



Datum van inontvangstneming : 25/04/2018

Zaak C-193/18

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:

19 maart 2018

Verwijzende rechter:

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
(Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 februari 2018

Verzoekster:

Google LLC

Verweerster:

Bundesrepublik Deutschland, vertegenwoordigd door de
Bundesnetzagentur

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Meldingsplicht voor bedrijfsmatige aanbieders van openbaar toegankelijke telecommunicatiediensten krachtens § 6, lid 1, van het Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet)(TKG)

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van artikel 2, onder c), van richtlijn 2002/21/EG; artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Dient het begrip „dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken” in artikel 2, onder c), van kaderrichtlijn 2002/21/EG aldus te worden uitgelegd dat het ook

webgebaseerde e-maildiensten omvat of kan omvatten die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot internet verschaffen?

a) Dient dit begrip meer in het bijzonder aldus te worden uitgelegd dat reeds de verwerking door middel van informatietechnologie 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 toewijst en de in datapakketten opgedeelde e-mails op basis van verschillende internetprotocollen op het open internet plaatst of – omgekeerd – dergelijke e-mails ontvangt, reeds als het „overbrengen van signalen” dient te worden beschouwd of geschiedt het „overbrengen van signalen” pas wanneer de internet (access) provider deze datapakketten via het internet doorstuurt?

b) Dient dit begrip meer in het bijzonder aldus te worden uitgelegd dat wanneer de internet (access) provider de in datapakketten opgedeelde e-mails via het open internet doorstuurt, dat doorsturen aan de aanbieder van een dergelijke e-maildienst kan worden toegerekend, zodat ook deze in zoverre een dienst verstrekt 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 hem in elk geval de overbrenging van signalen door de internet (access) provider kan worden toegerekend: kan het begrip 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 punt 1 genoemde begrip aldus dient te worden uitgelegd dat het in beginsel geen e-maildiensten omvat die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot internet verschaffen: kunnen de criteria voor dit begrip bij wijze van uitzondering toch vervuld zijn wanneer de aanbieder van een dergelijke dienst tegelijk een aantal eigen, op het internet aangesloten elektronische-communicatienetwerken exploiteert die in ieder geval ook voor de doeleinden 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 kaderrichtlijn 2002/21/EG te worden uitgelegd?

a) Is in het bijzonder vereist dat de gebruiker van de dienst daarvoor een bijdrage betaalt of kan de vergoeding er ook in bestaan dat de gebruiker een andere tegenprestatie levert die voor de aanbieder van de dienst van economisch belang is, bijvoorbeeld doordat de gebruiker actief persoonsgegevens of andere

gegevens ter beschikking stelt 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 dat de vergoeding dient te worden betaald door degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, of kan ook gedeeltelijke of volledige financiering van de dienst door derden, bijvoorbeeld uit reclame op de website van de aanbieder, volstaan?

c) Heeft, meer in het bijzonder, het begrip „gewoonlijk” in deze samenhang betrekking op de omstandigheden waarin de aanbieder van een concrete dienst deze dienst aanbiedt, of op de omstandigheden waarin identieke of vergelijkbare diensten in het algemeen worden aangeboden?

Aangehaalde Unierechtelijke voorschriften

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 – (PB 2002, L 108, blz. 33), artikel 2, onder c), en overweging 10

Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten – Machtigingsrichtlijn – (PB 2002, L 108, blz. 21), artikel 3, lid 2, en artikel 2, lid 1

Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1998, L 204, blz. 37), artikel 1

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 mobiele-communicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1)

Aangevoerde rechtspraak van het Hof

Arresten van 7 november 2013 – C-518/11 – UPC Nederland, EU:C:2013:709, en van 30 april 2014 – C-475/12 – UPC DTH Sàrl, EU:C:2014:285;

Arresten van 26 april 1988 – C-352/85 – Bond van Adverteerders e.a., EU:C:1988:196, en van 11 september 2014 – C-291/13 – Sotiris Papasavvas, EU:C:2014:2209

