



BITS OF FREEDOM
VERDEDIGT DIGITALE BURGERRECHTEN

Position Paper
Netwerkneutraliteit

5 januari 2010



BITS OF FREEDOM
VERDEDIGT DIGITALE BURGERRECHTEN

Position Paper

Netwerkneutraliteit

5 januari 2010

Over dit stuk

Bits of Freedom verdedigt communicatievrijheid en privacy in de informatiemaatschappij. Dit paper is geschreven door Bits of Freedom met medewerking van Rashid Niamat en anderen. Alleen Bits of Freedom is verantwoordelijk voor de inhoud en de eindredactie van dit paper.

Contact

Ot van Daalen
+31(0)654386680
ot.vandaalen@bof.nl

1. INTRODUCTIE EN CONCLUSIE

1. Op Europees niveau is overeenstemming bereikt over de herziening van de Europese telecommunicatierichtlijnen (het New Regulatory Framework, “**NRF**”). Het Ministerie van Economische Zaken (het “**Ministerie**”) zal deze nieuwe richtlijnen nu in de Nederlandse wet- en regelgeving implementeren. Bits of Freedom begrijpt dat het Ministerie deze gelegenheid aangrijpt om haar beleid ten aanzien van netwerkneutraliteit te formuleren. In het rapport over netwerkneutraliteit van 19 juni 2009 dat Dialogic in opdracht van het Ministerie heeft geschreven, is een voorzet gedaan voor dit beleid.
2. De vraag is of het in dit rapport geformuleerde voorstel tot gevolg heeft dat netwerkneutraliteit in Nederland ook in de toekomst voldoende gewaarborgd blijft. Naar de mening van Bits of Freedom is dat niet het geval. Zij komt in dit *position paper* tot de volgende conclusies:
 - Netwerkneutraliteit is van groot belang voor de informatiemaatschappij: het garandeert een open en vrij internet en stimuleert keuzevrijheid en innovatie. Het is bovendien een belangrijke waarborg voor de fundamentele rechten van de gebruikers van het internet.
 - Netwerkneutraliteit komt steeds meer onder druk te staan, omdat providers geneigd zullen zijn of gevraagd zullen worden om internetverkeer te discrimineren. De overheid kan daarom niet vertrouwen op marktwerking en bestaande wet- en regelgeving om netwerkneutraliteit te garanderen.
 - De Nederlandse overheid moet dus actief maatregelen nemen om netwerkneutraliteit te waarborgen. Het door Dialogic voorgestelde beleid waarbij slechts tot transparantie wordt verplicht, is echter onvoldoende om schendingen van netwerkneutraliteit te voorkomen: de overschakelingskosten kunnen te hoog zijn, en het is niet uitgesloten dat alle providers hetzelfde beleid zullen voeren (zodat overstappen geen zin heeft).
3. Bits of Freedom beveelt daarom in dit *position paper* aan dat het Ministerie bij het implementeren van haar beleid een robuust kader voor de bescherming van netwerkneutraliteit omarmt, door:
 - Een beginsel in de Telecommunicatiewet te introduceren, dat erop neerkomt dat de besluiten van OPTA moeten bevorderen dat eindgebruikers kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware en software zij hiervoor willen gebruiken.
 - Een specifieke bepaling te introduceren, die providers – kort gezegd – verbiedt om internetverkeer te discrimineren, tenzij deze discriminatie kan worden aangemerkt als redelijk netwerkbeheer.
 - Deze bepaling zou door OPTA via de administratiefrechtelijke route moeten kunnen worden afgedwongen, waarbij belanghebbenden tevens de mogelijkheid krijgen om te klagen bij OPTA. OPTA zou niet handhaven voor zover uit een onafhankelijk, empirisch onderzoek blijkt dat een verplichting tot transparantie voldoende is om netwerkneutraliteit te garanderen. De bepaling zou daarnaast door belanghebbenden in civiele zaken afgedwongen moeten kunnen worden.
4. Bits of Freedom licht deze conclusies hieronder toe.

