is zonder enige

betrokkenheid van een traditionele exploitant van communicatiediensten.

10 De dienst SkypeOut is voor gebruikers beschikbaar op basis van twee tariefplannen, te weten een prepaidformule en verschillende abonnementen die recht geven op een bepaald volume aan telefoongesprekken per maand tegen een vaste prijs.

11 Technisch gezien vereist het gebruik van SkypeOut een door een internet access provider (hierna: “IAP”) aangeboden internetverbinding en de tussenkomst van aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren zijn gemachtigd om oproepen naar het openbaar geschakeld telefoonnet (PSTN) over te brengen en daaraan af te geven. Met deze aanbieders heeft Skype Communications overeenkomsten gesloten en zij vergoedt hun tussenkomst via afgiftetarieven [*fixed termination rates* (FTR) of *mobile termination rates* (MTR)].

12 Bij brieven van 11 mei en 9 augustus 2011 heeft het BIPT Skype Communications verzocht om dit instituut overeenkomstig artikel 9, § 1, WEC kennis te geven van haar diensten. Bij deze brieven had het BIPT een kennisgevingsformulier gevoegd.

13 Op 24 augustus 2011 heeft Skype Communications geantwoord dat zij geen enkele activiteit uitoefende in België en zelf geen enkel signaal overbracht, zodat zij hoe dan ook geen enkele elektronische-communicatiedienst aanbood zoals dergelijke diensten worden gedefinieerd in de kaderrichtlijn. Daarnaast wees zij erop dat zij voor de functionaliteit SkypeOut een beroep deed op internationale exploitanten die zelf de signalen overbrachten.

14 Op 14 augustus 2013 heeft het BIPT opnieuw naar Skype Communications geschreven, waarbij het haar erop wees dat zij voor de dienst SkypeOut niet voldeed aan de verplichting tot kennisgeving. Het BIPT voerde aan dat SkypeOut wel degelijk deel uitmaakte van een “elektronische-communicatiedienst” in de zin van artikel 2, 5°, WEC. Dat gebruik wordt gemaakt van een nummerplan, toont namelijk aan dat het gaat om een dienst die meer is dan enkel een webapplicatie en die niet valt onder de voor inhoud gemaakte uitzondering die is vermeld in de definitie van een elektronische-communicatiedienst. Daarnaast betekent het feit dat Skype Communications geen signalen overbrengt via elektronische-communicatienetwerken, niet dat het onmogelijk is dat zij daadwerkelijk elektronische-communicatiediensten aanbiedt. Ten slotte is de dienst SkypeOut gericht op gebruikers die op het Belgische grondgebied verblijven.

15 Op 13 december 2013 heeft Skype Communications het standpunt van het BIPT bestreden door aan te voeren dat haar uit het Belgische nummerplan geen nummers waren toegekend. Dat gesprekken worden afgegeven aan nummers die behoren tot het Belgische nummerplan kan volgens haar redelijkerwijs niet aldus worden opgevat dat daardoor de status van elektronische-communicatiedienst wordt toegekend. Elke andere uitlegging zou ertoe leiden dat iedere exploitant van telecommunicatiediensten ter wereld onderworpen zou zijn aan de Belgische kennisgevingsregeling voor elektronische-communicatiediensten,

¹ Machteld Robichon en Jacob van de Velde zijn advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam.

ook al zou die exploitant een beroep doen op een derde exploitant die naar behoren is gemachtigd om oproepen af te geven aan nummers van het Belgische nummerplan.

16 Op 23 december 2014 heeft het BIPT Skype Communications in kennis gesteld van zijn grieven die betrekking hebben op de niet-naleving van artikel 9, § 1, WEC en op de voorgenomen maatregelen.

17 Na meerdere contacten en hoorzittingen heeft het BIPT op 1 juni 2016 Skype Communications in kennis gesteld van zijn eindbesluit van 30 mei 2016, waarin het BIPT constateerde dat Skype Communications artikel 9, § 1, WEC schond door een elektronische-communicatiedienst aan te bieden zonder de vereiste kennisgeving te hebben gedaan. Bij datzelfde besluit werd Skype Communications gelast om binnen een termijn van maximaal één maand een einde te maken aan de inbreuk en werd haar een binnen zestig dagen te betalen boete van 223 454 EUR opgelegd.

18 Op 29 juli 2016 heeft Skype Communications bij het hof van beroep Brussel (België) een vordering tot vernietiging ingesteld tegen het besluit van het BIPT van 30 mei 2016. Daarnaast heeft Skype Communications het hof van beroep Brussel onder meer verzocht voor recht te verklaren dat SkypeOut geen elektronische-communicatiedienst is, zodat zijzelf geen aanbieder van elektronische-communicatiediensten is. Subsidiar heeft zij het hof van beroep Brussel verzocht om bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen.

19 Op 9 oktober 2017 heeft Microsoft Ireland Operations, die net als Skype Communications deel uitmaakt van de groep Microsoft, het BIPT overeenkomstig artikel 9 WEC kennisgeven van een dienst met de benaming "PSTN Calling" ("oproepen via het PSTN"), waarmee het eveneens mogelijk is om vanaf een computer en via een internetverbinding naar nummers van het PSTN te bellen. Volgens Skype Communications bestaan er belangrijke technische verschillen tussen de dienst "PSTN Calling" en SkypeOut, waardoor het gerechtvaardigd is dat de eerstgenoemde dienst wordt aangemeld als elektronische-communicatiedienst.

20 In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing constateert de verwijzende rechter dat Skype Communications zich, anders dan zij stelt, met een aanbod richt op Belgische ingezetenen, zodat de dienst SkypeOut wel degelijk wordt aangeboden in België. Daarnaast merkt hij op dat tussen partijen in het hoofdgeding in geschil is of de door SkypeOut verrichte dienst geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken. In dit verband benadrukt de verwijzende rechter dat het Hof in zijn arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43), heeft geoordeeld dat "de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan [verzoekende partij] toebehoort, niet relevant is voor [...] de aard van de dienst", aangezien "[d]ienaangaande [...] alleen van belang [is] dat [verzoekende partij] jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd".

21 In deze omstandigheden heeft het hof van beroep Brussel de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Moet volgens de definitie van elektronische-communicatiedienst in artikel 2, onder c), van [de kaderrichtlijn] een via software aangeboden VoIP-dienst waarbij de oproep via een openbaar geschakeld telefoonnet wordt afgegeven aan een vast of mobiel E.164-nummer van een nationaal nummerplan, worden gekwalificeerd als elektronische-communicatiedienst, ook al vormt de internettoegangsdienst waarmee een gebruiker tot die VoIP-dienst toegang heeft, op zich al een elektronische-communicatiedienst, wanneer de softwareaanbieder die dienst tegen vergoeding aanbiedt en met de aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren zijn gemachtigd om oproepen naar het openbaar geschakeld telefoonnet over te brengen en daaraan af te geven, overeenkomsten sluit waardoor de gespreksafgifte aan een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan mogelijk is?

2) Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, blijft het antwoord dan ongewijzigd als er rekening mee wordt gehouden dat de functionaliteit van de software die de spraakoproep mogelijk maakt, slechts een functionaliteit van die software is en de software ook zonder die functionaliteit kan worden gebruikt?

3) Ingeval de [eerste en de tweede vraag] bevestigend worden beantwoord, blijft het antwoord op de eerste vraag dan ongewijzigd als er rekening mee wordt gehouden dat de aanbieder van de dienst in zijn algemene voorwaarden bepaalt dat hij geen aansprakelijkheid jegens de eindgebruiker aanvaardt voor het overbrengen van de signalen?

4) Ingeval de [eerste, de tweede en de derde vraag] bevestigend worden beantwoord, blijft het antwoord op de eerste vraag dan ongewijzigd als er rekening mee wordt gehouden dat de verrichte dienst ook aan de definitie van 'dienst van de informatiemaatschappij' voldoet?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

22 Met zijn vier vragen, die gezamenlijk dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wenz te vernemen of artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het aanbieden door een softwareontwikkelaar van een functionaliteit waarmee een VoIP-dienst ter beschikking wordt gesteld waardoor de gebruiker via het PSTN van een lidstaat vanaf een terminal naar een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan kan bellen, als "elektronische-communicatiedienst" in de zin van die bepaling dient te worden aangemerkt wanneer de ontwikkelaar voor het aanbieden van deze dienst wordt vergoed en met het oog op het aanbieden ervan overeenkomsten moet sluiten met de aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren zijn gemach-

tigd om oproepen naar het PSTN over te brengen en daaraan af te geven.

23 In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af of voor die kwalificatie moet worden gekozen ofschoon ten eerste de internettoegangsdienst waarmee de gebruiker toegang heeft tot de VoIP-dienst, op zich een elektronische-communicatiedienst is, ten tweede deze VoIP-dienst wordt aangeboden via een bijkomende functionaliteit van software die ook zonder die functionaliteit kan worden gebruikt, ten derde de aanbieder van de dienst in zijn algemene voorwaarden bepaalt dat hij geen aansprakelijkheid jegens de eindgebruiker aanvaardt voor het overbrengen van de signalen, en ten vierde de verrichte dienst ook onder het begrip “dienst van de informatiemaatschappij” valt.

24 Allereerst zij eraan herinnerd dat het begrip “elektronische-communicatiedienst” positief en negatief is gedefinieerd in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn, en dat deze definitie in soortgelijke bewoordingen is overgenomen in artikel 1, punt 3, van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 249, blz. 21) (arrest van 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punten 36 en 37).

25 Ten eerste wordt een elektronische-communicatiedienst in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn namelijk gedefinieerd als “een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt”.

26 Ten tweede wordt in diezelfde bepaling gepreciseerd dat het begrip “elektronische-communicatiedienst” zich niet uitstrekt tot “de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd”, noch tot “de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van [richtlijn 98/34], die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken”.

27 In overweging 5 van de kaderrichtlijn wordt dienangaande onder meer toegelicht dat de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie inhoudt dat alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen, alsook dat het bij de vaststelling van dat kader noodzakelijk is dat de regelgeving inzake transmissie wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud.

28 Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, wordt in de verschillende richtlijnen die het nieuwe regelgevingskader voor elektronische-communicatiediensten vormen, met name in de kaderrichtlijn en in richtlijn 2002/77, een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de productie van inhoud, die redactionele verantwoordelijkheid impliceert, en de overbrenging van inhoud, die geen redactionele verantwoordelijkheid impliceert, waarbij voor de inhoud en de transmissie afzonderlijke regelgeving met een eigen doelstelling geldt (zie in die zin arresten van 7 november 2013,

UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punt 41 en 30 april 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punt 36).

29 Het Hof heeft tevens geoordeeld dat een dienst enkel onder het begrip “elektronische-communicatiedienst” valt indien hij het overbrengen van signalen omvat, met dien verstande dat de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van niet aan de dienstverrichter toebehorende infrastructuur, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst, aangezien alleen van belang is dat die dienstverrichter jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd (arrest van 30 april 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43).

30 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing en uit de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen dat Skype Communications, de ontwikkelaar van de Skype-software, een bijkomende functionaliteit (SkypeOut) bij deze software aanbiedt waarmee de gebruiker vanaf een met het internet verbonden terminal – zoals een computer, smartphone of tablet – kan bellen naar een vast of mobiel nummer van het PSTN door gebruik te maken van het IP en meer bepaald van de VoIP-techniek.

31 Vast staat dat Skype Communications de VoIP-dienst in België aanbiedt en een vergoeding ontvangt van haar gebruikers, aangezien voor het gebruik van SkypeOut ofwel vooraf moet worden betaald ofwel een abonnement moet worden genomen.

32 Tevens staat vast dat voor het gebruik van SkypeOut een beroep moet worden gedaan op aanbieders van telecommunicatiediensten die zijn gemachtigd om via het PSTN oproepen over te brengen naar en af te geven aan vaste en mobiele telefoonnummers, en dat Skype Communications daartoe overeenkomsten heeft gesloten met die aanbieders, aan wie zij een vergoeding betaalt in de vorm van afgiftetarieven voor vaste oproepen [*fixed termination rates* (FTR)] of voor mobiele oproepen [*mobile termination rates* (MTR)].

33 Hieruit volgt ten eerste dat de functionaliteit SkypeOut hoofdzakelijk bestaat in het via elektronische-communicatienetwerken – te weten eerst via het internet en vervolgens via het PSTN – overbrengen van door de oproepende gebruiker uitgezonden spraaksignalen naar de opgeroepen gebruiker, en ten tweede dat ervan moet worden uitgegaan dat Skype Communications voor het overbrengen van de spraaksignalen via het PSTN jegens de gebruikers van de functionaliteit SkypeOut die een abonnement op deze dienst hebben genomen of vooraf voor het gebruik ervan hebben betaald, aansprakelijk is in de zin van het arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43).

34 Hoewel namelijk technisch gezien de spraakoproepen via SkypeOut feitelijk worden doorgegeven door in de eerste plaats de IAP's op het internet, wat betreft het eerste segment vanaf de internetaansluiting van de oproepende gebruiker tot aan de gateway tussen het internet en het PSTN, en in de tweede plaats de aanbieders van tele-

communicatiediensten op het PSTN, wat betreft het tweede segment vanaf die gateway tot aan het mobiele of vaste aansluitingspunt van de opgeroepen gebruiker, gebeurt deze overdracht op basis van overeenkomsten tussen Skype Communications en die aanbieders van telecommunicatiediensten, zonder de sluiting waarvan zij niet zou kunnen plaatsvinden.