Aangehaalde nationale voorschriften

Telekommunikationsgesetz (Telecommunicatiewet) (TKG) van 22 juni 2004, zoals gewijzigd, § 3, punten 17a, 22, 23, 24 en 27, § 6, lid 1, en § 126, leden 1, 2 en 5

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster is gevestigd in de Verenigde Staten en is met name bekend door de door haar aangeboden internetzoekmachine „Google”, maar daarnaast ook door andere door haar verrichte IT-diensten. In Duitsland beheert zij tevens een eigen, met internet verbonden netwerkinfrastructuur, met name enkele hogecapaciteitsverbindingen tussen metropoolregio's.
- 2 Sinds 2007 biedt verzoekster de wereldwijd gebruikte dienst „Gmail” aan. Gmail is een webgebaseerde e-maildienst die door verzoekster via het open internet ter beschikking wordt gesteld zonder dat de gebruiker daarbij ook toegang tot internet wordt verschaft. In aansluiting op de technische terminologie duidt verzoekster Gmail derhalve ook aan als „webmaildienst” en, in bredere zin, als „over-the-top-dienst” (OTT-dienst).
- 3 Gmail is een dienst voor het verzenden en ontvangen van berichten en bestanden via internet. In het kader van deze dienst worden berichten en bestanden inhoudelijk ongewijzigd, maar opgedeeld in datapakketten, vanaf de afzender aan de ontvanger gezonden door middel van internetprotocollen die voor de e-maildienst gestandaardiseerd zijn. Nadat hij een e-mailaccount heeft aangemaakt, krijgt de gebruiker daarbij een e-mailadres waardoor hij als afzender en ontvanger van e-mails kan worden geïdentificeerd. Bovendien worden de gebruiker op het Gmail-interface nog andere functies aangeboden, zoals het bewerken, opslaan en sorteren van e-mail of het beheren van contactgegevens.
- 4 Om van de dienst gebruik te kunnen maken gaat de gebruiker via een internetbrowser op zijn eindapparatuur met internetaansluiting naar de door verzoekster geëxploiteerde website (<https://mail.google.com/>), alwaar hem een interface voor het gebruik van de verschillende functies ter beschikking wordt gesteld, of maakt hij gebruik van een op zijn eindapparatuur geïnstalleerd lokaal e-mailprogramma, een zogenoemde „e-mailclient”.
- 5 Wanneer de e-mail inhoudelijk is opgesteld en het e-mailadres van bestemming is bepaald, wordt de e-mail in beide gevallen naar verzoekster verzonden nadat de afzender deze verzending doelgericht heeft geïnitieerd. Hierdoor wordt met het oog op de verdere totstandbrenging van de overdracht door verzoekster een elektriciteitsstroom op gang gebracht. Om de met een adres van bestemming voorziene e-mail op het adres van de ontvanger te kunnen bezorgen nadat de afzender deze verzending heeft geïnitieerd, exploiteert verzoekster e-mailservers die de e-mail beheren en deze in voorkomend geval in cache opslaan.