2. NETWERKNEUTRALITEIT BELANGRIJK VOOR INFORMATIEMAATSCHAPPIJ

5. Nederland is in korte tijd veranderd in een maatschappij waar actief alle vormen van elektronische communicatie worden benut. Het gebruik van internet en mobiele telefonie in ons land is uitzonderlijk hoog. De Nederlandse informatiemaatschappij heeft daarmee veel belang gekregen bij een robuuste bescherming van netwerkneutraliteit.
6. Het is goed om eerst kort toe te lichten wat Bits of Freedom onder netwerkneutraliteit verstaat. Zoals ook blijkt uit het Dialogic-rapport, zijn de meningen verdeeld over de betekenis van het begrip netwerkneutraliteit. Naar de mening van Bits of Freedom houdt het uitgangspunt van netwerkneutraliteit in dat providers internetverkeer niet mogen discrimineren naar bron, inhoud of bestemming.¹ Daarop zijn talloze uitzonderingen denkbaar, en een deel daarvan is voor de internetgebruiker niet noodzakelijkerwijs negatief. Het debat over netwerkneutraliteit gaat in de kern dus over *de situaties en de mate waarin* providers zich mogen inlaten met het internetverkeer van hun gebruikers.

2.1 Netwerkneutraliteit is belangrijk voor fundamentele rechten en en creëert waarde voor de informatiemaatschappij

7. Netwerkneutraliteit is van essentieel belang voor de bescherming van fundamentele rechten van internetgebruikers, en – daarmee samenhangend – een open en vrij internet in het algemeen. Als providers zich zouden inlaten met het internetverkeer van hun gebruikers, zou dit een beperking van het grondrecht op communicatievrijheid van hun gebruikers opleveren. Daarbij komt dat providers pas internetverkeer kunnen discrimineren naar inhoud, als zij dat internetverkeer bekijken – en dat kunnen ze pas doen door IP-pakketjes te inspecteren (“deep packet inspection”). Die praktijk staat op gespannen voet met het (digitale) briefgeheim en maakt daarmee inbreuk op de privacy van gebruikers. Netwerkneutraliteit beschermt dus zowel het grondrecht op communicatievrijheid als het grondrecht op privacy van iedere internetgebruiker.
8. Hiermee hangt samen dat netwerkneutraliteit het bestaan van een open en vrij internet garandeert. Het internet heeft gebruikers ongekeerde mogelijkheden gegeven om deel te nemen aan de informatiemaatschappij. Bedrijven, maatschappelijke organisaties en publieke instellingen maken gebruik van het open karakter van het internet door nieuwe diensten en informatie toe te voegen aan de publieke informatievoorziening. Die mogelijkheden zijn grotendeels ontstaan doordat providers zich niet inlieten met het internetverkeer van hun gebruikers: doordat iedereen informatie kan verzenden en ontvangen en gebruik kan maken van internetdiensten zonder inmenging van providers, is de drempel om informatie te delen en diensten te ontwikkelen erg laag, en wordt deze niet beïnvloed door commerciële overwegingen van de providers. Op die manier wordt bovendien gegarandeerd dat iedereen toegang heeft tot *hetzelfde* internet, en wordt voorkomen dat sommige gebruikers uitgesloten worden van delen van het internet omdat hun provider besluit om toegang te beperken.
9. Één open internet is niet alleen van belang voor individuele vrijheden. Het is ook relevant voor sociale cohesie: als gebruikers YouTube niet kunnen bezoeken, dan zal het voor hen niet

1 Onder discrimineren van internetverkeer, verstaat Bits of Freedom ook het blokkeren van internetverkeer.

mogelijk zijn om filmpjes te bekijken die hun vrienden met hun willen delen. Als internetgebruikers geen toegang hebben tot Skype, dan zal het voor hen niet mogelijk zijn om gebeld te worden of te bellen met hun vrienden via Skype. Het is een fundamenteel onderdeel van de huidige informatiemaatschappij dat iedereen toegang heeft tot hetzelfde internet. Netwerkneutraliteit kan dat garanderen.

2.2. Netwerkneutraliteit is belangrijk voor innovatie

10. Netwerkneutraliteit is bovendien belangrijk voor innovatie. Hiermee kan immers worden gegarandeerd dat toekomstige startups hun diensten zullen kunnen aanbieden aan eindgebruikers, zonder dat zij daarvoor toestemming hoeven te vragen aan providers. Wat zou er gebeurd zijn als Marktplaats, Google, Uitzending Gemist of Skype hadden moeten onderhandelen over doorgifte met providers? De kans is groot dat deze diensten nu niet hadden bestaan.
11. Hiermee kan bovendien worden gegarandeerd dat online tools die nu al bijdragen aan innovatie, zoals *tools* voor telewerken, conference calls, e-learning, crowdsourcing en e-health, zonder beperkingen worden doorgegeven. Het beperken van de toegang tot deze middelen, beperkt de innovatie die door deze middelen mogelijk wordt gemaakt. Ook daarvoor is netwerkneutraliteit van belang.