35 Zoals de Belgische, de Duitse, de Nederlandse en de Roemeense regering alsook de Europese Commissie in wezen hebben aangevoerd, wordt het overbrengen van signalen van het internet naar het PSTN technisch mogelijk gemaakt door Skype Communications, die daartoe interconnectieovereenkomsten sluit met de aanbieders van telecommunicatiediensten op het PSTN en uiteindelijk haar klanten en abonnees verzekert van de door haar aangeboden VoIP-dienst met de functionaliteit SkypeOut van haar Skype-software.

36 De verschillende elementen die de verwijzende rechter in zijn vier vragen heeft vermeld, kunnen niet afdoen aan de kwalificatie van de functionaliteit SkypeOut als “elektronische-communicatiedienst” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn.

37 Ten eerste impliceert de omstandigheid dat de gebruiker van de functionaliteit SkypeOut toegang heeft tot de VoIP-dienst door gebruik te maken van een door een IAP verstrekte internettoegangsdienst – die zelf een elektronische-communicatiedienst is – immers niet dat die VoIP-dienst als zodanig zelf niet kan worden aangemerkt als “elektronische-communicatiedienst”.

38 Zoals de verwijzende rechter, de Belgische regering en de Commissie hebben opgemerkt, omvat de VoIP-dienst namelijk twee onderscheiden elektronische-communicatiediensten. De eerste daarvan bestaat in het overbrengen van de spraaksignalen van de oproepende gebruiker tot aan de gateway tussen het internet en het PSTN. Deze dienst valt onder de aansprakelijkheid van de IAP van de oproepende gebruiker. De tweede elektronische-communicatiedienst bestaat in het overbrengen van die signalen via het PSTN tot aan het vaste of mobiele eindpunt. Deze dienst valt onder de gezamenlijke aansprakelijkheid van Skype Communications en de aanbieders van telecommunicatiediensten waarop de opgeroepen personen een beroep doen, zulks op basis van de overeenkomsten tussen Skype Communications en die aanbieders.

39 Wat dit laatste betreft, moet worden vastgesteld dat de door de aanbieders van telecommunicatiediensten verrichte diensten waardoor de afgifte van mobiele of vaste oproepen via het PSTN wordt gewaarborgd, weliswaar elektronische-communicatiediensten zijn – zoals de Belgische regering heeft opgemerkt – maar dat deze aanbieders jegens de gebruikers van de functionaliteit SkypeOut voor het overbrengen van de spraaksignalen niet aansprakelijk kunnen worden gesteld in de zin van de rechtspraak van het Hof, omdat zij geen enkele contractuele band hebben met die gebruikers.

40 Bijgevolg zijn diezelfde aanbieders jegens Skype Communications weliswaar contractueel aansprakelijk voor het overbrengen via het PSTN van de met behulp van

SkypeOut uitgezonden spraaksignalen, maar daartegenover staat dat Skype Communications aansprakelijk is voor de VoIP-dienst die zij tegen vergoeding verricht ten behoeve van haar klanten en abonnees.

41 Ten tweede kan de omstandigheid dat SkypeOut niet meer is dan een functionaliteit van de Skype-software, die ook zonder deze functionaliteit kan worden gebruikt, geen invloed hebben op de kwalificatie van de door Skype Communications aangeboden VoIP-dienst als elektronische-communicatiedienst.

42 Het is juist dat de Skype-software, zoals Skype Communications aanvoert, wordt gebruikt voor het verrichten van een geheel van diensten, die in het kader van het hoofdgeding niet aan de orde zijn. Het gaat met name om een dienst die haar gebruikers in staat stelt gratis audio- en/of videoboodschappen over te brengen tussen terminals die met het internet verbonden zijn, en om tal van diensten – zoals diensten om het beeldscherm te delen, instantmessagingdiensten, filesharingdiensten en diensten op het gebied van simultane vertalingen – die niet kunnen worden aangemerkt als “elektronische-communicatiediensten”, omdat zij niet geheel of hoofdzakelijk bestaan in het overbrengen van signalen.

43 Zoals onder meer is opgemerkt door de Belgische, de Duitse, de Nederlandse en de Roemeense regering, hebben de diensten die kunnen worden verricht met de Skype-software zelf respectievelijk met de bijbehorende functionaliteit SkypeOut, evenwel onmiskenbaar een ander doel en functioneren zij volledig autonoom, ook al ondersteunt de installatie van de functionaliteit SkypeOut op een terminal de voorafgaande installatie van de Skype-software.

44 Ten derde kan het feit dat Skype Communications in haar algemene voorwaarden vermeldt dat zij jegens de gebruikers van de functionaliteit SkypeOut van de Skype-software geen aansprakelijkheid aanvaardt voor het overbrengen van de signalen, geen invloed hebben op de kwalificatie van de met deze functionaliteit ter beschikking gestelde VoIP-dienst als “elektronische-communicatiedienst”.

45 Indien werd erkend dat de aanbieder van een dienst die feitelijk als “elektronische-communicatiedienst” moet worden aangemerkt, zich aan de werkingssfeer van de kaderrichtlijn kan onttrekken door in zijn algemene voorwaarden een beding op te nemen waarbij elke aansprakelijkheid wordt uitgesloten, zou immers elke betekenis worden ontnomen aan het nieuwe regelgevingskader voor elektronische-communicatiediensten, dat tot doel heeft een daadwerkelijke interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen in het kader waarvan deze uiteindelijk volledig wordt geregeld door het mededingingsrecht (zie in die zin arresten van 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punt 45, en 30 april 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punt 44).

46 Ten vierde – en ten slotte – impliceert de omstandigheid dat de met SkypeOut verrichte VoIP-dienst tevens onder het begrip “dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van richtlijn 98/34 valt, geenszins dat die dienst niet als “elektronische-communicatiedienst” kan worden aangemerkt.

47 Uit de bewoordingen zelf van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn, gelezen in het licht van overweging 10 ervan, blijkt namelijk dat enkel de diensten van de informatiemaatschappij – zoals omschreven in artikel 1 van richtlijn 98/34 – die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, niet onder de definitie van elektronische-communicatiediensten vallen.

48 Hieruit volgt dat een “dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van richtlijn 98/34 – zoals de Belgische, de Duitse, de Nederlandse en de Roemeense regering alsook de Commissie hebben opgemerkt – binnen de werkingssfeer van de kaderrichtlijn valt indien hij geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken.

49 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het aanbieden door een softwareontwikkelaar van een functionaliteit waarmee een VoIP-dienst ter beschikking wordt gesteld waardoor de gebruiker via het PSTN van een lidstaat vanaf een terminal naar een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan kan bellen, een “elektronische-communicatiedienst” in de zin van die bepaling is wanneer de ontwikkelaar voor het aanbieden van deze dienst wordt vergoed en met het oog op het aanbieden ervan overeenkomsten moet sluiten met de aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren zijn gemachtigd om oproepen naar het PSTN over te brengen en daaraan af te geven.

