



Datum van inontvangstneming : 02/04/2018

**Zaak C-142/18****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:**

23 februari 2018

**Verwijzende rechter:**

Hof van beroep Brussel (België)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

7 februari 2018

**Verzoekende partij:**

Skype Communications Sàrl

**Verwerende partij:**

Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT)

---

**Feiten en voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Met haar software „Skype” verstrekt de vennootschap naar Luxemburgs recht Skype Communications (hierna: „Skype”) haar klanten een spraaktelefonie- en teleconferentiedienst op internet. Skype maakt dus uitsluitend communicatie tussen de gebruikers van die software mogelijk. Met de betaaloptie SkypeOut daarentegen kan de gebruiker vanaf zijn computer naar een klassiek vast of mobiel nummer bellen. Maar met SkypeOut is het niet mogelijk oproepen te ontvangen, in ieder geval niet van gebruikers van Belgische nummers.
- 2 In casu staat vast dat:
  - de eindgebruiker Skype betaalt voor de dienst SkypeOut, waarmee die gebruiker vanaf een internetverbinding, die hem door een derde (zijn internetprovider; hierna: „ISP”) wordt geleverd, naar vaste of mobiele nummers van het openbare geschakelde telefonienetwerk (hierna: „PSTN”) kan bellen; en

- een oproep via SkypeOut eerst een overbrenging van signalen via het openbare internet (eerste segment) inhoudt en vervolgens een overbrenging van signalen via het PSTN (tweede segment); terwijl de eindgebruiker voor het eerste segment een contractuele verhouding met zijn ISP heeft, die dus aansprakelijk is voor de overbrenging via dat segment, gaat die eindverbruiker geen contractuele verhouding aan met de exploitanten die op het PSTN actief zijn, die met Skype voorafgaande overeenkomsten hebben gesloten en voor hun diensten door Skype worden vergoed.
- 3 Bij brieven van 11 mei en 9 augustus 2011 heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (Belgische instantie die met name belast is met de regulering van de elektronische-communicatiemarkt; hierna „BIPT”) Skype gevraagd een kennisgeving van haar dienst SkypeOut in te dienen. Skype heeft geantwoord dat zij aan dat verzoek geen gevolg wenste te geven omdat zij in België geen activiteit uitoefent en hoe dan ook geen enkele elektronische-communicatiedienst (hierna: „ECD”) aanbiedt.
  - 4 Het BIPT heeft Skype bij besluit van 30 mei 2016 een administratieve boete van 223 454 EUR opgelegd wegens niet-naleving van artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: „WEC”) in de periode van 1 oktober 2013 tot en met 30 mei 2016. Die bepaling schrijft in wezen voor dat het aanbieden of het doorverkopen van elektronischecommunicatiediensten of -netwerken pas kan worden aangevat na een kennisgeving aan het BIPT.
  - 5 Skype en het BIPT zijn het niet eens over de vraag of de dienst SkypeOut als „elektronische-communicatiedienst” moet worden gekwalificeerd en dus of voor die dienst een voorafgaande kennisgeving verplicht is.

### **Toepasselijke bepalingen**

#### *a) WEC*

- 6 Volgens artikel 2, punt 5, WEC wordt verstaan onder:
 

„[,ECD’]: een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen, waaronder schakel- en routingsverrichtingen, van signalen via elektronische communicatienetwerken, met uitzondering van [...] (b) de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronischecommunicatienetwerken [...].”
- 7 Artikel 9, § 1:

„Het aanbieden of het doorverkopen [...] van elektronischecommunicatiediensten of -netwerken kan [...] pas aangevat worden na een kennisgeving aan het [BIPT] [...]”

*b) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn)*

8 Volgens artikel 2, eerste alinea, onder c), wordt verstaan onder:

„[,ECD’]: een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecommunicatienetwerken [...]. Hij omvat 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”.