2.3. Netwerkneutraliteit is belangrijk voor keuzevrijheid

12. Netwerkneutraliteit is bovendien belangrijk voor keuzevrijheid op internet. Er worden ongelooflijk veel diensten via het internet aangeboden. Als een provider netwerkneutraliteit schendt, bijvoorbeeld als hij een concurrerende VoIP-dienst of YouTube blokkeert ten behoeve van zijn eigen dienst, beperkt hij daarmee de keuzevrijheid van de consument. Netwerkneutraliteit garandeert dat de enorme keuzevrijheid die eindgebruikers op internet hebben, ook daadwerkelijk genoten kan worden.

3. NETWERKNEUTRALITEIT KOMT STEEDS MEER ONDER DRUK TE STAAN

13. De oorspronkelijke architectuur van het internet is gebaseerd op het principe dat verschillende datastromen in principe gelijkwaardig behandeld worden. In dit model is het netwerk een passief doorgeefluik, zodat eindgebruikers van het internet zelf controle hebben over hun internetverkeer. Verkeer wordt daarbij vervoerd door providers volgens het "best-effort"-beginsel, wat betekende dat de provider bij het vervoer geen onderscheid maakte naar bron, bestemming of inhoud van het verkeer. Dit *end-to-end* beginsel stamt uit de begintijd van het internet. Dit principe komt om meerder redenen echter steeds meer onder druk te staan.

3.1 Providers zullen geneigd zijn uit eigen beweging verkeer discrimineren

14. Ten eerste zullen ISPs in sommige gevallen uit eigen beweging internetverkeer discrimineren, om zo hun eigen diensten, zoals video- en VoIP-diensten, te bevoordelen:
 - De belangrijkste aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten zijn

steeds vaker verticaal geïntegreerd. Bedrijven die van oudsher televisiediensten aanboden, zoals UPC, zijn ook internet- en telefoniediensten gaan aanbieden. Bedrijven die van oudsher telefoniediensten aanboden, zoals KPN, zijn tevens internet- en televisiediensten gaan aanbieden. En bedrijven die van oudsher alleen internetdiensten aanboden, zoals XS4ALL, zijn overgenomen door bedrijven die ook actief zijn op andere vlakken, zoals telefonie- en televisie.

- Tegelijkertijd worden de “traditionele” diensten, zoals telefonie en televisie, meer en meer via het internet aangeboden. Voice over IP vervangt telefonie via de koperen draad van KPN. On-demand video via het internet, zoals Uitzending Gemist en YouTube, zullen steeds meer en meer traditionele televisiediensten vervangen.
- Het kan voor deze verticaal geïntegreerde providers aantrekkelijk zijn om zijn eigen diensten te bevoordelen ten opzichte van de internetdiensten van derden. Het zal voor een provider die ook VoIP-diensten aanbiedt bijvoorbeeld aantrekkelijk zijn om Skype niet tot zijn netwerk toe te laten, omdat hij op die manier voorkomt dat zijn VoIP gebruikers gebruik maken van concurrerende diensten.

15. Ook zullen ISPs geneigd zijn om verkeer te discrimineren, om zo hun netwerk zo optimaal mogelijk te gebruiken:

- In de afgelopen jaren zijn nieuwe soorten on-line diensten ontstaan die voorheen niet bestonden en door de populariteit van gebruikers een stevig beroep doen op capaciteit van providers. Dit zijn ten eerste online diensten die veel meer bandbreedte gebruiken dan voorheen (zoals YouTube). Dit zijn ook applicaties die gevoelig zijn voor vertraging (zoals realtime-chatdienst Skype).
- Providers hebben in sommige gevallen echter beperkte capaciteit, terwijl het uitbreiden van een netwerk een kostbare aangelegenheid is.
- Een provider die kampt met capaciteitsgebrek en niet verplicht is tot netwerkneutraliteit, kan er in sommige gevallen voor kiezen om – in plaats van capaciteit uit te breiden – bepaald aantrekkelijker verkeer te prioriteren (zoals eigen spraak- en videodiensten).