(...)

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, onder c), van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, moet aldus worden uitgelegd dat het aanbieden door een softwareontwikkelaar van een functionaliteit waarmee een “Voice over Internet Protocol”-dienst (VoIP) [spraak over het internetprotocol (VoIP)] ter beschikking wordt gesteld waardoor de gebruiker via het openbaar geschakeld telefoonnet (PSTN) van een lidstaat vanaf een terminal naar een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan kan bellen, een “elektronische-communicatiedienst” in de zin van die bepaling is wanneer de ontwikkelaar voor het aanbieden van deze dienst wordt vergoed en met het oog op het aanbieden ervan overeenkomsten moet sluiten met de aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren zijn gemachtigd om oproepen naar het PSTN over te brengen en daaraan af te geven.

Noot

Zie de noot onder *Computerrecht* 2019/218.

Computerrecht 2019/218

Hof van Justitie van de Europese Unie 13 juni 2019, nr. C-193/18

(M. Vilaras, K. Jürimäe, D. Šváby, S. Rodin en N. Piçarra)
m.nt. mr. M.I. Robichon & mr. J. van de Velde¹

(Art. 2, onder c Kaderrichtlijn)

ECLI:EU:C:2019:498

De aanbieder van een dienst om via internet naar een mobiel of vast telefoonnummer te bellen is een aanbieder van een elektronische-communicatiedienst. Skype draagt er namelijk bij de dienst SkypeOut zorg voor dat het contact met het telefoonnummer tot stand komt. De e-maildienst die Google aanbiedt kwalificeert niet als een elektronische-communicatiedienst, aangezien deze niet geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen. Twee uitspraken over de kwalificatie van communicatiediensten (zie ook *Computerrecht* 2019/217).

Arrest in de zaak van:

Google LLC

tegen

Bundesrepublik Deutschland,

(...)

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 Google is een vennootschap waarvan de zetel zich in de Verenigde Staten van Amerika bevindt en die naast een internetzoekmachine met dezelfde naam onder meer een webgebaseerde e-maildienst met de benaming Gmail exploiteert. Deze dienst is in Duitsland tijdelijk onder de naam GoogleMail geëxploiteerd.

9 Google exploiteert in Duitsland tevens haar eigen, met het internet verbonden netwerkinfrastructuur en met name enkele hogecapaciteitsverbindingen tussen metro-poolregio's.

10 Gmail is een zogenoemde over-the-topdienst (“OTT-dienst”), dat wil zeggen een dienst die op het internet beschikbaar is zonder enige betrokkenheid van een traditionele exploitant van communicatiediensten.

11 Met Gmail beschikken de gebruikers ervan over een dienst waarmee zij onder meer e-mails en data via het internet kunnen verzenden en ontvangen. Om van deze dienst gebruik te maken moet de gebruiker vooraf een e-mailaccount aanmaken waardoor hij kan beschikken over een adres op basis waarvan hij wordt geïdentificeerd als afzender en ontvanger van e-mails. De gebruiker kan zich toegang tot die dienst verschaffen door in te loggen op zijn account, ofwel rechtstreeks via de door Google geëxploiteerde website (<https://mail.google.com>) – met behulp van

¹ Machteld Robichon en Jacob van de Velde zijn advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam.

een browser die hem toegang geeft tot een interface waardoor hij kan gebruikmaken van de functies die bestaan in het verzenden en ontvangen van e-mails, maar ook van de functies die bestaan in het bewerken, opslaan of sorteren van e-mails – ofwel via een op zijn terminal geïnstalleerd e-mailprogramma (e-mailclient).

12 De verwijzende rechter zet uiteen dat de Gmail-dienst niet gepaard gaat met een wijziging van de inhoud van de e-mails of de data, maar dat deze worden opgesplitst in meerdere aparte datapakketten die naar de ontvanger worden overgebracht door middel van gestandaardiseerde communicatieprotocollen voor berichtendiensten zoals het *Transmission Control Protocol – Internet Protocol* (transmissiecontroleprotocol – internetprotocol, TCP-IP) en het *Simple Mail Transfer Protocol* (eenvoudig mailoverdrachtsprotocol, SMTP). Technisch gezien creëert de gebruiker in zijn browser of in zijn e-mailclientprogramma de inhoud van de e-mail en bepaalt hij de ontvanger(s) ervan. Vervolgens draagt hij deze e-mail over aan Google door de verzendingsprocedure in gang te zetten.

13 Teneinde die e-mail te doen toekomen aan de ontvanger ervan, exploiteert Google e-mailservers waarop de informatietechnologische verwerkingshandelingen worden verricht die vereist zijn om met behulp van het *Domain Name System* (domeinnaamsysteem, DNS) de doelserver te identificeren en om de datapakketten te verzenden. De weg die deze datapakketten afleggen over de verschillende, door derden geëxploiteerde deernetten van het internet, is dynamisch en kan voortdurend wijzigen zonder dat de gebruiker die de verzending op gang heeft gebracht, daarvan kennis draagt of er controle over kan uitoefenen. Bij ontvangst wordt de e-mail opgeslagen op een doelserver en bewaard in een elektronische brievenbus waartoe de ontvanger op verschillende wijzen toegang heeft. De door de e-mails op het internet afgelegde weg kan korter zijn wanneer zij worden overgedragen tussen gebruikers van dezelfde dienstverlener.

14 De BNetzA is van mening dat Gmail een “telecommunicatiedienst” is in de zin van § 6, lid 1, TKG, gelezen in samenhang met § 3, punt 24, TKG, zodat voor Gmail de verplichting tot kennisgeving aan de BNetzA geldt.

15 Bij besluit van 2 juli 2012 heeft de BNetzA dan ook overeenkomstig § 126 TKG formeel vastgesteld dat Google met Gmail een telecommunicatiedienst exploiteert en haar op straffe van een dwangsom gelast de krachtens het TKG op haar rustende verplichting tot kennisgeving na te komen. Het door Google tegen dat besluit gemaakte bezwaar is door de BNetzA bij besluit van 22 december 2014 ongegrond verklaard en derhalve afgewezen.

16 Op 23 januari 2015 heeft Google tegen laatstgenoemd besluit beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Verwaltungsgericht Köln (bestuursrechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland). Dat beroep is bij vonnis van 11 november 2015 verworpen.

17 Die rechter heeft in casu geoordeeld dat Gmail een “telecommunicatiedienst” is in de zin van § 6, lid 1, TKG, gelezen in samenhang met § 3, punt 24, van deze wet, dat wil zeggen een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden

dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. Volgens hem hangt het hoofdcriterium van deze definitie, te weten “het overbrengen van signalen”, nauw samen met het begrip “telecommunicatie”, dat in § 3, punt 22, TKG is gedefinieerd als het technische proces van het verzenden, overbrengen en ontvangen van signalen door middel van telecommunicatie-infrastructuur, waarbij deze infrastructuur in § 3, punt 23, TKG wordt gedefinieerd als technische faciliteiten en systemen waarmee als berichten identificeerbare elektromagnetische of optische signalen verzonden, overgedragen, overgebracht, ontvangen, gestuurd of gecontroleerd kunnen worden.