*c) Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn)*

9 Artikel 3, lid 2:

„Het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken of het aanbieden van elektronische communicatiediensten kan, onverminderd de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, en de gebruiksrechten van artikel 5, alleen worden onderworpen aan een algemene machtiging. Van de betrokken onderneming kan worden verlangd dat zij een kennisgeving indient, maar niet dat zij een expliciet besluit of andere bestuurshandeling van de nationale regelgevende instantie moet verkrijgen alvorens de uit de machtiging voortvloeiende rechten te kunnen uitoefenen. Na de eventueel vereiste kennisgeving kan een onderneming haar activiteiten aanvangen, waar nodig met inachtneming van de bepalingen inzake gebruiksrechten van de artikelen 5, 6 en 7.”

*d) Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij*

10 Artikel 1, lid 1, onder b):

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

b) ‚dienst’: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht.

Voor de toepassing van deze definitie wordt verstaan onder:

i) ‚op afstand’: een dienst die wordt geleverd zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn,

ii) ‚langs elektronische weg’: een dienst die wordt verzonden en ontvangen via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen,

iii) ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten’: een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.”

### **Standpunten van partijen**

- 11 Partijen betwisten niet dat de software Skype zelf niet onder het begrip „ECD” valt. Een (gratis) gewone Skypeoproep bestaat weliswaar in de overbrenging van signalen, maar Skype speelt geen actieve rol in die overbrenging. Partijen zijn het daarentegen niet eens over de vraag of de dienst SkypeOut als een „ECD” moet worden gekwalificeerd en dus of voor die dienst voorafgaande kennisgeving verplicht is.

#### ***a) Standpunt van Skype***

*1) Skype biedt geen diensten aan in België*

- 12 Skype, die in het Groothertogdom Luxemburg is gevestigd, stelt dat zij geen dienst aanbiedt die specifiek op de Belgisch ingezetene is gericht. Louter het feit dat een Belgisch ingezetene SkypeOut kan gebruiken, houdt niet in dat Skype een dienst in België aanbiedt. Het BIPT is dus territoriaal niet bevoegd voor Skype.

*2) De dienst SkypeOut brengt geen enkel signaal over en kan dus niet als een ECD worden gekwalificeerd*

- 13 Bij de dienst SkypeOut wordt het signaal als volgt overgebracht:
- eerst via de ISP van de oproeper: die ISP levert de overbrengingsdiensten en controleert in laatste instantie of de gebruiker al dan niet toegang heeft tot de functies van Skype; en
  - vervolgens via de aanbieders van telecommunicatiediensten die naar behoren gemachtigd zijn om oproepen via het PSTN over te brengen en af te leveren: die aanbieders halen de signalen van internet en voeren alle verrichtingen en

overbrengingen van signalen uit die noodzakelijk zijn voor de aansluiting van het verkeer vanaf het openbare internet (waarmee de Skypegebruiker verbonden is) op het PSTN.

- 14 Skype heeft geen enkele controle over die verrichtingen, die naar behoren gemachtigde derde aanbieders uitvoeren. Skype aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor de overbrenging naar de gebruiker, wat in de toepasselijke contractvoorwaarden is vermeld. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie vormt aansprakelijkheid voor de overbrenging van de signalen evenwel een essentieel bestanddeel van de definitie van een ECD.
- 15 Zelfs als wordt verondersteld dat Skype daadwerkelijk signalen overbrengt (wat niet het geval is), zou de dienst SkypeOut toch niet als ECD kunnen worden gekwalificeerd. Volgens de definitie van ECD moet deze dienst geheel of hoofdzakelijk uit het overbrengen van signalen bestaan. Als er al signalen worden overgebracht, gaat het om een bijkomstige functie van de Skypesoftware, zodat de overbrenging een neveneffect is.
- 16 Bovendien is de dienst SkypeOut een „over-the-top”-dienst (hierna: „OTT”), namelijk een dienst die op internet beschikbaar is zonder enige betrokkenheid van een traditionele communicatieaanbieder. Een dergelijke dienst valt niet onder de definitie van ECD.
- 17 In zijn „verslag over de OTT-diensten” van januari 2016<sup>1</sup> erkent het Bureau van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) dat: „[a]angezien niet duidelijk is in welke mate de huidige definitie van de ECD bepaalde types OTT-diensten omvat, verschillende conclusies kunnen worden getrokken over de kwalificatie van bepaalde OTT-diensten als ECD. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de OTT-spraakdiensten waarbij binnenkomende of uitgaande oproepen via de openbare telefoondienst mogelijk zijn.”<sup>2</sup> De Europese wetgever is trouwens van plan de definitie van ECD te wijzigen om er een nieuwe subcategorie van ECD’s in op te nemen, de zogenaamde „persoonlijke communicatiediensten”. De definitie ervan luidt: „een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die directe persoonlijke en interactieve uitwisseling van informatie via elektronische-communicatienetwerken tussen een eindig aantal personen mogelijk maakt, en waarbij de personen die de communicatie starten of eraan deelnemen, bepalen welke de ontvangers zijn; daaronder vallen niet diensten die persoonlijke en interactieve communicatie mogelijk maken als een louter bijkomstig kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met een andere dienst”.<sup>3</sup> De wil van de wetgever om die nieuwe subcategorie te