3.2. ISPs staan onder druk van derden om verkeer te discrimineren

16. Providers zullen niet alleen uit eigen beweging internetverkeer discrimineren. Providers worden ook onder druk gezet door derden om internetverkeer te discrimineren:

- Ten eerste probeert de muziek- en filmindustrie providers ertoe te brengen om zich met het internetverkeer van gebruikers te bemoeien. Zo heeft de lobby-organisatie van de content-industrie BREIN al aangegeven dat zij providers wil verplichten om gebruikers van filesharing-technologie die inbreuk maken op auteursrechten, “af te knippen”.² Daarnaast overweegt deze organisatie om providers te verplichten toegang tot bepaalde websites onmogelijk te maken.³ Ook heeft Brein onlangs een transitprovider, die slechts informatie doorgeeft van de hosting provider naar de ISPs van eindgebruikers, ertoe aangespoord om informatie van een website te blokkeren.⁴ Tot slot begrijpen wij dat providers die ook televisiediensten aanbieden, en daarvoor content inkopen, vaak onder druk worden gezet

2 <http://tweakers.net/nieuws/61861/brein-wil-internetverbinding-downloaders-afknippen.html>.

3 Zoals bijvoorbeeld The Pirate Bay, <http://tweakers.net/nieuws/58974/brein-wil-doorgifteverbod-the-pirate-bay.html>.

4 <http://torrentfreak.com/brein-disconnects-the-pirate-bay-for-now-091005/>.

om in het kader van die overeenkomsten tevens maatregelen te nemen om filesharing te voorkomen.

- Daarnaast heeft het Ministerie van Justitie het voornemen ervoor te zorgen dat providers internetverkeer gaan filteren, op basis van een lijst met websites die kinderporno zouden bevatten. Tijdens de recente kick-off van het Platform Internetveiligheid is aangekondigd dat voornemen in 2010 zal worden gerealiseerd aan de hand van afspraken tussen providers.⁵

4. DE OVERHEID KAN NIET ALLEEN VERTROUWEN OP MARKTWERKING

17. Uit het voorgaande blijkt dat netwerkneutraliteit beschermenswaardig is, maar tegelijkertijd steeds meer onder druk staat. De vraag is nu of de overheid actief moet ingrijpen om netwerkneutraliteit te waarborgen. Naar de mening van Bits of Freedom kan niet aangenomen worden dat marktwerking alleen genoeg is om het internet open, transparant en innovatief te houden.
18. Tegenstanders van actief overheidsingrijpen inzake netwerkneutraliteit merken vaak op dat er verregaande concurrentie is op de Nederlandse markt voor breedband, waardoor simpele marktwerking genoeg is om ongeoorloofd netwerkmanagement tegen te gaan. Een 'overheid op afstand' zou netwerkbeheerders prikkelen tot innovatie en het uitbreiden van capaciteit. Aanhangers van deze redenering stellen dat netwerkbeheerders alleen zullen kunnen investeren, wanneer ze niet door regulering gehinderd worden in het terugverdienen van die investeringen. Zogenaamde 'regulatory holidays' zouden het mogelijk moeten maken voor netwerkbeheerders om middels netwerkmanagement aanbod te differentiëren, en – al dan niet vanuit verticale integratie – geprioriteerde behandeling van verkeer van diensten aan te bieden tegen betaling.
19. Uit de economische literatuur blijkt echter dat het allerm minst zeker is of weinig actieve inmenging van de overheid tot innovatie, investering en uitbreiding van capaciteit bij netwerkbeheerders en een verhoging van welvaart leidt.⁶ Wanneer de druk van concurrentie afdoende is – wat tegenstanders van overheidsingrijpen onderschrijven – zou dat in theorie genoeg prikkels kunnen geven voor netwerkbeheerders om te innoveren. Maar netwerkbeheerders kunnen tegelijkertijd logischerwijs alleen geld verdienen aan het differentiëren van aanbod en het strategisch verdelen van capaciteit, wanneer de vraag naar bandbreedte daadwerkelijk het aanbod overstijgt. Hiermee is het mogelijk (en niet onwaarschijnlijk) dat het vrij laten van netwerkbeheerders juist *minder* innovatie, investering en capaciteitsuitbreiding tot gevolg heeft; het kan immers aantrekkelijker blijken te zijn voor providers om kunstmatige schaarste te creëren op hun netwerken dan te voldoen aan de vraag naar capaciteit. Het ministerie doet er verstandig aan deze overwegingen mee te nemen bij het ontwikkelen van haar beleid.