- 6 In een verwerkingsproces door middel van informatietechnologie worden langs geautomatiseerde weg de door de gebruiker gebruikte domeinnamen door middel van het „Domain Name System” – DNS – aan het in de regel dynamische IP-adres van de fysieke verbinding gekoppeld teneinde de eerste server in staat te stellen om de server van bestemming van het in het e-mailadres als ontvanger aangegeven domein te identificeren. Met het oog op de verzending laat verzoekster de in datapakketten opgedeelde e-mail vervolgens een traject op het open internet doorlopen. Teneinde de e-mail op het internet te plaatsen en door te sturen wordt daarbij gebruikgemaakt van verschillende internetprotocollen, zoals het „Simple Mail Transfer Protocol” – SMTP – en het „Transmission Control Protocol” (TCP).
- 7 Op het traject naar de server van bestemming moet het dataverkeer verschillende door derden geëxploiteerde subnetwerken van het internet doorlopen. De internetrouting is daarbij dynamisch kan voortdurend veranderen, zonder dat de partij waarvan het dataverkeer wordt getransporteerd, daarvan op de hoogte is of daarop enige controle kan uitoefenen.
- 8 Na ontvangst van de gegevens op de server van bestemming wordt de e-mail gewoonlijk op die locatie opgeslagen en wordt hij voor de ontvanger bewaard in een elektronische brievenbus die vervolgens op verschillende manier kan worden geopend. Wanneer er e-mails tussen gebruikers van dezelfde provider worden verzonden, kan het door de e-mail doorlopen traject ook korter zijn of is het mogelijk dat deze e-mail de server van de aanbieder van de dienst niet eens verlaat.
- 9 De Bundesnetzagentur (Duits federaal agentschap voor netwerken) die bevoegd is voor de regulering van de telecommunicatiemarkt, is van mening dat Gmail een telecommunicatiedienst in de zin van § 6, lid 1, gelezen in samenhang met § 3, punt 24, TKG is en derhalve is onderworpen aan de daarin vervatte meldingsplicht ten overstaan van de Bundesnetzagentur.
- 10 Bij besluit van 2 juli 2012 heeft de Bundesnetzagentur formeel vastgesteld verzoekster met Gmail een telecommunicatiedienst exploiteert en verzoekster derhalve aangemaand haar meldingsplicht na te komen op straffe van een dwangsom. Een door verzoekster tegen dat besluit ingediend bezwaarschrift is afgewezen. Het beroep van verzoekster tot nietigverklaring van het besluit van de Bundesnetzagentur is door het Verwaltungsgericht Köln (bestuursrechter in eerste aanleg, Keulen, Duitsland) bij beslissing van 11 november 2015 verworpen. Het door verzoekster bij de verwijzende rechter ingestelde hoger beroep is tegen deze beslissing gericht.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 11 Verzoekster betwist dat zij met Gmail een telecommunicatiedienst in de zin van § 6, lid 1, TKG, gelezen in samenhang met § 3, punt 24, TKG, exploiteert. Zij beweert dat zij door het aanbieden van Gmail geen signalen overbrengt.

- 12 Volgens verzoekster is het begrip „overbrengen van signalen” een technisch begrip waarvoor blijkens § 3, punt 22, TKG cumulatief het verzenden, overdragen en ontvangen van signalen via telecommunicatienetwerken vereist is. Als zuivere webmaildienst vereist Gmail, net als andere OTT-diensten zoals telebankieren, weliswaar een overbrenging van signalen, maar die signalen worden niet overgebracht door verzoekster zelf, maar zowel voor de doorgifte van gegevens tussen de Gmail-gebruikers en de e-mailservers van verzoekster als voor de doorgifte van gegevens tussen de e-mailservers van verzoekster en de e-mailservers van andere e-maildiensten door de internet access providers respectievelijk internet providers (hierna samen: „internet (access) providers”).
- 13 Het overbrengen van signalen kan verzoekster evenmin worden toegerekend, aangezien deze overbrenging via het open internet geschiedt en verzoekster derhalve feitelijk noch rechtens controle over dit proces kan uitoefenen. Daarin verschilt de door verzoekster aangeboden webmaildienst van andere „e-mailverzendingdiensten” in de gewone zin van het woord, waarbij de klant tegelijk ook toegang tot internet wordt verschaft.
- 14 De uitlegging van de betrokken nationale bepalingen door het Verwaltungsgericht berust op een onaanvaardbare analogie, aangezien webmaildiensten zoals Gmail en andere OTT-diensten bij de huidige stand van het Unierecht, waaraan bovengenoemde voorschriften uitvoering moeten geven, nog niet als telecommunicatiediensten kunnen worden aangemerkt.
- 15 Het feit dat verzoekster haar eigen netwerkinfrastructuur exploiteert als onderdeel van internet is in dit verband feitelijk en rechtens irrelevant. Deze infrastructuur is immers in de eerste plaats ontwikkeld met het oog op de beschikbaarstelling van gegevensintensieve diensten zoals „Google zoeken” en „YouTube”. Voor het aanbieden van Gmail is deze infrastructuur niet nodig, ook al wordt zij daartoe ook gebruikt.
- 16 Volgens verzoekster bestaat het zwaartepunt van de door „Gmail” verrichte prestaties niet in een eigen of een aan haar toe te rekenen signaaltransmissie, maar prevaleren de inhoudelijke aspecten van de communicatie. Bovendien wordt Gmail gewoonlijk niet tegen vergoeding aangeboden, aangezien Gmail de gebruiker gratis ter beschikking wordt gesteld en deze dienst slechts voor een klein deel berust op kruisfinanciering door middel van reclame op de Gmail-website.
- 17 Verweerster betwist deze argumentatie.
- 18 Van een telecommunicatiedienst is sprake indien de verstrekte dienst in zijn technische werking hoofdzakelijk betrekking heeft op het overbrengen van signalen. Dit is bij Gmail het geval, aangezien het versturen van e-mails van de afzender naar de ontvanger alleen mogelijk is door middel van het overbrengen van signalen.

