



Autoriteit Consument en Markt
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Betreft

Verzoek hoger beroep en handhaving overtreding netneutraliteit door T-Mobile

Amsterdam

11 mei 2017

Geachte heer, mevrouw,

Op 20 april jongstleden deed de Rechtbank Rotterdam een teleurstellende uitspraak¹ in een beroep dat T-Mobile had ingesteld tegen uw besluit van 9 december 2016. In uw besluit gelastte u T-Mobile te stoppen met het aanbieden en uitvoeren van de dienst Datavrije Muziek, omdat zero-rating in strijd is met artikel 7.4a lid 3 Telecommunicatiewet (Tw) en artikel 3 lid 2 en lid 3 van de netneutraliteitsverordening (verordening).²

In haar uitspraak oordeelt de rechtbank, kort gezegd, dat de verordening geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie, in het bijzonder zero-rating, bevat en artikel 7.4a lid 3 Tw onmiskenbaar in strijd zou zijn met de netneutraliteitsverordening.

De eindgebruiker van internettoegangsdiensten is de grootste verliezer van deze uitspraak. Bits of Freedom roept de ACM daarom op in hoger beroep te gaan tegen deze uitspraak. Daarnaast verzoekt Bits of Freedom de ACM om, gegeven alle omstandigheden, handhavend op te treden tegen Datavrije Muziek wegens strijd met artikel 3 van de verordening. Beide punten licht ik hieronder graag toe.

Verordening beoogt vrijheid van eindgebruiker te beschermen

1. De verordening bepaalt zeer duidelijk en expliciet dat het tot doel heeft de vrijheid van eindgebruikers te beschermen, zodat deze gebruikers in de gelegenheid zijn zelf te kiezen hoe zij het internet willen gebruiken. De

1 ECLI:NL:RBROT:2017:2940
2 Verordening (EU) 2015/2120



- commerciële praktijken van internetaanbieders mogen die vrijheid ook niet beperken.
2. In overweging 1 van de verordening staat uitdrukkelijk dat met de verordening wordt beoogd “de eindgebruikers te beschermen en tevens de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen.” Anders gezegd: het is de bedoeling van de Europese wetgever om de vrijheid van eindgebruikers te verzekeren.
 3. In artikel 3, lid 1 wordt hierover opgemerkt:

Eindgebruikers hebben het recht om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden, en gebruik te maken van de eindapparatuur van hun keuze, ongeacht de locatie van de eindgebruiker of de aanbieder, en ongeacht de locatie, herkomst of bestemming van de informatie, inhoud, toepassing of dienst, via hun internettoegangsdienst.
 4. Artikel 3, lid 2 specificeert:

Overeenkomsten tussen aanbieders [...] en eindgebruikers [...] en alle commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken.
 5. In overweging 7 wordt hierover opgemerkt:

Deze overeenkomsten [tussen de aanbieders van internettoegangsdiensten en de eindgebruiker] alsook enigerlei commerciële praktijken van de aanbieders [...], mogen de uitoefening van die rechten [van de gebruiker] niet inperken en aldus de bepalingen van deze verordening betreffende het waarborgen van open internettoegang omzeilen.

Verordening verbiedt discriminatie

6. De verordening bevat bovendien een algemene verplichting om internetverkeer gelijk te behandelen. In artikel 3 lid 3, eerste alinea staat:

Aanbieders van internettoegangsdiensten behandelen bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie, beperking of interferentie, en ongeacht de verzender en de ontvanger, de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid, de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten, of de gebruikte eindapparatuur.
7. Overweging 8 vat dit algemene principe helder samen:

Bij het aanbieden van de internettoegangsdiensten moeten aanbieders van die diensten alle verkeer gelijk behandelen, zonder discriminatie, beperking of inmenging, ongeacht de afzender of ontvanger, de inhoud, toepassing of



dienst, of de eindapparatuur.

8. Bij zero-rating wordt meestal, en zoals ook bij Datavrije Muziek, het verbruikte dataverkeer van bepaalde diensten niet en van andere diensten wel in rekening gebracht.³ Het dataverkeer wordt niet gelijk behandeld, maar apart getarifeerd afhankelijk van de vraag of de dienst wel of niet op het lijstje van 'zero-rated' diensten staat.
9. Kort gezegd, de verordening bevat een helder algemeen verbod op discriminatie en uitzonderingen op dit verbod zijn alleen toegestaan bij bepaalde vormen van discriminatie als omschreven in artikel 3 lid 3 van de verordening op voorwaarde dat die discriminatie de rechten van de eindgebruiker niet inperken.