5 <http://www.ecp.nl/intensievere-samenwerking-overheid-en-marktpartijen-voor-veiliger-internet>.

6 Robin S. Lee & Tim Wu, Subsidizing Creativity Through Network Design: Zero Pricing and Net Neutrality, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 23, No. 3, pp. 61-76, summer 2009, te vinden op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1489166.

5. GELDENDE REGELGEVING KAN SCHENDINGEN NIET VOORKOMEN

20. Bovendien moet worden geconstateerd dat huidige regelgeving niet kan voorkomen dat het beginsel van netwerkneutraliteit, wordt geschonden.

5.1 De mededingingsregels zijn slechts bij uitzondering van toepassing

21. Ten eerste zijn de geldende mededingingsregels niet geschikt om schendingen van netwerkneutraliteit te voorkomen. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal een schending van netwerkneutraliteit namelijk ook een schending van het Nederlandse of Europese mededingingsrecht inhouden. In alle andere gevallen zal het mededingingsrecht geen uitkomst bieden.
22. Het misbruikverbod zoals neergelegd in artikel 24 Mededingingswet ("**Mw**") en artikel 82 EG-verdrag ("**EG**") zal niet vaak toepasselijk zijn. Daarvoor zal de betrokken provider immers een "machtspositie" zoals bedoeld in deze artikelen moeten bekleden. Uit cijfers van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit ("**OPTA**") blijkt dat op het eerste gezicht slechts KPN een mogelijke machtspositie bekleedt (zie bijvoorbeeld de rapportage van OPTA in het kader van de monitoring van breedband voor Q2 2008). Ten aanzien van al de andere providers zal dus geen sprake kunnen zijn van misbruik van machtspositie. Daarbij komt dat zelfs als een aanbieder van internettoegang een machtspositie heeft in de zin van de mededingingsregels, het in die gevallen niet snel zal voorkomen dat sprake zal zijn van misbruik. Het zal namelijk vaak moeilijk zijn om aan te tonen dat een schendingen van netwerkneutraliteit ook een mededingingsprobleem tot gevolg heeft.
23. Ook het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 Mw en artikel 81 EG zal in veel gevallen een schending van netwerkneutraliteit niet kunnen voorkomen. Dan moet immers allereerst sprake zijn van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zoals bedoeld in deze bepalingen. Pas als providers gezamenlijk – kort gezegd – afspreken of afstemmen dat zij internetverkeer zullen discrimineren, *en* dat kan worden aangetoond, valt dit binnen de reikwijdte van deze artikelen. In zo een geval zou bovendien moeten worden aangetoond dat deze overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking of gevolg heeft. Dat zal geen sinecure zijn, zeker hiervoor niet-strikt economische overwegingen worden aangevoerd, zoals het handhaven van auteursrechten of het beschermen van de veiligheid van het netwerk. Ook deze bepaling zal dus slechts in zeer uitzonderlijke gevallen uitkomst bieden.

5.2. De regelgeving voor consumentenbescherming heeft een te beperkte reikwijdte

24. Ook de regelgeving die ziet op consumentenbescherming biedt onvoldoende bescherming tegen schendingen van netwerkneutraliteit. De regels ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken (boek 6 afdeling 3A Burgerlijk Wetboek) kunnen slechts ervoor zorgen dat een provider duidelijk maakt welke beperkingen gelden voor zijn dienst (een provider is bijvoorbeeld op grond hiervan verplicht om in reclames duidelijk te maken dat een maximale up- en downloadsnelheid slechts zou gelden ten aanzien van bepaalde diensten). Op grond van deze regels worden geen kwalitatieve eisen – of ondergrens – gesteld aan de internettoegang

die providers aanbieden.