<sup>1</sup> [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ottservices](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ottservices)

<sup>2</sup> Verslag BEREC, blz. 3.

<sup>3</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie COM(2016)590 final; 2016/0288 (COD).

creëren, toont aan dat de toepassingen en diensten die via internet worden aangeboden, niet onder de huidige definitie vallen.

*3) De dienst SkypeOut voldoet aan de definitie van dienst van de informatiemaatschappij (hierna: „DIM”)*

- 18 De dienst SkypeOut voldoet aan de definitie van DIM van artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij. Een DIM valt niet onder de definitie van een ECD.
- 19 Bovendien erkent het BIPT dat de gewone Skypedienst een DIM vormt. SkypeOut is evenwel geen autonome dienst, maar een extra functie van de basisdienst Skype. Ingeval de Belgische gebruiker van Skype die toepassing niet mocht kunnen downloaden of gebruiken, zou hij SkypeOut niet kunnen gebruiken. De dienst SkypeOut moet dus ook als DIM worden gekwalificeerd.

*4) Begrip „doorverkopen van een ECD”*

- 20 Artikel 9, lid 1, van de WEC bepaalt dat „[h]et aanbieden *of het doorverkopen* [...] van elektronischecommunicatiediensten of -netwerken [...] pas aangevat [kan] worden na een kennisgeving aan het [BIPT]” [cursivering toegevoegd door Skype].
- 21 De dienst SkypeOut bestaat evenmin in het doorverkopen van een ECD. De parlementaire voorbereidingsstukken van de WEC, die het begrip „doorverkopen” niet definiëren, luiden immers: „Doorverkopers bieden zelf geen eigen communicatiedienst of -netwerk aan, maar verkopen de dienst van een operator door aan eindgebruikers.” Dit geval betreft dus alleen rechtstreekse „end-to-end”-verkoop van de dienst „as is” („zoals deze is”) van de infrastructuurbeheerder, zoals doorverkoop door een exploitant van een virtueel mobiel netwerk van belminuten die in grote hoeveelheden op het netwerk van een netwerkbeheerder zouden worden aangekocht.
- 22 Dat is niet het geval met de dienst SkypeOut, waarbij geen dienst „as is” wordt doorverkocht, maar gebruik wordt gemaakt van de dienstverlening van verschillende aanbieders (minstens een ISP, waarmee Skype geen contractuele of andere verhouding heeft, en minstens een derde entiteit).
- 23 Voor het overige verruimt de Belgische wetgever het toepassingsgebied van het Europese regelgevingskader door in de WEC aan de term „aanbieden” de term „doorverkopen” toe te voegen (een uitbreiding die geen enkele andere lidstaat in zijn uitvoeringswetgeving heeft doorgevoerd).

