



Datum van inontvangstneming : 21/03/2022

Zaak C-70/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

1 februari 2022

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 januari 2022

Verzoekende partij:

Viagogo AG

Verwerende partijen:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In tegenwoordigheid van:

Ticketone SpA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld door Viagogo AG tegen een vonnis waarbij de Tribunale amministrativo regionale Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië; hierna: „TAR Lazio”) het beroep heeft verworpen dat zij had ingesteld tegen een besluit van de Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (toezichthoudende instantie voor de communicatiesector, Italië) waarbij haar een administratieve geldboete werd opgelegd wegens het te koop aanbieden van toegangsbewijzen voor evenementen tegen een hogere prijs dan de nominale prijs op de geautoriseerde primaire markt.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van ten eerste richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, en ten tweede het evenredigheidsbeginsel, het verbod op beperkingen van de mededinging en van de vrijheid van verkeer, in het licht van, met name, de artikelen 56, 102 en 106 VWEU en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Rechtsgrond van de prejudiciële verwijzing: artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1) Staat richtlijn 2000/31/EG – met name de artikelen 3, 14 en 15 daarvan –, gelezen in samenhang met artikel 56 VWEU, in de weg aan de toepassing van een regeling van een lidstaat inzake de verkoop van tickets voor evenementen op de secundaire markt, op grond waarvan een exploitant van een hostingplatform die in de EU actief is, zoals in casu de verzoekende partij, aan derde gebruikers geen advertentiediensten mag verstrekken voor de verkoop van tickets voor evenementen op de secundaire markt, aangezien deze activiteit is voorbehouden aan verkopers, organisatoren van evenementen of andere entiteiten die van een overheid een vergunning hebben verkregen voor de afgifte van tickets met gecertificeerde systemen op de primaire markt?

2) Verzet daarnaast artikel 102 VWEU juncto artikel 106 VWEU zich tegen de toepassing van een regeling van een lidstaat inzake de verkoop van tickets voor evenementen volgens welke alle diensten met betrekking tot de secundaire markt voor tickets (en met name de bemiddeling) worden voorbehouden aan verkopers, organisatoren van evenementen of andere entiteiten die een vergunning hebben voor de afgifte van tickets met gecertificeerde systemen op de primaire markt, door uit te sluiten dat deze activiteit wordt verricht door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die als hostingprovider in de zin van de artikelen 14 en 15 van richtlijn 2000/31/EG willen optreden, in het bijzonder wanneer dit voorbehoud tot gevolg heeft, zoals in de onderhavige zaak, dat een dominante marktdeelnemer op de primaire markt voor de distributie van tickets zijn machtspositie met betrekking tot bemiddelingsdiensten naar de secundaire markt kan uitbreiden?

3) Kan het begrip „passieve hosting provider” in de zin van het Europese recht, en in het bijzonder richtlijn 2000/31/EG, uitsluitend worden gebruikt wanneer er geen activiteiten worden verricht als het filtreren, selecteren, indexeren, ordenen, catalogiseren, samenvoegen, beoordelen, gebruiken, wijzigen, opvragen of promoten van de door de gebruikers gepubliceerde inhoud, welke activiteiten als voorbeelden van aanwijzingen zijn bedoeld en niet noodzakelijkerwijs allemaal hoeven te worden verricht, aangezien deze op zichzelf moeten worden geacht te duiden op bedrijfsmatig beheer van de dienst en/of gebruik van een techniek voor

gedragsanalyse van de gebruikers met het oog op een sterkere klantenbinding, of staat het aan de verwijzende rechter om het belang van de voornoemde omstandigheden te beoordelen, en wel zodanig dat zelfs indien een of meer van die activiteiten worden verricht, de neutraliteit van de dienst kan worden geacht zwaarder te wegen en tot de kwalificatie van passieve hostingprovider kan leiden?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

De artikelen 3, 14 en 15 van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

Evenredigheidsbeginsel, beperkingen van de mededinging en van het vrij verkeer van diensten (artikelen 56, 102 en 106 VWEU).

Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 1 van wet nr. 232 van 11 december 2016, zoals gewijzigd, waarin het volgende is bepaald:

„lid 545: Met het oog op de bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking, alsmede de bescherming van de consument en de handhaving van de openbare orde, wordt de verkoop (...) van toegangsbewijzen voor evenementen door andere entiteiten dan de eigenaren die, ook op grond van een specifieke overeenkomst of afspraak, de systemen voor de afgifte van die toegangsbewijzen exploiteren, bestraft – tenzij de handeling niet strafbaar is (...) – met administratieve geldboetes van 5 000 EUR tot 180 000 EUR, alsmede, indien de gedraging via elektronische communicatienetwerken is verwezenlijkt, op de wijze beschreven in lid 546, door de inhoud te verwijderen of, in de ernstigste gevallen, de voor het plegen van de inbreuk gebruikte website te blokkeren, onverminderd het recht op schadevergoeding. (...) Evenwel wordt geen sanctie opgelegd in geval van incidentele verkoop door een natuurlijke persoon van toegangsbewijzen voor een evenement tegen dezelfde of een lagere prijs dan de nominale prijs, mits daarbij geen commerciële doeleinden worden nagestreefd.