5.3 Een beroep op de communicatievrijheid biedt ook geen uitkomst

25. Naast de hierboven geschetste mededingingsregels en de consumentenbescherming zou ook verdedigd kunnen worden dat het recht op communicatievrijheid uitkomst zou kunnen bieden in voorkomende gevallen. Hoewel in theorie een beroep op het grondrecht op communicatievrijheid voor de hand ligt om schendingen van netwerkneutraliteit te voorkomen, is dit in de praktijk niet altijd makkelijk te effectueren. Een schending van netwerkneutraliteit kan weliswaar als “inperking” van het grondrecht op vrijheid van meningsuiting zoals beschermd in artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (“**EVRM**”) en artikel 7 Grondwet (“**Gw**”) worden beschouwd, maar in het algemeen zal een rechter waarschijnlijk terughoudend zijn in het aannemen van een plicht om die schending van netwerkneutraliteit te voorkomen. De overheid moet juist daarom een duidelijke norm stellen die waarborgt dat de burger tegen dit soort inperkingen op de communicatievrijheid ook in de praktijk kan opkomen.

6. VOORSTEL DIALOGIC BIEDT ONVOLDENDE BESCHERMING

6.1 Dialogic advies legt nadruk op transparantie

26. Dialogic komt in haar rapport tot een transparantiemodel, waarin aanbieders “feitelijke, technisch verifieerbare informatie leveren over het eventuele verkeer dat ze verschillend behandelen”. Dat transparantiemodel kan een interessante manier zijn om te verzekeren dat internetgebruikers goed worden voorgelicht. Het kan naar de mening van Bits of Freedom echter niet het enige instrument zijn op grond waarvan netwerkneutraliteit wordt gewaarborgd. Netwerkneutraliteit is immers ten dele een materiële norm die ziet op de mate waarin ISPs onderscheid zouden mogen maken ten aanzien van het internetverkeer.
27. Daarbij past het om eerst een kanttekening te plaatsen bij de context van de conclusie van Dialogic. Netwerkneutraliteit is een thema dat de aandacht heeft van eigenaren en exploitanten van netwerken, leveranciers, afnemers en beleidsmakers. Dialogic is er in geslaagd de meningen en gedragingen van een aantal vertegenwoordigers van deze groepen op een heldere wijze te beschrijven. Dat is geen geringe prestatie voor een complex onderwerp als netwerkneutraliteit.
28. Het resultaat biedt echter geen volledig beeld van de markt. Bits of Freedom ziet hiervoor met name twee oorzaken:
- Relevante stakeholders in het proces zijn niet geïnterviewd. Zo zijn hostingproviders, mobile virtual network operators, partijen die online gaming faciliteren en interactieve reclamebureau's niet ondervraagd. Ook het perspectief van maatschappelijke organisaties, educatieve instellingen en maatschappelijke initiatieven, die afhankelijk zijn van vrije en open samenwerking op het web en een belangrijke rol vervullen in de zorg voor toegang tot informatie op het web, zoals Wikipedia, zijn onvoldoende bij het proces betrokken. Al deze partijen hebben wel belang bij een neutraal netwerk.
 - Daarnaast is onvoldoende onderzoek gedaan naar leveringsvoorwaarden,

overstapdrempels en aanbiedersconcentratie, terwijl dit zeer relevante gegevens zijn voor de vraag of het door Dialogic voorgestelde model in de praktijk wel werkt (dat wordt hieronder toegelicht).

29. Deze omissies hebben mogelijk ten onrechte bijgedragen aan het beeld dat de noodzaak tot robuuste handhaving van netwerkneutraliteit overbodig of disproportioneel zou zijn.