- 19 Het is niet noodzakelijk dat de aanbieder van de dienst zelf het overbrengen van de signalen op zich neemt of dat hij ten minste controle uitoefent over de door derden verrichte overbrenging. Beslissend is alleen dat er sprake is van het overbrengen van signalen als technisch onderdeel.
- 20 Zelfs wanneer verzoekster controle zou moeten uitoefenen over de door derden verrichte overbrenging van signalen, is van een dergelijke controle wel degelijk sprake aangezien verzoekster haar eigen e-mailserver exploiteert. De e-mailservers wijzen de fysieke IP-adressen aan de e-mailadressen toe. Verzoekster authentificeert de afzender en, in voorkomend geval, ook de ontvanger van een e-mail door middel van een wachtwoord, een e-mailadres of een gebruikersnaam en stuurt met behulp van de gebruikte internetprotocollen de overbrenging van signalen in voldoende mate om te kunnen spreken van controle.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 21 Het geschil tussen partijen betreft de vraag of verzoekster voor het aanbieden van de dienst Gmail onder de meldingsplicht voor bedrijfsmatige aanbieders van openbaar toegankelijke telecommunicatiediensten overeenkomstig § 6, lid 1, TKG valt. De meldingsplicht is bedoeld om de Bundesnetzagentur in staat te stellen een lijst van aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten bij te houden. Derhalve is de meldingsplicht eveneens bedoeld om de Bundesnetzagentur in staat te stellen toezicht te houden op deze activiteiten op de telecommunicatiemarkt en in voorkomend geval de aanbieders nog andere verplichtingen krachtens deze wet op te leggen.
- 22 Verzoekster valt bij het aanbieden van haar dienst Gmail echter alleen onder deze meldingsplicht indien zij „bedrijfsmatig openbaar toegankelijke telecommunicatiediensten” in de zin van deze bepaling verricht. Een aantal aspecten hiervan wordt nader gedefinieerd in § 3 TKG, meer bepaald in punt 24 daarvan.
- 23 Paragraaf 3, punt 24, TKG is bedoeld ter omzetting van artikel 3, lid 2, van de machtigingsrichtlijn. Voor de uitlegging van het begrip „elektronische communicatiediensten” in artikel 3, lid 2, van de machtigingsrichtlijn dient volgens artikel 2, lid 1, van deze richtlijn de definitie in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn in aanmerking te worden genomen. Volgens deze definitie is een „elektronische-communicatiedienst” 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, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Daartoe behoren niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via

elektronische-communicatienetwerken. De definitie van het begrip telecommunicatiediensten in § 3, punt 24, TKG komt overeen met de definitie van „elektronische-communicatiedienst” in artikel 2, onder c), eerste volzin, van de kaderrichtlijn. Voor de door de verwijzende rechter in het hoofdgeding te beantwoorden vraag of verzoekster onder de meldingsplicht krachtens § 6, lid 1, TKG valt, is het in de zin van een Unierechtelijke uitlegging van het nationale recht van wezenlijk belang of verzoekster door het verstrekken van de dienst Gmail al dan niet een „elektronische-communicatiedienst” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn verricht.