***b) Standpunt van het BIPT***

*1) Territoriale bevoegdheid*

- 24 SkypeOut wordt in België aangeboden, zodat het BIPT binnen de grenzen van zijn territoriale bevoegdheden is gebleven door de in België aangeboden dienst als ECD in de zin van de WEC te kwalificeren.
- 25 In zijn arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 106), heeft het Hof van Justitie in herinnering gebracht dat een lidstaat ondernemingen die op zijn grondgebied elektronische-communicatiediensten aanbieden, de verplichting tot kennisgeving van artikel 3 van de machtigingsrichtlijn kan opleggen, maar dat die ondernemingen daar geen filiaal of een onderscheiden juridische entiteit hoeven op te richten wanneer zij in een andere lidstaat zijn gevestigd.
- 26 Op basis van die rechtspraak heeft het BIPT in zijn mededeling van 27 februari 2015 betreffende de verplichting tot melding gepreciseerd „dat een operator waarvan de hoofdzetel niet in België ligt en die een dienst aanbiedt die beschikbaar is op Belgische bodem, zich moet melden als operator, zelfs wanneer het contract met de eindgebruiker in het buitenland is gesloten of via het internet”.
- 27 Skype brengt een aanbod genaamd „België” op de markt, dat toegankelijk is door op een Belgische vlag te klikken en bestemd is voor de Belgische gebruiker. Hoewel de oproeper zich niet noodzakelijkwijs in België hoeft te bevinden om op dat nationale aanbod in te schrijven, moeten de gehanteerde prijzen en de manier waarop het aanbod op de markt wordt gebracht, onder de klanten van het aanbod „België” een aanzienlijk aantal Belgische gebruikers lokken om via SkypeOut binnenslands te bellen. Skype biedt bovendien verschillende betaalopties aan die specifiek op de Belgische consument zijn afgestemd.

## 2) Actieve rol van Skype

- 28 Volgens het BIPT bestaat een uitgaande oproep via SkypeOut in de overbrenging van signalen tussen twee eindapparaten, het ene verbonden met internet via toegang tot een breedbandnetwerk en het andere verbonden met een PSTN. Skype speelt geen actieve rol in de overbrenging van de signalen bij een (gratis) gewone Skypeoproep, maar doet dat wel bij een oproep via SkypeOut. Daarbij is die overbrenging in twee segmenten opgesplitst, een eerste segment via de internettoegang zoals bij een gewone Skypeoproep en een tweede segment via een PSTN zoals bij een klassiek telefoongesprek.
- 29 Voor de overbrenging via dat tweede segment heeft Skype immers actief moeten optreden om i) de gegevensbanken met de via SkypeOut toegankelijke vaste en mobiele telefoonnummers aan te vullen en bij te werken; ii) haar machtigings- en facturatieprocessen aan te passen, aangezien de dienst aan de klanten van SkypeOut betalend is; iii) interconnectieovereenkomsten met de PSTN-exploitanten te sluiten, zodat zij de oproepen via hun netwerken afleveren en voor die prestatie worden vergoed; iv) gateways (PSTN-servers) te gebruiken, zodat het signaal naar de PSTN-exploitanten kan worden overgebracht en zij de oproep kunnen doorgeven naar het vaste of mobiele aansluitpunt van de ontvanger, of een



overeenkomst te sluiten met dienstverleners die dergelijke servers beheren, en v) de adresseringsfuncties van de software aan te passen en op die manier ervoor te zorgen dat het signaal naar de juiste gateway en van daar naar het juiste aansluitpunt wordt doorgegeven.