6.1 Intransparantie en overstapkosten zijn obstakels concurrentie breedbandmarkt

30. Er zijn op dit moment in het bijzonder drie barrières die consumenten beletten een actieve en geïnformeerde keuze op de breedbandmarkt te maken, en die zo concurrentie op de breedbandmarkt belemmeren.
31. Ten eerste is er een gebrek aan transparantie: netwerkmanagement is een bijzonder ondoorzichtige praktijk, zowel voor consumenten als voor de overheid. Het is niet eenvoudig vast te stellen voor consumenten of het trage laden van een HD video veroorzaakt wordt door drukte op het netwerk, of door actieve prioritering van de netwerkbeheerder. Netwerktechnische informatie is complex en specialistisch, terwijl netwerkmanagement een uitwerking heeft op iedere gebruiker van het internet. Ook voor overheden is het in individuele gevallen moeilijk vast te stellen wat de beweegredenen zijn achter differentiatie van internetverkeer.
32. Zelfs al beschikt de consument echter over goede informatie, wat als een verbetering zou moeten worden beschouwd in vergelijking met de huidige situatie, dan nog kan de mogelijkheid om naar een andere aanbieder over te stappen beperkt zijn. Dit hangt samen met twee factoren:
- Ten eerste moet er voldoende keuze zijn voor de betreffende internetgebruiker. Mocht een provider besluiten om Skype te blokkeren, dan moet de internetgebruiker in staat zijn om over te stappen naar een provider die deze dienst niet blokkeert.
 - Bovendien moeten de overschakelingskosten verwaarloosbaar zijn, zodat de internetgebruiker ook de praktische mogelijkheid heeft te wisselen van aanbieder.
33. Dit leidt er in de praktijk toe dat transparantie, hoewel een aardig beginsel, in feite een lege huls blijft. In sommige gevallen zijn er onvoldoende aanbieders actief in de regio waar de consument woonachtig is (onvoldoende keuze). Het is bovendien goed voorstelbaar dat providers allemaal hetzelfde beleid voeren ten aanzien van bepaalde diensten. Dit is bijvoorbeeld het geval als deze providers alle verticaal geïntegreerd zijn, en hetzelfde belang hebben bij discriminatie van internetverkeer. Ook zelfregulering heeft tot gevolg dat internetgebruikers geen keuze hebben, en het voor hun dus geen oplossing is om over te stappen.
34. Bovendien zullen in veel gevallen de overschakelingskosten te hoog zijn:
- Consumenten hebben slechte ervaringen met overschakelingen naar andere providers: de dienstverlening kan dagen en soms weken worden onderbroken, de oude contracten worden administratief niet goed verwerkt of de verkeerde diensten worden afgegeven. Juist doordat internet zo ontzettend belangrijk is geworden in onze maatschappij, kan een

mogelijke onderbreking van het internet een of meerdere dagen voor de meeste internetgebruikers al een reden zijn om af te zien van een overstap. Uit een onderzoek van Heliview in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken uit 2005 blijkt dat bijna 1 op de 3 consumenten aangeeft wegens slechte ervaringen met de vorige overstap, niet meer te zullen overstappen.⁷ Bits of Freedom heeft geen reden om aan te nemen dat dit significant verbeterd is. En zelfs als het een beetje beter is, dan nog geldt dat voor internetgebruikers een kleine *kans* op uitval bij overstappen al voldoende is om daarvan af te zien.

- De drempel wordt nog hoger als de internetgebruiker bij die aanbieder nog een andere dienst, bijvoorbeeld televisie of vaste telefonie, afneemt. Dat is inmiddels zeer gebruikelijk. Dan zal ook die dienst immers mee moeten verhuizen – of bij een andere dienstverlener betrokken moeten worden.
- Daarbij komt dat een belangrijk deel van de internetgebruikers tevens een emailadres heeft van de provider waarvan hij internettoegang afneemt. Dit zijn in veel gevallen adressen die al jaren in gebruik zijn en bij talloze vrienden en kennissen bekend zijn. Internetgebruikers hebben helaas niet het recht om emailadressen mee te nemen naar een nieuwe provider. De overweging dat men niet meer via dat emailadres bereikbaar zou zijn, is voor een deel van de internetgebruikers al een reden om niet over te stappen naar een andere provider.

35. Daarbij komt dat naar de mening van Bits of Freedom de nadruk op transparantie is gestoeld op een verregaand vertrouwen in de gemiddelde internetgebruiker. Veel internetgebruikers zullen zich niet realiseren dat andere providers bepaalde diensten *niet* blokkeren, als hun huidige provider die diensten *wel* blokkeert. Dan is de prikkel om over te stappen beperkt. Daarbij komt dat sommige gebruikers, ook al zouden ze in theorie wel willen overstappen, eenvoudigweg het niet doen omdat ze het vergeten of omdat het ze teveel tijd kost. Dienstverleners die worden geblokkeerd door providers worden daarvan de dupe. Hoewel consumentengedrag een belangrijke rol zal blijven spelen, gaat het uiteindelijk om het veiligstellen van het publieke belang bij een open en neutraal internet voor iedereen.