- 24 De eerste prejudiciële vraag betreft het begrip „dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken” in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn. Het Hof is reeds in de gelegenheid geweest om zich over dit kenmerk uit te spreken (arresten UPC Nederland, C-518/11, punten 41 e.v., en UPC DTH Sàrl, C-475/12, punten 43 e.v.). In de rechtspraak is wat dat betreft echter nog niet duidelijk gemaakt of dit begrip aldus dient te worden uitgelegd dat het ook webgebaseerde e-maildiensten omvat of kan omvatten die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot internet verschaffen.
- 25 (subvraag a, „overbrengen van signalen”) Tegen de kwalificatie van Gmail als telecommunicatiedienst zou kunnen pleiten dat Gmail een e-maildienst is die via het open internet wordt verstrekt en die zelf geen toegang tot internet verschaft. De op basis van internetprotocollen verrichte doorgifte van de in datapakketten opgedeelde e-mails vanaf de internetaansluitingen van de eindgebruiker naar de internetaansluitingen van verzoekster en vandaar naar de internetaansluitingen van andere betrokken e-maildiensten wordt in werkelijkheid niet door verzoekster maar door de internet (access) providers bewerkstelligd. Derhalve dient duidelijk te worden gemaakt of de betrokkenheid van verzoekster bij het doorgifteproces (zoals hierboven beschreven in punten 5 en 6) onder het begrip „overbrengen van signalen” valt.
- 26 Met het oog op de kwalificatie van prestaties die erin bestaan dat een aanbieder van een e-maildienst gegevens verwerkt door middel van informatietechnologie, zou enerzijds, zoals verweerder argumenteert, het voor de beschrijving van communicatieprocessen op internet gehanteerde OSI-model („Open Systems Interconnection Reference Model”) kunnen worden aangevoerd voor het standpunt dat de door een aanbieder van een e-maildienst verrichte verwerking door middel van informatietechnologie, en meer bepaald het gebruik van het TCP teneinde op betrouwbare wijze datapakketten tussen twee netwerkdeelnemers te verzenden, in de transportlaag en niet in de toepassingslaag dient te worden ondergebracht. In dat geval zou de door verzoekster verrichte verwerking door middel van informatietechnologie reeds als het overbrengen van signalen moeten worden beschouwd.
- 27 Anderzijds zou in technische zin en met het oog op een afbakening tussen prestaties op inhoudelijk gebied en een telecommunicatierechtelijke overbrenging

in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn, evenwel ook kunnen worden aangeknoopt bij de netwerkaansluitpunten („Network Termination Points”) van de netwerkaanbieders, als interfaces tussen internet en het respectieve lokale computernetwerk („Local Area Network”). Volgens dit criterium zouden alleen de activiteiten tussen de netwerkaansluitpunten moeten worden beschouwd als „overbrenging van signalen”.