Hoger beroep noodzakelijk

10. Het onderscheid dat T-Mobile in de beroepszaak maakt, en op grond waarvan T-Mobile stelt dat commerciële discriminatie wél en technische discriminatie niet zou zijn toegestaan, is onjuist. Allereerst volgt nergens uit de tekst van de verordening dat met het "behandelen" van verkeer uitsluitend behandelen in technische zin wordt bedoeld. Ook als verkeer van bepaalde diensten of toepassingen anders wordt getarifeerd dan vergelijkbare diensten is er sprake van een andere "behandeling" van verkeer. Er vindt immers een financiële bevoorrechtiging of benadeling plaats van het verkeer van de desbetreffende dienst.
11. Een dergelijke bevoorrechtiging of benadeling van bepaalde online diensten ten opzichte van anderen, beperkt bovendien de vrijheid van eindgebruikers om zelf te kiezen welke online diensten zij willen gebruiken, hetgeen uitdrukkelijk is verboden door artikel 3 lid 2 van de verordening. Wanneer de vrijheid van eindgebruikers wordt beperkt door een ongelijke behandeling van internetverkeer, is het van geen enkel belang of de discriminatie commercieel of technisch van aard zou zijn, voor zover daar in werkelijkheid al enig verschil tussen zou kunnen bestaan.
12. Bovendien is er geen commercieel onderscheid te maken in de tarifiering van dataverkeer op grond van de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten, zonder ook in technische zin onderscheid te maken. Een commerciële regeling, zoals zero-rating bij bepaalde muziekdiensten, moet in de praktijk 'technisch' vertaald worden wil het enige betekenis hebben. Men moet immers op technisch niveau vaststellen of bepaald verkeer wel of niet in aanmerking komt voor een andere tarifiering.

³ Er bestaan vormen van zero-rating die niet afhankelijk van de diensten die de eindgebruiker gebruikt. Bijvoorbeeld: de internetprovider kan op momenten dat weinig gebruikers actief zijn, bijvoorbeeld 's nachts tussen twee en vijf uur, het dataverbruik niet in rekening brengen ongeacht de gebruikte dienst.



13. Uit het feit dat in het derde lid van artikel 3 van de verordening enkele beperkte uitzonderingen voor technische discriminatie⁴ zijn gecreëerd voor redelijke verkeersbeheersmaatregelen, volgt logischerwijs niet dat het algemene verbod op discriminatie ook beperkt zou zijn tot technische discriminatie. De algemene regel is eenvoudigweg dat internetverkeer gelijk behandeld moet worden
14. In tegenstelling tot het oordeel van de rechtbank staat dus niet ondubbelzinnig vast dat de verordening geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat. Het tegenovergestelde is eerder waar. De verordening verbiedt uitdrukkelijk het beperken van de vrijheid van eindgebruikers door het ongelijk behandelen van internetverkeer. In de guidelines heeft BEREC uitdrukkelijk voorbeelden genoemd van zero-rating die daarmee in strijd zijn, maar geen enkel voorbeeld genoemd van zero-rating die wel toegestaan zou zijn.⁵ De enige denkbare vormen van zero-rating die de keuzevrijheid van eindgebruikers niet beperken, zijn vormen waarbij de kosten voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk worden gesteld van de online diensten of toepassingen die worden gebruikt of aangeboden. Zodra de kosten voor internettoegangsdiensten afhankelijk worden gemaakt van de diensten die er worden gebruikt, en de internet-provider zodoende het gebruik van bepaalde online diensten door een interferentie of ongelijke behandeling van internetverkeer kunstmatig duurdert of goedkoper maakt, wordt natuurlijk de vrijheid van eindgebruikers beperkt. In plaats van in strijd met de verordening, is artikel 7.4a lid 3 Tw daar dus volledig mee in lijn. Op zijn minst is er dus voldoende aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU.
15. Het gaat bovendien om een interpretatievraag van EU-recht die potentieel alle consumenten in de Europese Unie raakt. Het is daarom van groot belang dat uiteindelijk de Europese rechter deze vraag beantwoordt. De ACM kan het hoger beroep aangrijpen om meer duidelijkheid te krijgen over de reikwijdte van het discriminatieverbod in de verordening.

ACM moet handhavend optreden tegen Datavrije Muziek

16. Los van een eventueel hoger beroep, verzoekt Bits of Freedom de ACM om handhavend op te treden tegen Datavrije Muziek wegens strijd met artikel 3 van de verordening. Datavrije Muziek beperkt immers de rechten van de eindgebruiker. Om misverstanden te voorkomen: dit verzoek dient gelezen te worden als een verzoek tot handhavend optreden in de zin van de

4 Uitzonderingen die bovendien beperkt zijn tot "verkeersbeheersmaatregelen", bedoeld om bijvoorbeeld om netwerkcongestie tegen te gaan of de integriteit en veiligheid van het netwerk te beschermen. Beide voorbeelden bevorderen de vrijheid van de gebruiker, in plaats van beperken.