7. BELEID MOET DUS BESCHERMING NETWERKNEUTRALITEIT OMARMEN

36. Het Ministerie van Economische Zaken kan dus niet volstaan met het slechts voorschrijven van transparantie. Zij moet een robuust beleid ontwikkelen, waarmee een open en vrij internet ook in de toekomst wordt gewaarborgd.

37. Allereerst is van belang dat de wetgever een regelgevend beginsel in de Telecommunicatiewet introduceert, waarmee het belang van een open en vrij internet wordt onderstreept. Dit beginsel zou opgenomen kunnen worden in art. 1.3 lid 1 van de Telecommunicatiewet. Het zou erop neer komen dat de besluiten van OPTA moeten bijdragen aan de doelstellingen als bedoeld in artikel 8 van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG, door te bevorderen dat: “eindgebruikers kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware en software zij hiervoor willen gebruiken” (cf. overweging 28 van Richtlijn 2009/136/EG).⁸ Op deze manier wordt vastgelegd dat het belang van eindgebruikers bij een

7 Zie presentatie Beleidsworkshop Consumenten en Mededinging, dd 15 december '05#Inleiding door Martin bij de Leij, te vinden op: http://www.encore.nl/documents/pres_BijdeLeij_extern_000.ppt.

8 Overweging 28 is naar de mening van Bits of Freedom een meer heldere uitleg van het beginsel zoals verwoord in het nieuwe artikel 8 lid 4 sub g van de Kaderrichtlijn, dat bepaalt dat nationale regelgevende instanties “het vermogen van de eindgebruikers [bevorderen] om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van

neutraal internet centraal staat bij het formuleren van beleid.

38. Het Ministerie zal daarnaast een specifieke bepaling moeten opnemen in de wet, die waarborgt dat netwerkneutraliteit wordt gerespecteerd. Zo een bepaling zou geformuleerd kunnen worden langs de volgende uitgangspunten. Deze bepaling zou gericht moeten zijn tot ondernemingen die een aansluiting tot het openbare communicatienetwerk en/of openbare elektronische-communicatiediensten aanbieden. Hen zou verboden moeten worden om de verzending en ontvangst van inhoud, en de toegang tot en/of het gebruik van inhoud, diensten, toepassingen, hardware en software te beperken. Die regel zou niet gelden, voor zover een beperking moet worden aangemerkt als een vorm van “redelijk netwerkbeheer”. Slechts in twee situaties kunnen beperkingen aangemerkt worden als redelijk netwerkbeheer: (i) om de integriteit of de veiligheid van de netwerken en diensten te vrijwaren, en (ii) in tijdelijke gevallen van acute congestie van het internet. Beperkingen betreffende downloadsnelheden waarvoor de gebruiker betaalt, of het datavolume dat de gebruiker gedurende een bepaalde periode kan afnemen, zijn toegestaan, mits daarbij niet wordt gediscrimineerd naar toepassing, dienst, protocol of inhoud. Op deze manier worden providers geprikkeld om bandbreedte in te kopen in het geval van een (voorzienbaar) gebrek aan capaciteit.
39. Deze bepaling zou door OPTA via de administratiefrechtelijke route moeten kunnen worden afgedwongen, waarbij belanghebbenden tevens de mogelijkheid krijgen om te klagen bij OPTA. OPTA zou in haar beleidsregels kunnen opnemen dat zij niet overgaat tot handhaving van deze bepaling, voor zover uit een onafhankelijk, empirisch onderzoek blijkt dat een verplichting tot transparantie op dat moment voldoende is om netwerkneutraliteit te garanderen. Daarbij is van belang dat het garanderen van netwerkneutraliteit niet hetzelfde is als het garanderen van concurrentie. Ook als het Ministerie in een onderzoek vaststelt dat transparantie voldoende is, dan kan zij er niet op vertrouwen dat deze marktomstandigheden in de toekomst van toepassing blijven. Zij moet daarom periodiek blijven monitoren of het aanbod voldoende is en de overschakelingskosten voldoende beperkt zijn. De bepaling zou daarnaast door belanghebbenden in civiele zaken afgedwongen moeten kunnen worden.

* * *