18 Volgens het Verwaltungsgericht Köln maakt Google het voor gebruikers van de dienst Gmail namelijk mogelijk om per e-mail via het internet te communiceren door middel van een webinterface of een “e-mailclientprogramma” dat op hun met het internet verbonden terminal is geïnstalleerd. Dat het overbrengen van signalen in wezen via het open internet plaatsvindt, zodat de signalen niet door Google zelf maar door de aanbieders van toegang tot het internet (internet access providers; hierna: “IAP’s”) worden overgebracht, staat er volgens het Verwaltungsgericht Köln niet aan in de weg dat Gmail wordt aangemerkt als een telecommunicatiedienst. Het overbrengen van de signalen door de IAP’s kan aan Google worden toegerekend omdat deze zich feitelijk het overbrengen van signalen toe-eigent om haar doelstellingen na te streven, en in het bijzonder omdat zij met haar informatietechnologische verwerkingshandelingen een wezenlijke bijdrage levert aan de werking van het telecommunicatieproces. Het Verwaltungsgericht Köln is van oordeel dat er geen louter technische analyse nodig is voor de beantwoording van de vraag of een dienst geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen. Het overbrengen van signalen is het kernbestanddeel van Gmail. Bij een kwalitatieve beoordeling staat de communicatie door de ruimte met andere gebruikers en derhalve het telecommunicatieproces als zodanig op de voorgrond, terwijl aan andere componenten van de dienst, die verband houden met de inhoud, geen zelfstandige betekenis toekomt.

19 Het Verwaltungsgericht Köln is tevens van oordeel dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Google jegens de gebruikers voor het overbrengen van signalen door de IAP’s, niet doorslaggevend is en merkt op dat de dienst Gmail tegen vergoeding wordt aangeboden. E-maildiensten worden namelijk weliswaar kosteloos aan de gebruiker aangeboden, althans in hun basisversie, maar zij worden gewoonlijk gefinancierd uit reclame of andere indirecte inkomsten.

20 Google heeft bij de verwijzende rechter, het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (hoogste bestuursrechter van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Duitsland) hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van het Verwaltungsgericht Köln.

21 Voor de verwijzende rechter voert Google aan dat Gmail geen telecommunicatiedienst is, omdat met deze dienst geen signalen worden overgebracht. Het is juist dat de e-maildienst Gmail net zoals andere OTT-diensten, bij-

voorbeeld internetbankieren, onderstelt dat signalen worden overgebracht. Zowel wat het overbrengen van data tussen de gebruikers van Gmail en de e-mailservers van Google betreft, als wat het overbrengen van data tussen de e-mailservers van Google en de e-mailservers van andere e-maildiensten betreft, worden de signalen echter niet overgebracht door Google zelf, maar door de IAP's. Het overbrengen van signalen kan evenmin aan Google worden toegerekend, aangezien deze overbrenging plaatsvindt via het open internet volgens het "best effort"-principe ("naar beste vermogen"). Google kan dus geen feitelijke of juridische controle uitoefenen over het proces dat bestaat in het overbrengen van de signalen.

22 Google betoogt tevens dat in dit verband feitelijk noch rechtens van belang is dat zij haar eigen netwerkinfrastructuur als onderdeel van het internet exploiteert. Deze infrastructuur is voornamelijk opgezet om data-intensieve diensten zoals "Google zoeken" en "YouTube" te verrichten, maar is niet nodig voor de exploitatie van Gmail, ook al wordt zij daarvoor eveneens gebruikt. Ten slotte benadrukt Google dat Gmail in de regel niet tegen vergoeding wordt aangeboden, maar kosteloos ter beschikking wordt gesteld van de gebruikers en slechts voor een klein gedeelte wordt gefinancierd uit reclame op de website van Gmail.

23 De BNetzA voert aan dat de verrichte dienst slechts als "telecommunicatiedienst" kan worden aangemerkt indien hij vanuit het oogpunt van zijn technische functie hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen. Dat is bij Gmail het geval omdat e-mails enkel van de afzender naar de ontvanger kunnen worden overgebracht doordat signalen worden overgebracht. Het is niet nodig dat de degene die de dienst verricht zelf signalen overbrengt of op zijn minst controle uitoefent over het overbrengen van signalen door een derde. Beslissend is enkel dat er überhaupt sprake is van een technisch element dat bestaat in de overdracht van signalen.

24 De BNetzA voegt daaraan toe dat zelfs indien vereist was dat controle wordt uitgeoefend over het overbrengen van signalen door een derde, aan dit vereiste zou zijn voldaan aangezien Google haar eigen e-mailservers exploiteert. De e-mailservers linken fysieke *Internet Protocol (IP)*-adressen [internetprotocol (IP)] aan de e-mailadressen, Google authenticceert de afzender en in voorkomend geval ook de ontvanger van een e-mail met behulp van het wachtwoord, e-mailadres of gebruikers-ID en stuurt de overbrenging van de signalen door middel van de gebruikte internetprotocollen in voldoende mate om ervan uit te gaan dat controle wordt uitgeoefend. Ten slotte exploiteert Google haar eigen met het internet verbonden netwerkinfrastructuur, die tevens wordt gebruikt voor het overbrengen van signalen ten behoeve van Gmail.

25 In deze omstandigheden heeft het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Dient het criterium 'dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via

elektronischecommunicatienetwerken' in artikel 2, onder c), van [de kaderrichtlijn] aldus te worden uitgelegd dat het zich mede uitstrekt of kan uitstrekken tot webgebaseerde e-maildiensten die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot het internet verschaffen?