5 Zie paragraaf 41 van de guidelines.



Algemene wet bestuursrecht (Awb).

17. Bits of Freedom is op grond van haar statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb. Bits of Freedom heeft volgens haar statuten ten doel het verdedigen en bevorderen van digitale burgerrechten, waaronder in het bijzonder het grondrecht op communicatievrijheid. Datavrije Muziek raakt direct de belangen van eindgebruikers van internettoegangsdiensten die Bits of Freedom op grond van haar statuten en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder beoogt te behartigen.
18. T-Mobile behandelt met haar aanbod van geselecteerde zero-rated muziekdiensten het internetverkeer van haar klanten niet altijd op dezelfde wijze waardoor klanten geprikkeld worden bepaalde internetdiensten eerder te gebruiken dan andere diensten. T-Mobile beïnvloedt zodoende de keuze van eindgebruikers en beperkt daarmee hun vrijheid.
19. Niet elke aanbieder van een soortgelijke dienst op het internet zal zich immers kunnen aanmelden voor Datavrije Muziek. Sommige aanbieders van zulke diensten zijn zonder twijfel niet op de hoogte van het aanbod van T-Mobile en de daarbij horende aanmeldingsprocedure, terwijl andere aanbieders de Nederlandse taal niet machtig zijn of niet akkoord kunnen of willen gaan met de door T-Mobile voorgestelde voorwaarden.⁶ Het gevolg is dat sommige diensten op een voorsprong worden gezet ten opzichte van anderen. Dit is slecht voor innovatie en variëteit op deze markt.
20. Bovendien zou het toestaan van dergelijke praktijken een prikkel opleveren voor internetaanbieders om krappere datalimieten te hanteren. Alleen als de datalimiet krap genoeg is dat het wel of niet meetellen van verkeer de keuze van eindgebruikers voor de ene of de andere online dienst kan beïnvloeden, valt er door de internetaanbieder geld te verdienen aan het sluiten van deals met aanbieders van online diensten voor een preferente behandeling.⁷
21. De overtreding van T-Mobile is schadelijk voor de consumentenwelvaart en het maatschappelijk belang van een optimaal functionerend en open internet. Het geven van een voorkeursbehandeling aan bepaalde diensten

⁶ T-Mobile dwingt de aanbieder bijvoorbeeld om vooraf een *non disclosure agreement* te tekenen. T-Mobile vraagt de aanbieder ook het internetverkeer voor de muziek te scheiden van het overige verkeer met als gevolg dat aanbieders soms ook gedwongen aanpassingen in hun software door te voeren alvorens in aanmerking te komen voor T-Mobiles aanbod. Ook moet de aanbieder akkoord gaan met het gebruik van haar naam en logo in uitingen van T-Mobile. Inmiddels zijn er dan ook verschillende aanbieders die niet kunnen of willen meedoen met Datavrije Muziek.

⁷ Dit is het zelfde probleem als bij het verkopen van voorrang. Als het verkopen van voorrang toegestaan zou zijn, zou dat een prikkel opleveren om minder te investeren in capaciteit, omdat voorrang alleen commerciële waarde heeft bij congestie. Zonder congestie komt alle verkeer immers altijd even snel aan.



zal voor ongelijkheid op de markt van aanbieders van internetdiensten zorgen, waarbij nieuwe en buitenlandse innovatieve diensten op een achterstand worden gezet. Ook worden particuliere initiatieven, zoals het streamen van je eigen muziekcollectie, door Datavrije Muziek ontmoedigd.

22. Datavrije Muziek in Nederland en het oordeel van ACM over dit aanbod heeft bovendien gevolgen voor gebruikers in heel Europa. Door de jarenlange voortrekkersrol van Nederland op het gebied van netneutraliteit kijken andere lidstaten naar de handhaving van de verordening in Nederland. Toetsing van Datavrije Muziek aan artikel 3 van de verordening is hierom, en om hetgeen in de voorgaande paragrafen is betoogd, doeltreffend en doelmatig.

Bits of Freedom vertrouwt er op dat de ACM opkomt voor de rechten van de consument en derhalve in hoger beroep zal gaan tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam en daarnaast handhavend zal optreden tegen Datavrije Muziek. We zijn graag bereid ons standpunt nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Rejo Zenger, namens Bits of Freedom