(...)

lid 545 quater: De primaire websites voor kaartverkoop, de erkende verkooppunten of de officiële websites van het evenement zorgen ervoor dat toegangsbewijzen op naam kunnen worden doorverkocht, en garanderen dat voldoende zichtbaarheid en publiciteit wordt gegeven aan de mogelijkheid van doorverkoop, waarbij zij als tussenpersoon optreden en zorgen voor de wijziging van de gegevens (...). Het ticket dat aldus wordt doorverkocht aan natuurlijke

personen moet worden verkocht tegen de nominale prijs en zonder toeslagen, onverminderd de mogelijkheid (...) redelijke kosten in rekening te brengen die uitsluitend verband houden met de administratie (...). (De bovengenoemde sites) bieden daarnaast de mogelijkheid om kosteloos het toegangsbewijs op naam van een andere persoon te stellen door de persoonsgegevens van de gebruiker te wijzigen, waarvoor uitsluitend redelijke administratiekosten in rekening worden gebracht (...)”

Het ministerieel besluit van 12 maart 2018 waarbij de bovenstaande bepalingen ten uitvoer zijn gelegd, bepaalt in artikel 3 het volgende: „1. Met het oog op een grotere doeltreffendheid en een betere beveiliging van de verkoop van toegangsbewijzen via geautomatiseerde kaartverkoopsystemen, garanderen de eigenaren van deze systemen dat de verkoop (...) via elektronische communicatienetwerken van toegangsbewijzen voor evenementen uitsluitend (geschiedt) via computersystemen die, doordat zij de toegang door een natuurlijke persoon kunnen onderscheiden van de toegang door een geautomatiseerd programma, aankopen door een dergelijk programma voorkomen en in staat zijn de koper te identificeren.

2. Bij besluit van de directeur van de belastingdienst, dat na overleg met de Autorità per le garanzie nelle comunicazioni wordt vastgesteld binnen honderdtwintig dagen na de datum van bekendmaking van het onderhavige besluit, worden de technische specificaties vastgesteld voor de verwezenlijking van de in lid 1 bedoelde computersystemen. De in aanmerking komen entiteiten dienen bij de belastingdienst om goedkeuring van hun systemen te vragen. In hetzelfde besluit worden de voorwaarden en de termijnen voor de toepassing van deze technische specificaties vastgesteld.”

De artikelen 16 en 17 van decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (wetsbesluit nr. 70 van 9 april 2003), waarbij richtlijn 2000/31/EG in nationaal recht is omgezet.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 Naar aanleiding van een aantal klachten van vennootschappen die actief zijn in de sector van de organisatie van muziek-evenementen, van vennootschappen die op de primaire markt tickets voor muziek-evenementen verkopen, en van brancheorganisaties, heeft de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni controles verricht op de website „viagogo.it”, die wordt beheerd door verweerster, een vennootschap naar Zwitsers recht.
- 2 Die procedure werd afgesloten met besluit nr. 104/20/CONS van 16 maart 2020 (hierna: „litigieus besluit”), waarbij de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni aan verzoekster een administratieve geldboete van 3 700 000 EUR heeft opgelegd omdat zij, in strijd met artikel 1, lid 545, van wet nr. 232/2016, tussen maart en mei 2019 tickets voor concerten en voorstellingen te koop heeft

aangeboden tegen hogere prijzen dan de nominale prijzen op de geautoriseerde primaire sites waar tickets worden verkocht.

- 3 Verweerster heeft bij de TAR Lazio beroep tot nietigverklaring van dit besluit ingesteld, dat is verworpen bij het vonnis waartegen thans hoger beroep aanhangig is bij de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 4 Verzoekster vordert nietigverklaring van het vonnis van de TAR Lazio en bijgevolg van het litigieuze besluit, en voert daartoe onder andere de volgende middelen aan:
 - onjuiste opvatting van de aard van de activiteit die wordt verricht door verzoekster, die ten onrechte als actieve hostingprovider is gekwalificeerd, waardoor haar ten onrechte het wettelijk verboden gedrag is toegerekend; schending van de artikelen 3, 14 en 15 van richtlijn 2000/31/EG en van de artikelen 16 en 17 van decreto legislativo nr. 70/2003 waarbij deze richtlijn in nationaal recht is omgezet;
 - schending van artikel 1, leden 545 en 545-quinquies van wet nr. 232/2016, zoals gewijzigd;
 - ontoereikende motivering van het vonnis wat betreft de onverenigbaarheid van het litigieuze besluit en van de daaraan ten grondslag liggende regeling met het Unierecht, inzonderheid met richtlijn 2000/31/EG, met het verbod op beperkingen van de mededinging en van het vrij verkeer van diensten (artikelen 56, 102 en 106 VWEU), en met artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