- a) Dient dat criterium meer in het bijzonder aldus te worden uitgelegd dat reeds de informatietechnologische verwerkingshandelingen die de aanbieder van een dergelijke e-maildienst via zijn e-mailservers verricht doordat hij de IP-adressen van de betrokken fysieke verbindingen aan de e-mailadressen linkt en de in datapakketten opgesplitste e-mails op basis van verschillende protocollen van de internetprotocolreeks op het open internet plaatst of – omgekeerd – deze e-mails ontvangt, als het 'overbrengen van signalen' te worden beschouwd, of geschiedt het 'overbrengen van signalen' pas wanneer de [IAP's] die datapakketten via het internet doorgeven?
 - b) Dient dat criterium meer in het bijzonder aldus te worden uitgelegd dat wanneer de [IAP's] de in datapakketten opgesplitste e-mails via het open internet doorgeven, deze doorgifte kan worden toegerekend aan de aanbieder van een dergelijke e-maildienst, zodat ook deze aanbieder in zoverre een dienst verricht die bestaat in het 'overbrengen van signalen'? Onder welke voorwaarden is in voorkomend geval een dergelijke toerekening mogelijk?
 - c) Voor het geval dat de aanbieder van een dergelijke e-maildienst zelf signalen overbrengt of de overbrenging van signalen door de [IAP's] hem in elk geval kan worden toegerekend: kan het criterium meer in het bijzonder aldus worden uitgelegd dat een dergelijke e-maildienst, ongeacht eventuele aanvullende functies van de dienst zoals het bewerken, opslaan en sorteren van e-mails of het beheren van contactgegevens, en ongeacht de technische inspanning van de aanbieder met betrekking tot de verschillende functies, ook 'geheel of hoofdzakelijk' bestaat in het overbrengen van signalen, aangezien functioneel beschouwd vanuit het perspectief van de gebruiker de communicatiefunctie van de dienst op de voorgrond staat?
- 2) Voor het geval dat het in de eerste vraag genoemde criterium aldus dient te worden uitgelegd dat het zich in beginsel niet uitstrekt tot webgebaseerde e-maildiensten die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot het internet verschaffen: kan niettemin bij wijze van uitzondering aan dat criterium zijn voldaan wanneer de aanbieder van een dergelijke dienst tegelijk een aantal eigen, met het internet verbonden elektronischecommunicatienetwerken exploiteert die in ieder geval ook ten behoeve van de e-maildienst kunnen

worden gebruikt? Onder welke voorwaarden is dit in voorkomend geval mogelijk?

- 3) Hoe dient het criterium ‚gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden’ in artikel 2, onder c), van [de kaderrichtlijn] te worden uitgelegd?
 - a) Is meer in het bijzonder vereist dat de gebruikers van de dienst daarvoor een bijdrage betalen of kan de vergoeding er ook in bestaan dat zij een andere tegenprestatie leveren die voor de aanbieder van de dienst van economisch belang is, bijvoorbeeld doordat zij actief persoonsgegevens of andere gegevens ter beschikking stellen of doordat deze gegevens door de aanbieder van de dienst op andere wijze bij het gebruik van de dienst worden vastgelegd?
 - b) Is meer in het bijzonder vereist, zonder dat daarvan kan worden afgeweken, dat de vergoeding wordt betaald door degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, of kan ook gedeeltelijke dan wel volledige financiering van de dienst door derden, bijvoorbeeld uit reclame op de website van de aanbieder van de dienst, volstaan?
 - c) Heeft meer in het bijzonder het begrip ‚gewoonlijk’ in dit verband betrekking op de omstandigheden waarin de aanbieder van een concrete dienst deze dienst verricht, dan wel op de omstandigheden waarin identieke of vergelijkbare diensten in het algemeen worden verricht?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste en tweede prejudiciële vraag

26 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die gezamenlijk dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een webgebaseerde e-maildienst die zelf geen toegang tot het internet verschaft, zoals de door Google aangeboden dienst Gmail, een dienst is die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken, gelet op de informatietechnologische verwerking waarvoor de aanbieder van die dienst via zijn e-mailservers zorgt doordat hij de IP-adressen van de betrokken terminals aan de e-mailadressen linkt en de bij de e-mails horende datapakketten op het open internet plaatst of daarvan ontvangt. Indien het antwoord ontkennend is, vraagt de verwijzende rechter zich tevens af of, en zo ja onder welke voorwaarden, niettemin kan worden geoordeeld dat de aanbieder van een dergelijke webgebaseerde e-maildienst signalen overbrengt, dan wel dat het overbrengen van signalen hem kan worden toegerekend, wanneer hij daarnaast zijn eigen, met het internet verbonden elektronischecomunicatienetwerken exploiteert die voor die e-maildienst kunnen worden gebruikt.

27 Allereerst zij eraan herinnerd dat het begrip „elektronischecomunicatiedienst” positief en negatief is gedefinieerd in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn, en dat

deze definitie in soortgelijke bewoordingen is overgenomen in artikel 1, punt 3, van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 249, blz. 21) (arrest van 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punten 36 en 37).

28 Ten eerste wordt een elektronischecomunicatiedienst in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn namelijk gedefinieerd als „een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt”.

29 Ten tweede wordt in diezelfde bepaling gepreciseerd dat het begrip „elektronischecomunicatiedienst” zich niet uitstrekt tot „de dienst waarbij met behulp van elektronischecomunicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd”, noch tot „de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van [richtlijn 98/34], die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken”.

30 In overweging 5 van de kaderrichtlijn wordt dienangaande onder meer toegelicht dat de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie inhoudt dat alle transmissienetwerken en diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen, alsook dat het bij de vaststelling van dat kader noodzakelijk is dat de regelgeving inzake transmissie wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud.

31 Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, wordt in de verschillende richtlijnen die het nieuwe regelgevingskader voor elektronischecomunicatiediensten vormen, met name in de kaderrichtlijn en in richtlijn 2002/77, een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de productie van inhoud, die redactionele verantwoordelijkheid impliceert, en de overbrenging van inhoud, die geen redactionele verantwoordelijkheid impliceert, waarbij voor de inhoud en de transmissie afzonderlijke regelgeving met een eigen doelstelling geldt (zie in die zin arresten van 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punt 41, en 30 april 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punt 36).

32 Het Hof heeft tevens geoordeeld dat een dienst enkel onder het begrip „elektronischecomunicatiedienst” valt indien hij het overbrengen van signalen omvat, met dien verstande dat de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van niet aan de dienstverrichter toebehorende infrastructuur, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst, aangezien daarvoor alleen van belang is dat die dienstverrichter jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd (arrest van 30 april 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43).

33 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing en uit de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen dat Google, naast andere diensten, een e-maildienst (Gmail) aanbiedt waarmee de houder van een Gmail-account e-mails kan verzenden en ontvangen, ofwel via een webbrowsersprogramma – met behulp van een webinterface die hem daarvoor door Google ter beschikking wordt gesteld – ofwel via een “e-mailclientprogramma”. In het hoofdgeding is evenwel enkel de webgebaseerde e-maildienst aan de orde.

34 Vast staat dat de aanbieder van een webgebaseerde e-maildienst zoals Gmail signalen overbrengt. Zo heeft Google ter terechtzitting voor het Hof bevestigd dat zij bij het verrichten van haar e-maildienst de datapakketten die horen bij de e-mails die worden verzonden of ontvangen door de houders van een Google-e-mailaccount, via haar e-mailservers op het open internet plaatst respectievelijk daarvan ontvangt.

35 Hieruit kan echter niet worden besloten dat de handelingen die Google verricht om de werking van haar webgebaseerde e-maildienst te waarborgen, een “elektronischecomunicatiedienst” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn opleveren, aangezien die dienst niet geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken.