- 28 De verwijzende rechter wenst te vernemen waarop het accent dient te worden gelegd.
- 29 (subvraag b, toerekenbaarheid van „overbrenging van signalen”) Ingeval aanbieders van e-maildiensten zoals Gmail met deze diensten zelf geen signalen „overbrengen”, zouden dergelijke diensten als „elektronische-communicatiediensten” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn kunnen worden beschouwd indien de door de internet (access) providers verrichte overbrenging van signalen hun in functioneel of evaluatief opzicht kan worden toegerekend. Het is de vraag of het volstaat dat Gmail een overbrenging van signalen als technisch aspect vooronderstelt, ongeacht wie deze overbrenging bewerkstelligt. Met betrekking tot de toerekening heeft het Verwaltungsgericht aangevoerd dat verzoekster de door de internet (access) provider bewerkstelligde overbrenging de facto voor haar eigen doeleinden overneemt en dat zij daaraan in elk geval een eigen, voor het overbrengen van signalen onontbeerlijke technische bijdrage levert. Verzoekster betwist deze argumentatie. Zij is van mening dat voor een dergelijke toerekening vereist is dat zij feitelijk en rechtens of op zijn minst rechtens controle over de overbrenging van de signalen heeft, wat voor de aanbieders van e-maildiensten zoals Gmail niet het geval is, anders dan bij zogenaamde wederverkopers (resellers) van telecommunicatiediensten of aanbieders van speciale diensten die aan bepaalde kwaliteitsvereisten voldoen in de zin van artikel 3, lid 5, van verordening (EU) 2015/2120.
- 30 (subvraag c, „geheel [of] hoofdzakelijk”) Ingeval e-maildiensten zoals Gmail, die hun prestaties via het open internet verrichten zonder de eindgebruiker toegang tot het internet te verschaffen, onder het begrip „elektronische-communicatiedienst” in de zin van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn kunnen vallen voor zover zij zelf signalen overbrengen of voor zover hun de overbrenging van signalen door de internet (access) providers althans kan worden toegerekend, komt het er bij de verdere indeling onder het begrip „elektronische-communicatiedienst” uiteindelijk op aan of deze diensten ook „geheel of hoofdzakelijk” bestaan in het overbrengen van signalen. In de onderhavige samenhang kan het antwoord op de vraag wat dan als het zwaartepunt van een dergelijke e-maildienst moet worden beschouwd, evenwel variëren naargelang een functionele benadering vanuit het perspectief van de gebruiker of veeleer een technische benadering moet worden gevolgd.
- 31 Op basis van de kaderrichtlijn als zodanig en de rechtspraak van het Hof kan de eerste prejudiciële vraag niet worden beantwoord. Bovendien worden diensten zoals Gmail in andere lidstaten in de meeste andere lidstaten niet als telecommunicatiediensten aangemerkt (zie voor meer informatie BEREC, Report

OTT Services, BoR (16) 35, januari 2016, punten 3.2 en 4.2.2, beschikbaar op: http://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/reports/5751-bereg-report-on-ott-services). Voorts wordt verwezen naar het door de Commissie ingediende voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie [zie document COM(2016) 590 final, interinstitutioneel dossier 2016/0288/(COD)], dat in de plaats zou moeten komen van de bestaande regelgeving, inclusief de kaderrichtlijn. Dit zou een argument kunnen zijn voor de vaststelling dat de kaderrichtlijn gebaseerd is op een technisch onderscheid tussen „e-mailverzendingdiensten” die ook toegang tot het internet verschaffen, en e-maildiensten die, zoals Gmail, communicatie via het open internet aanbieden zonder ook toegang tot internet te verschaffen. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of de ontwerprichtlijn in vergelijking met de kaderrichtlijn ook een inhoudelijk nieuwe regeling bevat of dat zij enkel bedoeld is om de thans geldende regelgeving te verduidelijken.