- 30 De omstandigheid dat Skype zelf geen signalen zou overbrengen, is in casu irrelevant, want het begrip „aanbieder van een ECD” is niet te verwarren met het begrip „exploitant van een elektronische-communicatienetwerk”. Een eigen infrastructuur is niet nodig om een ECD aan te bieden. Het Hof van Justitie heeft zich over die kwestie al uitgesproken in zijn arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285).
- 31 Skype is wel degelijk aansprakelijk voor de overbrenging van de SkypeOut-oproepen jegens de eindgebruiker, haar klant. De dienst wordt de klant niet aangeboden door de exploitanten van communicatienetwerken, die met hem geen contractuele verhouding hebben. De aansprakelijkheid jegens de eindgebruiker is de kern van de definitie van ECD. Het Hof van Justitie heeft dat bevestigd in zijn arresten van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285), en 7 november 2013, UPC Nederland (C-518/11, EU:C:2013:709). Het gaat dus niet om de vraag of de dienstverleners instaan voor het procedé van de elektronische overbrenging en evenmin om wie fysiek met die overbrenging is belast. Wel moet worden uitgemaakt wie de uitvoering van die functie jegens de eindgebruiker moet waarborgen. Skype waarborgt de beschikbaarheid van de dienst SkypeOut jegens de gebruiker van die dienst. De fysieke levering van die dienst is technisch enkel mogelijk als Skype de nodige apparatuur beheert (of de machtiging heeft om die te gebruiken) om de signalen van het netwerk van de ISP over te brengen naar het PSTN, waarmee de ontvanger van de oproep verbonden is. De omstandigheid dat Skype via de algemene voorwaarden zelf haar aansprakelijkheid afwijst die zij jegens de gebruiker van de software heeft in geval van defect of niet-beschikbaarheid van de oproepdienst, is irrelevant voor de kwalificatie van de dienst. Daarvoor is het van belang uit te maken of er aansprakelijkheid is, en niet of de voorwaarden vervuld zijn om in een specifiek geval ervan te zijn vrijgesteld.
- 32 Wat de vraag betreft of SkypeOut bijkomstig is, blijkt het riskant een betaaldienst als „bijkomstig” aan het gebruik van gratis software te kwalificeren. De dienst SkypeOut onderscheidt zich van de gratis dienst door de mogelijkheid om naar vaste en mobiele nummers te bellen. Die mogelijkheid kan de klant van de dienst SkypeOut alleen worden aangeboden met de transportfunctie die Skype heeft opgezet via partnerships met PSTN-exploitanten, die zij daarvoor trouwens vergoedt. Transport van signalen is dus het hoofdkenmerk van de aangeboden dienst.

### 3) Begrip „DIM”

- 33 Volgens artikel 2, punt 5°, uitzondering b), van de WEC, dat uitvoering geeft aan artikel 2 van de kaderrichtlijn, vallen alleen de DIM's „die niet geheel of

hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen” buiten de materiële werkingssfeer van het regelgevingskader. In casu is dat niet het geval.

*4) Begrip „doorverkopen”*

- 34 De kwestie van de exacte draagwijdte van het begrip „doorverkopen” van artikel 9 van de WEC is bijkomstig, omdat de begrippen „doorverkopen en „aanbieden” elkaar overlappen. Zoals BEREK in zijn verslag 2016 over de OTT preciseert, wordt „een aanbieder [...] aansprakelijk voor de overbrenging jegens de eindgebruiker wanneer hij diensten koopt die bestaan in de overbrenging van de signalen van een aanbieder en die vervolgens verkoopt – mogelijk in combinatie met aanvullende diensten – aan zijn eindgebruiker. Bij deze uitlegging zouden de gevallen van doorverkoop, [...], gespreksafgiftediensten enz. onder de definitie van ECD vallen.”
- 35 Dat is in casu het geval, omdat Skype bij haar nationale partners gespreksafgiftediensten koopt om ervoor te zorgen dat uitgaande oproepen via SkypeOut worden doorgegeven. Het is trouwens omdat die gespreksafgiftedienst betalend (gereguleerd) is, dat de dienst SkypeOut niet gratis is.

*5) Het bellen van nummers van een openbaar telefoonnummerplan impliceert dat SkypeOut een ECD is*