36 Zoals de Europese Commissie met name heeft aangevoerd in haar schriftelijke opmerkingen, wordt voor het overbrengen van de signalen die de werking van om het even welke webgebaseerde e-maildienst vereist, namelijk in wezen gezorgd door de IAP's van de afzenders en ontvangers van e-mails – en in voorkomend geval de aanbieders van webgebaseerde e-maildiensten – alsook door de beheerders van de verschillende netwerken die het open internet vormen, en zijn zij voor die overbrenging aansprakelijk in de zin van het arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43).

37 Dat de aanbieder van een webgebaseerde e-maildienst actief betrokken is bij de handelingen in verband met het verzenden en ontvangen van berichten – doordat hij de IP-adressen van de betrokken terminals aan de e-mailadressen linkt of doordat hij die berichten in datapakketten opsplijt en op het open internet plaatst dan wel daarvan ontvangt met het oog op de doorgifte ervan naar hun ontvangers – lijkt niet te volstaan opdat die dienst technisch gezien kan worden beschouwd als een dienst die “geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn.

38 Indien er geen andere gegevens zijn waaruit blijkt dat Google jegens de houders van een Gmail-account aansprakelijk is voor het overbrengen van de signalen die nodig zijn voor de werking van de webgebaseerde e-maildienst Gmail – wat de verwijzende rechter dient na te gaan – kan die dienst dan ook niet worden aangemerkt als een “elektronischecomunicatiedienst” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn.

39 Ten slotte wordt aan deze vaststelling niet afgedaan door de omstandigheid dat Google in Duitsland tevens

haar eigen elektronischecomunicatienetwerken exploiteert.

40 Dat Google als exploitant van haar eigen elektronischecomunicatienetwerken moet worden geacht elektronischecomunicatiediensten te verrichten, en dat zij als zodanig onderworpen is aan de verplichting tot kennisgeving die is neergelegd in artikel 3, leden 2 en 3, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 21), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, kan niet met zich meebrengen dat meteen al haar op het internet aangeboden diensten als elektronischecomunicatiediensten moeten worden aangemerkt, ook al bestaan zij niet geheel of hoofdzakelijk in het overbrengen van signalen.

41 Gelet op een en ander dient op de eerste en de tweede prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een webgebaseerde e-maildienst die zelf geen toegang tot het internet verschaft, zoals de door Google aangeboden dienst Gmail, niet geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken, zodat die dienst geen “elektronischecomunicatiedienst” in de zin van die bepaling is.

Derde vraag

42 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag hoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

(...)

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, onder c), van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, moet aldus worden uitgelegd dat een webgebaseerde e-maildienst die zelf geen toegang tot het internet verschaft, zoals de door Google LLC aangeboden dienst Gmail, niet geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecomunicatienetwerken, zodat die dienst geen “elektronischecomunicatiedienst” in de zin van die bepaling is.

Noot

In twee arresten geeft het Hof van Justitie van de Europese Unie invulling aan het begrip “elektronische-communicatiedienst” uit de Kaderrichtlijn.² In het *Skype*-arrest (HvJ

² Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), OJ L 108, 24.4.2002, p. 33-50.

EU 5 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:460, zie *Computerrecht* 2019/217) beantwoordt het Hof de vraag of een dienst waarmee via internet naar telefoonnummers kan worden gebeld onder het begrip elektronische-communicatiedienst valt. In het *Google*-arrest buigt het Hof zich over dezelfde vraag voor het via internet versturen van e-mails. De vraag is van belang omdat bij de kwalificatie als elektronische-communicatiedienst de aanbieder zich zal moeten registreren bij de toezichthouder.³ Daarnaast moet de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst verschillende verplichtingen ter bescherming van de consument respecteren.⁴ Doorgaans zal de aanbieder ook kwalificeren als een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst, zodat deze zich ook moet houden aan de regels over aftappen uit hoofdstuk 13 Telecommunicatiewet. Voorts heeft de kwalificatie tot gevolg dat de aanbieder verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het overbrengen van de signalen.⁵

Gelet op de definitie in artikel 2 onder c van de Kaderrichtlijn staat de vraag centraal of Skype en Google een dienst aanbieden die “geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken”. Het Hof heeft eerder uitgemaakt dat de aanbieder die jegens de eindgebruiker aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal, kwalificeert als aanbieder van een elektronische-communicatiedienst. Daarbij is het niet relevant of de infrastructuur aan de aanbieder toebehoort.⁶

Het Hof kijkt in de onderhavige zaken met name naar de rolverdeling tussen enerzijds Skype en Google en anderzijds internet access providers (“IAPs”) en de aanbieders van het telefoonnetwerk. Wie is verantwoordelijk voor “het geheel of hoofdzakelijk overbrengen van signalen”?

Skype arrest

Skype Communications is aanbieder van Voice-over-Internet-Protocol (“VoIP”) software Skype. Met Skype kan de gebruiker met een terminal (computer, tablet of smartphone) via internet bellen naar andere gebruikers met een terminal. Skype heeft daarnaast de betaalde functie SkypeOut aan haar software toegevoegd. Met SkypeOut kan de gebruiker ook naar vaste en mobiele telefoonnummers bellen. Andersom is dat evenwel niet mogelijk, vanaf een telefoonnummer kan derhalve niet naar een Skypegebruiker worden gebeld. De Belgische telecomtoezichthouder sprak Skype Communications aan omdat, zij niet aan de registratieverplichting voldeed. Ook de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt stelde zich op het standpunt dat er sprake was van een meldingsplichtige dienst, maar zij schortte de handhaving op in afwachting van de Belgische procedure.⁷

Het arrest bevat enkele technische overwegingen om SkypeOut aan te merken als een elektronische-communicatiedienst. Het Hof onderscheidt het functioneren van SkypeOut in twee fases. Eerst worden de signalen door de IAP van de gebruiker via internet overgebracht naar de gateway tussen het internet en het telefoonnetwerk (PSTN). Vervolgens worden de signalen via het PSTN afgeleverd bijeen vast of mobielnummer. Skype heeft voor dit tweede deel met de aanbieders van telecommunicatiediensten interconnectieovereenkomsten gesloten. Voor de eerste fase, het overbrengen via internet, is de IAP aansprakelijk. Voor de tweede fase, het overbrengen via het PSTN, is dat Skype. Het Hof bepaalt in overweging 33 uitdrukkelijk onder verwijzing naar het arrest van 30 april 2014 dat Skype aansprakelijk is ten opzichte van de gebruikers van SkypeOut. Daarbij neemt het Hof mee dat de gebruikers daarvoor betalen.

In overweging 39 concludeert het Hof in het verlengde hiervan dat de aanbieders van het PSTN (de telecomaanbieders) geen contractuele band met de gebruikers hebben en zij zodoende niet aansprakelijk zijn.