a) Kwalificatie van de door verzoekster verrichte hostingactiviteit

- 5 Ten eerste herinnert de verwijzende rechter eraan dat aan verzoekster in 2017 reeds door een andere instantie [de Autorità garante della concorrenza e del mercato (Italiaanse mededingingsautoriteit)] een administratieve geldboete is opgelegd wegens een oneerlijke handelspraktijk die met name bestond in: i) het niet vermelden van de sector of de rij van het aangeboden ticket; ii) het niet verstrekken van informatie over de nominale waarde van het ticket, door alleen de prijs van de verkoper te vermelden; iii) de vermelding dat er van de gezochte tickets maar weinig beschikbaar zijn terwijl de vraag groot is; iv) de vermelding „Viagogo-Sito Ufficiale”, waardoor de consument in verwarring kan worden gebracht over de werkelijke aard van de aanbiedingen op de site, waar tickets werden aangeboden tegen hogere prijzen dan die van de officiële wederverkoper. Dit besluit werd nietig verklaard bij vonnis nr. 4359 van 2019 van de verwijzende

rechter, die in essentie heeft geoordeeld dat de betrokken vennootschap naar haar aard een „passieve” hostingprovider was en als zodanig niet verantwoordelijk was voor de haar verweten oneerlijke praktijken.

6 Volgens de verwijzende rechter kan het oordeel in dat eerdere vonnis elementen verschaffen die ook voor de onderhavige zaak nuttig zijn, aangezien zowel het besluit dat in die zaak aan de orde was als het litigieuze besluit betrekking hebben op dezelfde activiteit van verzoekster, wier juridische kwalificatie als actieve dan wel passieve hostingprovider een van de punten is waarover verzoekster en de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni het oneens zijn.

7 In dit verband herinnert de verwijzende rechter aan de belangrijkste aspecten van dit onderscheid en de gevolgen ervan, met name volgens decreto legislativo nr. 70/2003, richtlijn 2000/31/EG die bij dit decreto legislativo in nationaal recht is omgezet, en de relevante rechtspraak.

7.1 In het algemeen is de internet service provider de entiteit die ervoor zorgt dat haar gebruikers toegang kunnen krijgen tot het internet en gebruik kunnen maken van de daarmee verbonden diensten, die, meer bepaald, kunnen bestaan in activiteiten van (i) doorgifte (mere conduit), (ii) tijdelijke opslag (caching) en (iii) opslag van informatie (hosting).

7.2 Wat deze laatste activiteit betreft, maakt het Hof in zijn rechtspraak onderscheid tussen twee soorten hostingproviders. Enerzijds de „passieve” hostingprovider, die diensten aanbiedt die een louter technisch en automatisch karakter hebben, hetgeen inhoudt dat deze aanbieder kennis van noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen door de ontvanger van zijn diensten. Anderzijds de „actieve” hostingprovider, wiens activiteit niet beperkt blijft tot de hierboven genoemde activiteiten, maar ook betrekking heeft op de inhoud van de verrichte prestatie [arrest van 2 augustus 2018, ██████████ ██████████ (C-521/17, EU:C:2018:639, punten 47 en 48)].

7.3 Aangezien computercriminaliteit in feite mogelijk worden gemaakt door de activiteiten van internetproviders, is de noodzaak ontstaan om hen medeaansprakelijk te stellen en/of in elk geval te betrekken bij het voorkomen en bestrijden van dergelijke criminaliteit.

7.4 De Uniewetgever, en bijgevolg ook de nationale wetgever, hebben ervoor gekozen om naast de reeds bestaande regels inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad [artikel 2043 van de codice civile (Italiaans burgerlijk wetboek)] en, meer in het algemeen, de gewone regels inzake de wettelijke aansprakelijkheid, enkele aanvullende bijzondere bepalingen vast te stellen inzake de aansprakelijkheid van internetproviders, waarbij de mate van aansprakelijkheid afhankelijk is van het technische profiel van de uitgeoefende beroepsactiviteit.

7.5 In dit verband is de hostingprovider volgens de nationale rechtspraak niet aansprakelijk indien de opgeslagen gegevens niet zijn gemanipuleerd, zoals het geval is bij „passieve” hosting. Daarnaast is vastgesteld aan de hand van welke

factoren kan worden vastgesteld of er sprake is van „actieve” hosting; dit zijn onder andere het filteren, selecteren, indexeren, ordenen, catalogiseren, samenvoegen, beoordelen, gebruiken, wijzigen, opvragen of promoten van de door de gebruikers gepubliceerde inhoud, welke activiteiten wordt uitgevoerd in het kader van een bedrijfsmatig beheer van de dienst, alsook het toepassen van een techniek voor gedragsanalyse met het oog op een grotere klantenbinding.