- 36 Het gebruik bij SkypeOut van nummers van een openbaar telefoonnummerplan met toegang tot het PSTN, is een relevant gegeven om uit te maken of een dienst al dan niet als ECD moet worden gekwalificeerd.
- 37 De mogelijkheid om E.164-nummers van een nationaal plan te bellen, vormt immers het hoofdkenmerk van de carrier(voor)keuzedienst (bekend als „CPS”, dat staat voor „carrier pre-selection”), waarmee een gebruiker naar nationale of internationale mobiele en vaste nummers kan bellen tegen een bepaald tarief afhankelijk van de bestemming en de duur van de oproep. Die dienst verloopt in één richting: alleen uitgaande oproepen zijn mogelijk, geen binnenkomende. Qua vorm is die dienst dus vergelijkbaar met SkypeOut. De voorwaarden voor het aanbieden van carrier(voor)keuzediensten zijn geregeld in richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 tot wijziging van richtlijn 97/33/EG wat betreft nummerportabiliteit tussen exploitanten en carriërvorkeuze (PB 1998, L 268, blz. 37) en richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 51), die op de ECD’s betrekking hebben. Naar analogie moeten alle diensten waarbij nummers van een nationaal plan worden gebruikt, als elektronische-communicatiedienst worden beschouwd in de zin van artikel 2 van de kaderrichtlijn en artikel 2, punt 5°, van de WEC.

*6) De regelgevende instanties van andere lidstaten delen het standpunt van het BIPT*

38 In tal van lidstaten wordt SkypeOut als een elektronische-communicatiedienst beschouwd. Het standpunt van het BIPT wordt gedeeld door de nationale regulerende instanties in Oostenrijk, Denemarken, Finland, Frankrijk, Duitsland, Ierland, Italië, Spanje, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.

*7) Arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981)*

39 In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de dienst die via de app Uber wordt geleverd, geen gewoon IT-instrument is waartoe toegang wordt verleend voor de elektronische handel. Die dienst moet daarentegen worden gezien in het licht van de echte aard van de behoefte waaraan door middel van die app wordt voldaan, in casu een taxidienst.

40 Hetzelfde geldt voor het BIPT in de onderhavige zaak, waarin de reële aard van de behoefte van de gebruikers waaraan SkypeOut voldoet, impliceert dat het wel degelijk om een ECD gaat.

*8) Aanhangigmaking bij het Hof van Justitie van de Europese Unie*

41 Subsidiair stelt het BIPT voor om het Hof te verzoeken om uitlegging van het begrip „ECD” in de zin van artikel 2, eerste alinea, onder c), van de kaderrichtlijn.

### **Beoordeling door het Hof van beroep Brussel**

42 Het Hof van beroep Brussel merkt allereerst op dat het aanbod SkypeOut „België”, dat toegankelijk is door op een Belgische vlag te klikken, specifiek bestemd is voor de Belgische gebruiker, zoals de naam aangeeft.

43 Vervolgens buigt het Hof van beroep Brussel zich over de definitie van „ECD” in de zin van artikel 2, eerste alinea, onder c), van de kaderrichtlijn en artikel 2, punt 5°, van de WEC, en merkt op dat die definitie twee onderdelen bevat:

- een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst;
- die geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken.

44 Dat voor de dienst SkypeOut moet worden betaald en dat deze dienst dus tegen vergoeding wordt aangeboden, wordt niet betwist.

45 Uitgemaakt moet dus nog worden of die dienst geheel of hoofdzakelijk uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken bestaat.

46 Dienaangaande verwijst de het Hof van beroep Brussel naar het arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43), waarin het Hof van Justitie betreffende de definitie van een ECD heeft geoordeeld dat „de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan

[verzoekster] toebehoort, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst. Dienaangaande is immers alleen van belang dat [verzoekster] 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.”

- 47 De definitie van ECD is dus vooral gebaseerd op de aansprakelijkheid van de aanbieder van die dienst voor het overbrengen van de signalen. In bovenvermeld verslag van januari 2016 over de OTT-diensten vermeldt BEREC over de OTT-spraakdiensten waarbij, zoals bij SkypeOut, binnenkomende en/of uitgaande oproepen via het PSTN mogelijk zijn, dat een mogelijke uitlegging van de definitie van de ECD zou zijn dat een OTT-aanbieder die de afgifte koopt en als onderdeel van een ruimere dienstverlening aan de eindgebruikers verkoopt, aansprakelijk is voor die afgifte en overbrenging van signalen die ervan deel uitmaakt.
- 48 Die voorzichtige formulering (*een mogelijke uitlegging [...] zou zijn*) wijst er niettemin op dat er over deze kwestie geen unanimititeit heerst. Hoewel het BEREC in zijn verslag opmerkt dat een OTT-spraakdienst met de mogelijkheid om naar het PSTN te bellen, volgens de meeste nationale regelgevende instanties een ECD vormt, acht het het wenselijk dat het Hof van Justitie zich hierover uitspreekt.<sup>4</sup>
- 49 Het Hof van beroep vindt het bijgevolg ook noodzakelijk het Hof prejudiciële vragen te stellen.