Skype hanteerde een uitsluiting van de aansprakelijkheid in haar algemene voorwaarden voor SkypeOut voor het overbrengen van signalen. Het Hof overweegt evenwel dat een dergelijke uitsluiting niet afdoet aan de toepassing van de Kaderrichtlijn, omdat deze dan haar betekenis zou verliezen. Het Hof hecht zodoende belang aan de verantwoordelijkheid ten opzichte van de gebruiker. Als Skype niet aansprakelijk zou zijn, heeft de gebruiker geen verhaal. Dat zou een ongewenste situatie opleveren, aldus het Hof. Skype heeft bovendien binnen het kader van de interconnectieovereenkomst verhaal op de telecomaanbieder.

Google arrest

Een ruime week later beantwoordt het Hof dezelfde vraag voor webgebaseerde e-maildiensten. Dit arrest heeft het HvJ EU in dezelfde samenstelling gewezen. De Duitse toezichthouder sprak in dit geval Google aan omdat Google zonder melding aan die toezichthouder het e-mailprogramma Gmail aanbiedt. De Duitse toezichthouder was van mening dat het overbrengen van de signalen door IAPs in feite aan Google kon worden toegerekend, omdat deze zich feitelijk het overbrengen van signalen toe-eigent om haar doelstellingen na te streven. Google doet dit tegen betaling omdat zij haar gebruikers advertenties toont, aldus de toezichthouder.

Het Hof gaat hier niet in mee. Google brengt weliswaar signalen over door e-mails via haar mailservers naar/van het open internet te versturen en ontvangen, maar de Gmail dienst bestaat niet geheel of hoofdzakelijk uit het overbrengen van signalen. De signalen worden namelijk met name overgebracht door de IAPs. De dienst die Google levert kan, aldus het Hof, derhalve technisch gezien niet worden beschouwd als een dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen. Het Hof stelt daarom vast dat een webgebaseerde e-maildienst die zelf geen toegang

3 In Nederland bestaat deze verplichting op basis van artikel 2.1 Telecommunicatiewet.

4 In Nederland zijn deze onder meer geïmplementeerd in hoofdstuk 7 Telecommunicatiewet.

5 HvJ EU 30 april 2014, C-475/12 (*UPC/NMHH*).

6 *Idem*, par. 43.

7 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/skypeout-geregistreerd-als-elektronische-communicatiedienst>.

tot het internet verschaft, geen elektronische-communicatiedienst is.

Het Hof komt daarmee niet toe aan de vraag of “gewoonlijk tegen betaling” ook betalingen via reclame-inkomsten omvat. Het is op basis van eerdere rechtspraak aannemelijk dat het Hof hier positief op zou antwoorden.⁸

De uitkomsten van deze procedures zijn niet onverwacht. Wanneer een aanbieder een onmisbare rol speelt bij het overbrengen van signalen, moet zij aangemerkt worden als een elektronische-communicatiedienst. De rol van Skype is essentieel nu zij er voor zorgt dat het contact met het telefoonnummer tot stand komt. Deze overdracht van signalen is daarmee de kern van de dienst. Bij Google is dit anders. Dat er signalen overgebracht worden is niet doorslaggevend. Aanbieders van e-maildiensten, messaging diensten en andere vergelijkbare over-the-top diensten spelen in de keten bij de overdracht van signalen doorgaans een ondergeschikte rol. Echter, zodra de aanbieder het verkeer aflevert bij de mobiele of vaste abonnee, zoals bij de dienst SkypeOut, kwalificeert deze onder de Kaderrichtlijn als elektronische-communicatiedienst. Een vergelijkbare dienst zoals bellen via WhatsApp zal waarschijnlijk niet als zodanig kwalificeren, omdat die volledig via internet wordt afgewikkeld.

Voor Nederland betekent de Google uitspraak dat de lijn die het College van Beroep voor het bedrijfsleven al had ingezet; namelijk dat e-mailproviders geen elektronische-communicatiedienst leveren, kan worden voorgezet.⁹

Belang voor de praktijk

De uitspraken lijken op het eerste gezicht voor maar beperkte tijd van belang te zijn gelet op de verplichting om uiterlijk 21 december 2020 de Richtlijn tot vaststelling van een Europees Wetboek voor elektronische communicatie in te voeren.¹⁰ Daarin wordt namelijk de definitie van het begrip elektronische-communicatiedienst verruimd naar “*interpersoonlijke communicatiediensten*”. Volgens overweging 17 daarvan zullen ook e-maildiensten en chatdiensten onder deze definitie vallen. Kortom, daarmee zal een breder scala aan diensten zich bij de toezichthouder moeten gaan registreren. Niet alle verplichtingen die nu voor elektronische-communicatiediensten gelden, zullen echter voor deze diensten van toepassing zijn. De betrokken arresten zullen daarom in de praktijk een rol blijven spelen teneinde de zwaarte van het reguleringskader vast te stellen.

Mr. M.I. Robichon & mr. J. van de Velde

⁸ HvJ EU 11 september 2014, C-291/13 (*Papasavvas*).

⁹ CbB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438.

¹⁰ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, OJ L 321, 17.12.2018, p. 36-214.

Computerrecht 2019/219

Hof van Justitie van de Europese Unie 29 juli 2019, nr. C-40/17

(K. Lenaerts, A. Prechal, C. Toader, A. Rosas en M. Ilešič)
m.nt. mr. D.V. Bondarchuk¹

(Art. 6 lid 1 onder a en f en 26 AVG)

RvdW 2019/958

ECLI:EU:C:2019:629

ECLI:EU:C:2018:1039

Integratie van de “Vind ik leuk”-knop van Facebook op een website leidt tot ‘gezamenlijke verantwoordelijkheid’ in de zin van artikel 26 AVG van de websitebeheerder en Facebook.

Arrest in zaak van:

Fashion ID GmbH & Co. KG

tegen

Verbraucherzentrale NRW eV,

in tegenwoordigheid van:

Facebook Ireland Ltd,

Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen,

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 2, 7, 10, 22, 23 en 24 van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB 1995, L 281, blz. 31).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Fashion ID GmbH & Co. KG en de Verbraucherzentrale NRW eV over de invoeging door Fashion ID van een social plug-in van Facebook Ireland Ltd op de Fashion ID-internetsite.

Toepasselijke bepalingen

(...)

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

25 Fashion ID, een onlinehandelaar in modekleding, heeft op haar internetsite de social plug-in „vind-ik-leuk” van het sociaal netwerk Facebook (hierna: „vind-ik-leukknop van Facebook”) ingevoegd.

26 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het inherent is aan het internet dat de browser van de bezoeker van een internetsite content kan weergeven die afkomstig is uit verschillende bronnen. Zo kunnen foto’s, video’s, newsfeeds alsook de vind-ik-leukknop van Facebook, waarover het in casu gaat, worden gelinkt aan een internetsite en daarop worden weergegeven. Indien de beheerder van een inter-

¹ Darya Bondarchuk is advocaat bij Brinkhof.