7.6 Volgens de verwijzende rechter – die het Hof van Justitie in zijn derde prejudiciële vraag vraagt of deze benadering moet worden bevestigd – zijn de hierboven opgesomde factoren uiteraard slechts voorbeelden en hoeft niet noodzakelijkerwijs van al deze factoren sprake te zijn, mede gelet op de ontwikkeling van de technologie. Wat volgens hem relevant is, is dat er sprake moet zijn van gedragingen die in wezen tot gevolg hebben dat het gebruik van de inhoud door de gebruikers op niet-passieve wijze wordt aangevuld en verrijkt. Het staat hoe dan ook aan de feitenrechter om te beoordelen of daar inderdaad sprake van is.

b) Beperkingen van de mededinging en het vrij verkeer van diensten

- 8 Ten tweede stelt de verwijzende rechter in zijn eerste en tweede prejudiciële vraag enkele vraagstukken aan de orde over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op beperkingen van de mededinging en van het vrije verkeer van diensten, waarvan volgens hem in casu sprake is.
- 9 Zo is verzoekster in de Europese Unie actief via een enkel internetplatform dat fungeert als marktplaats, waar vraag en aanbod voor de wederverkoop van tickets tussen gebruikers samenkomen. In het bijzonder betreft dit de secundaire markt voor tickets, met aan de aanbodzijde eenieder die een ticket in bezit heeft en dat wil verkopen, met uitzondering van organisatoren of primaire verkopers van tickets, en aan de vraagzijde gebruikers die een ticket zoeken op de secundaire markt, meestal omdat tickets op de primaire markt niet meer of alleen tegen onbetaalbare prijzen beschikbaar zijn.
- 10 Volgens de Italiaanse wet, en met name artikel 1, leden 545 en 545 quater, van wet nr. 232/2016, is de verkoop van tickets op de secundaire markt uitsluitend rechtmatig indien deze incidenteel, dat wil zeggen door consumenten en niet beroepsmatig wordt verricht tegen prijzen die niet hoger zijn dan de nominale prijzen die op het ticket zijn gedrukt. De enige uitzondering wordt gemaakt voor exploitanten op de primaire markt, die de naam waarop het ticket is gesteld mogen wijzigen zonder de prijs ervan te wijzigen en zonder extra kosten, behalve administratiekosten. Deze bepalingen, die vergezeld gaan van administratieve geldboetes alsook strafrechtelijke sancties indien de feiten strafbaar zijn, hebben tot doel belastingontwijking en -ontduiking tegen te gaan, de consument te beschermen en de openbare orde te handhaven. Tot slot is het exploitanten verboden om voor commerciële doeleinden op de secundaire markt actief zijn, met als enige uitzondering het hierboven genoemde geval.

- 11 In deze context acht de verwijzende rechter de door verzoekster aangevoerde twijfels relevant. Volgens haar is een dergelijke beperkende regeling namelijk niet geschikt om onderscheid te maken tussen gedragingen of economische activiteiten die afbreuk doen aan het door deze maatregel beschermde openbaar belang, en gedragingen of activiteiten die dat niet doen. Meer bepaald is de regeling aldus geformuleerd dat zij ook van toepassing is op hostingproviders, ongeacht of zij „actief” dan wel „passief” zijn, en kan zij dus in abstracto de uitoefening van een economische activiteit volledig verbieden, ongeacht of zij op rechtmatige wijze dan wel eventueel op onrechtmatige wijze wordt verricht.
- 12 Daarnaast moet de litigieuze regeling worden getoetst aan artikel 106 VWEU, voor zover zij „bijzondere of uitsluitende” rechten toekent aan exploitanten op de primaire markt, de enige entiteiten die op de secundaire markt actief mogen zijn.
- 13 Ten slotte benadrukt de verwijzende rechter dat zijns inziens – anders dan de verwerende partij Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni betoogt – het feit dat verweerster niet de nationaliteit van een lidstaat van de Unie heeft, en dat het webplatform wordt gehost op servers van Microsoft Azure in de Verenigde Staten van Amerika, niet belet dat bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing wordt ingediend, aangezien deze territoriale elementen niets afdoen aan een doorslaggevend element, namelijk dat deze vennootschap in de landen van de Europese Unie actief is door diensten van de informatiemaatschappij te verlenen aan Europese gebruikers en consumenten met betrekking tot evenementen die plaatsvinden op het grondgebied van de Europese Unie.