- 32 De tweede prejudiciële vraag is gesteld voor het geval dat het begrip „dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken” in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat het zich niet uitstrekt tot e-maildiensten die via het open internet ter beschikking worden gesteld en die zelf geen toegang tot internet verschaffen. Voor dat geval heeft verweerder namelijk gewezen op het feit dat verzoekster in Duitsland een eigen netwerkinfrastructuur exploiteert die via een zogenaamde peering-dienst met het overige internet verbonden is, en waarvan zij beweert dat zij deze ook voor het aanbieden van Gmail gebruikt. In elk geval om deze reden moet dus worden aangenomen dat er sprake is van het overbrengen van signalen. Verzoekster betwist dit niet, maar voert aan dat deze infrastructuur veeleer is opgezet voor het aanbieden van gegevensintensieve diensten zoals „Google zoeken” en „YouTube” en dat zij niet vereist is voor het aanbieden van Gmail. Voor de verwijzende rechter rijst de vraag of de exploitatie van deze netwerkinfrastructuur überhaupt t de dienst Gmail kan worden gerekend.
- 33 De derde prejudiciële vraag betreft de uitlegging van „gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden” in artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn. Zij berust op het feit dat verzoekster Gmail de gebruiker gratis ter beschikking stelt.
- 34 (subvraag a) De vraag rijst of het begrip „tegen vergoeding” ook gevallen omvat waarin de gebruikers van een dienst een andere tegenprestatie levert dan het betalen van een vergoeding maar die voor de verstrekker van de dienst van economisch belang is, bijvoorbeeld doordat de gebruiker actief persoonsgegevens of andere gegevens ter beschikking stelt of doordat dergelijke gegevens nog op een andere wijze, bijvoorbeeld door het gebruik van cookies, worden verkregen door de aanbieder van de dienst wanneer daarop een beroep wordt gedaan.
- 35 (subvraag b) De vraag betreffende een andere tegenprestatie zou niet van belang zijn indien het begrip „tegen vergoeding” ook aldus kan worden uitgelegd dat deze „vergoeding” niet dwingend hoeft te worden verstrekt door degene te wiens

behoefte de dienst wordt verricht, zodat financiering van de dienst door derden, bijvoorbeeld uit reclame, zou volstaan.

- 36 (subvraag c) Afhankelijk van het antwoord op het eerste en het tweede deel van de derde vraag is het mogelijk van doorslaggevend belang wat het referentiepunt voor het begrip „gewoonlijk” is. Het onderzoek van dit begrip kan namelijk tot verschillende resultaten leiden al naargelang het accent wordt gelegd op de vraag of verzoekster Gmail doorgaans tegen vergoeding aan de gebruiker van de dienst aanbiedt dan wel op de vraag of identieke of op zijn minst vergelijkbare diensten doorgaans tegen vergoeding worden aangeboden zonder dat dit dwingend ook voor Gmail zelf moet gelden.
- 37 Zoals reeds in het kader van de eerste vraag (hierboven, punt 31) gaat de verwijzende rechter ook wat betreft de derde vraag in op Unierechtelijke wetgevingsdocumenten en onderzoekt hij welke argumenten daarin zouden kunnen worden gevonden. Naar zijn oordeel dient mogelijk in aanmerking te worden genomen dat de bewoordingen van artikel 2, onder c), van de kaderrichtlijn tijdens de wetgevingsprocedure is gewijzigd [zie interinstitutioneel dossier 2000/0184(COD)]. Terwijl in de oorspronkelijke ontwerprichtlijn van de Europese Commissie „tegen betaling” aangeboden diensten werden vereist (zie document COM(2000) 393 def.), zouden volgens het Europees Parlement „bedrijfsmatig” aangeboden diensten volstaan (zie document A5-0053/2001). Het door het Parlement voorgestelde amendement is echter niet aangenomen. De definitieve versie met de toevoeging van het woord „gewoonlijk” vóór „tegen vergoeding” lijkt zijn oorsprong te vinden in een als tussenpositie bedoeld voorstel van de Europese Raad (zie documenten ST 10420 2002 REV1 en ST 6969 2001 INIT).
- 38 Dit pleit mogelijk voor een enge uitlegging. Anderzijds heeft het Hof het begrip „tegen vergoeding” in het kader van de verrichting van andere diensten in de zin van artikel 57 VWEU tot nog toe ruim uitgelegd, op een manier die qua strekking mogelijk ook hier relevant is en die niet vereist dat de dienst wordt betaald door degene te wiens behoefte hij wordt verricht, zodat ook financiering door middel van reclame zou volstaan (zie arresten Bond van Adverteerders e.a., C-352/85, punt 16, en Sotiris Papasavvas, C-291/13, punt 27 e.v.).