### **Prejudiciële vragen**

1. Moet volgens de definitie van elektronische-communicatiedienst in artikel 2, onder c), van richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, zoals gewijzigd, 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 af te geven overeenkomsten sluit waardoor de gespreksafgifte naar een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan mogelijk is?

<sup>4</sup> Verslag BEREC, blz. 21.

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

3. Ingeval de twee eerste vragen 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 eindklant aanvaardt voor het overbrengen van de signalen?

4. Ingeval de drie eerste vragen bevestigend worden beantwoord, blijft het antwoord op de eerste vraag dan ongewijzigd als er rekening mee wordt gehouden dat de dienst ook aan de definitie van 'dienst van de informatiemaatschappij' voldoet?

### **Door het Hof van beroep Brussel voorgestelde antwoorden**

50 Het Hof van beroep is van oordeel dat bovenstaande vragen bevestigend zouden kunnen worden beantwoord gelet met name op de volgende overwegingen:

i) De dienst SkypeOut dient het mogelijk te maken naar een vast of mobiel nummer te bellen. Bijgevolg is de overbrenging van de signalen via de PSTN's (tweede segment) een essentieel onderdeel van die dienst, die dan ook kan worden geacht hoofdzakelijk uit het overbrengen van signalen te bestaan. De eindgebruiker betaalt de vergoeding voor de dienst – die hij niet betaalt wanneer hij de software Skype zonder de dienst SkypeOut gebruikt en die evenals de toepasselijke contractuele voorwaarden door Skype is vastgelegd – voor die overbrenging van signalen.

ii) Als het kernelement van de dienst voor de eindgebruiker de overbrenging van de signalen via de telefonienetwerken is (tweede segment) en die eindgebruiker alleen met Skype een contractuele verhouding voor dat onderdeel heeft, impliceert dat dan niet noodzakelijkerwijs dat Skype aansprakelijk is voor die overbrenging jegens de eindgebruiker?

iii) Een VoIP-dienst kan voor de gebruiker in elk geval in bepaalde omstandigheden (wanneer hij over een internetverbinding beschikt) een telefonische oproep vervangen. Omdat openbaar internet alsmaar toegankelijker is, valt niet uit te sluiten dat dat steeds meer het geval is.

iv) Ook al zijn spraakoproepen naar een vast of mobiel nummer alleen mogelijk met een betalende specifieke functie van software die zonder die functie kan worden gebruikt om uitsluitend op het openbare internet te bellen, lijkt dat geen gevolgen te hebben voor de analyse van de dienst die wordt geleverd wanneer de functie gebruikt wordt voor spraakoproepen naar een vast of mobiel nummer. De

twee diensten bieden de gebruiker niet dezelfde functies en zijn a priori dus verschillend.

v) Indien de beperkingen en uitsluitingen van aansprakelijkheid in de algemene voorwaarden van een aanbieder van de dienst van invloed waren op het antwoord op de vraag of de aanbieder aansprakelijk is voor de overbrenging van de signalen ten behoeve van de definitie van ECD in de zin van de kaderrichtlijn, zou die aanbieder zelf contractueel kunnen bepalen of hij al dan niet een ECD levert, wat moeilijk aanvaardbaar zou zijn;

vi) Volgens artikel 2, eerste alinea, onder c), van de kaderrichtlijn omvat de ECD niet de DIM's die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, zodat twee voorwaarden vervuld moeten zijn om buiten de definitie van ECD te vallen: i) dat de dienst aan de definitie van een DIM voldoet en ii) dat hij niet geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. Indien de dienst hoofdzakelijk in het overbrengen van signalen bestaat, lijkt de uitzondering voor de DIM's dus niet van toepassing.