

Rechtbank Rotterdam
Sector Bestuursrecht
Postbus 50951
3007 BM ROTTERDAM

Tevens per fax: 088 - 361 05 68

CMS Derks Star Busmann N.V.

Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

mr. H.W. Dekker

Advocaat

T
F
E

Onze ref. 11800571/S/7082176/HWD

Uw ref. ROT 18/1470 TELEC GVZ

Betreft: aanvullend beroepschrift Bits of Freedom

7 mei 2018

Edelachtbaar college,

Bij brief van 9 maart 2018 hebben wij namens cliënte, de stichting Bits of Freedom, gevestigd te Amsterdam, pro forma beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) van 29 januari 2018, met kenmerk ACM/UIT/454099, waarbij de afwijzing van het verzoek van Bits of Freedom om handhavend op te treden tegen de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile) is gehandhaafd.

Bij brief van 12 maart 2018, met bovenvermeld procedurenummer, heeft u de ontvangst van het beroepschrift bevestigd.

U heeft cliënte in de gelegenheid gesteld de gronden van beroep uiterlijk 7 mei 2018 aan te vullen. Graag geven wij hierbij namens Bits of Freedom aan dit verzoek gehoor. De gronden van beroep treft u hieronder aan.

Alvorens de gronden van beroep te motiveren, zullen wij eerst kort de voorgeschiedenis en achtergrond van het handhavingsverzoek schetsen en ingaan op het procesverloop van dit geding.

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 2017/51 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cms.law.

CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Genève, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Keulen, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luxemburg, Lyon, Madrid, Milaan, Moskou, München, Muscat, Parijs, Praag, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

1. AANLEIDING

- 1.1 Nederland was in 2012 het eerste land in Europa dat door middel van artikel 7.4a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) strikte wettelijke regels voor netneutraliteit invoerde. Bij netneutraliteit gaat het erom dat internettoegangsaanbieders al het dataverkeer gelijk moeten behandelen, zodat eenieder vrijelijk gebruik kan (blijven) maken van de informatie, diensten en toepassingen op het internet.

Netneutraliteit in Europa en Nederland

- 1.2 Het Nederlandse goede voorbeeld deed volgen. In 2013 kwam de destijds verantwoordelijke Eurocommissaris Neelie Kroes met een voorstel om netneutraliteit in Europa wettelijk te verankeren (hierna: het Commissie-voorstel). Voorafgaand aan het Commissievoorstel had de Europese toezichthouder op de telecomsector, *Body of European Regulators for Electronic Communications* (hierna: BEREC), geconcludeerd dat 21% van de internetgebruikers die via een vaste lijn verbinding maken en 36% van de mobiele gebruikers in 2011 te maken hadden met beperkingen die hun internetaanbieder had opgelegd.¹
- 1.3 Na de publicatie van het Commissie-voorstel barstte er een hevige discussie los. Op 3 april 2014 deed het Europees Parlement aanzienlijke wijzigingsvoorstellen, waarin het 233 amendementen aannam.² Ook deze voorstellen leidde tussen de voor- en tegenstanders van netneutraliteit tot hevige discussies. Voorstanders van netneutraliteit wezen erop dat internetaanbieders bij gebrek aan regulering zich als poortwachter konden gaan gedragen, waardoor de keuzevrijheid voor eindgebruikers in gevaar zou komen. Aan de andere kant stelde de telecomindustrie dat netneutraliteit een gevaar zou zijn voor investeringen in nieuwe producten en de netwerkinfrastructuur.
- 1.4 Op 27 oktober 2015 stemde het parlement in met de uiteindelijke tekst van Verordening 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad zoals vastgesteld op 25 november 2015 (hierna: de Netneutraliteitsverordening) die uitputtende regels met het oog op netneutraliteit bevat. De Netneutraliteitsverordening vormt het resultaat van een triloog tussen de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad van Ministers. Het begrip netneutraliteit heeft de Netneutraliteitsverordening niet gehaald. In plaats daarvan is voor een andere aanduiding gekozen, namelijk open-internettoegang. De Netneutraliteitsverordening is op 30 april 2016 in werking getreden.
- 1.5 Sindsdien is de eis van netneutraliteit voor Nederland niet meer verankerd in artikel 7.4a Tw maar in artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening. Hier zal in het vervolg van dit beroepschrift nader op worden ingegaan. Op 30 augustus 2016 heeft BEREC de *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*³ (hierna: de *Guidelines*) gepubliceerd. Deze guidelines bieden richtsnoeren voor de uitvoering van de verplichtingen van de nationale regelgevende instanties met het oog op een consistente toepassing van de Netneutraliteitsverordening (zie hierover verder 2.13).

¹ BEREC, 'A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe', 29 mei 2012, p. 11 – 23.

² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP/TEXT+TA+P7-TA-2014-0281+0+DOC+XML+V0//NL>.

³ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

Netneutraliteit en dienst Datavrije Muziek van T-Mobile

- 1.6 Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile de dienst Datavrije muziek in de markt gezet. Met deze dienst kan in Nederland muziek worden gestreamd via aangesloten muziekstreamingdiensten. De dienst zit voor nieuwe en bestaande klanten van T-Mobile standaard bij een Go-Up abonnement van 10 GB of bij een Stel Samen & Stel Bij abonnement met een databundel van 6 GB of hoger. Dataverkeer dat wordt gebruikt voor de aangesloten muziekstreamingdiensten wordt niet ten koste van de databundel gebracht, terwijl dataverkeer van andere (muziekstreaming)diensten wel in rekening wordt gebracht. Gebruikers van deze dienst betalen dus een nultarief voor muziekstreamingdiensten die door T-Mobile zijn toegelaten. Deze vorm van prijsdifferentiatie is een variant van zero-rating die volgens Bits of Freedom niet is toegestaan. Bij zero-rating door de aanbieder van een internettoegangsdienst wordt dataverkeer niet in rekening gebracht bij de eindgebruiker. Kort gezegd, het dataverkeer waarvoor een nultarief geldt, wordt anders behandeld dan het dataverkeer waarvoor het reguliere tarief geldt.
- 1.7 In het geval van Datavrije Muziek vindt deze andere tarifiering (nultarief) van dataverkeer plaats op basis van de volgende drie, door T-Mobile opgelegde cumulatieve voorwaarden: (1) de dienst moet een 'muziekstreamingdienst' zijn, zoals T-Mobile zelf heeft gedefinieerd; en (2) de aanbieder van de desbetreffende dienst moet een aanmeldingsproces doorlopen; en (3) de desbetreffende aanbieder moet een overeenkomst sluiten met T-Mobile, alvorens de dienst op de lijst van 'aangesloten muziekstreamingdiensten' ⁴ kan komen.
- 1.8 Bepaalde vormen van zero-rating, en in het bijzonder die vormen waarbij prijsdifferentiatie gekoppeld wordt aan een bepaalde dienst of een bepaalde groep van diensten, zijn naar hun aard problematisch, omdat de internettoegangs-aanbieder:
- i) bepaalt op welke diensten zero-rating van toepassing is en zo dus kan sturen welke diensten meer of minder aantrekkelijk zijn voor eindgebruikers (poortwachter-functie). De internettoegangs-aanbieder mengt zich hierdoor onterecht in keuzes die eindgebruikers maken bij diensten die zij via internet willen afnemen; en
 - ii) (technische) eisen kan stellen aan content aanbieders (hierna CAP's) om in aanmerking te komen voor zero-rating. Die (technische) eisen kunnen op zichzelf beschouwd al drempels opwerpen of zelfs bepaalde CAP's uitsluiten van deelname aan dergelijke proposities omdat zij niet aan deze eisen kunnen of willen voldoen. Deze drempel wordt bovendien versterkt door de omstandigheid dat iedere aanbieder van internettoegang zijn eigen voorwaarden kan stellen. Dat kan leiden tot een situatie waarbij een CAP pakweg 140 verschillende technische configuraties moet ondersteunen en 140 verschillende voorwaarden moet doornemen en accepteren, als wordt uitgegaan van 5 internettoegangs-aanbieders per lidstaat waar een CAP in aanmerking wil komen voor zero-rating.

⁴ <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek#dienst>.

De (keuze)vrijheid van eindgebruikers - zowel de afnemer als de CAP - wordt hierdoor sterk beïnvloed en uiteindelijk beperkt door het opwerpen van drempels en het sturen van keuzes. Daarmee wordt de essentie van netneutraliteit ernstig aangetast.

- 1.9 Partijen met ‘deep pockets’, zoals Spotify en Netflix, zullen makkelijker aan de gestelde voorwaarden kunnen voldoen dan start-ups die niet over dezelfde middelen beschikken. Daarnaast kunnen dergelijke grote partijen die internationaal opereren meer tegenwicht bieden aan internettoegangsaanbieders en voor verschillende lidstaten tegelijk afspraken maken met aanbieders van internettoegang die in meerdere lidstaten opereren. Hierdoor worden de machtsverhoudingen in de markt verstoord en de daadwerkelijke keuzevrijheid van consumenten de facto aangetast.

Oordeel ACM

- 1.10 Geheel in lijn met het voorgaande oordeelde de ACM bij besluit van 9 december 2016 dan ook terecht dat de dienst in strijd is met artikel 3, tweede en derde lid, van de Netneutraliteitsverordening (en artikel 7.4a, derde lid, Tw). De ACM gelastte T-Mobile dan ook te stoppen met het aanbieden en het uitvoeren van de dienst Datavrije Muziek op straffe van verbeurte van een dwangsom.
- 1.11 T-Mobile heeft tegen dit besluit rechtstreeks beroep ingesteld bij uw rechtbank. In een uitspraak van 20 april 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:2940) oordeelde de rechtbank, hoewel de tekst van de Netneutraliteitsverordening niet eenduidig is, dat de Netneutraliteitsverordening zonder twijfel geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat ('acte clair') en dat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onmiskenbaar met de Netneutraliteitsverordening in strijd is. Omdat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onverbindend is en om die reden buiten toepassing moet worden gelaten, terwijl artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening volgens de rechtbank niet voorziet in een categorisch verbod op tariefdifferentiatie, kon de lastoplegging geen stand houden. Het besluit van 9 december 2016 werd daarom vernietigd.
- 1.12 Bits of Freedom meent dat uit de tekst van de Netneutraliteitsverordening niet kan worden afgeleid dat artikel 3, derde lid, zich beperkt tot uitsluitend de ‘technische’ behandeling van verkeer en dat het anders tarifieren van verkeer geen vorm van het ‘behandelen’ van verkeer is in de zin van het derde lid van artikel 3. De rechtbank geeft naar de mening van Bits of Freedom daarmee een te strikte uitleg en daarom onjuiste uitleg aan genoemde bepaling. Om die reden had de rechtbank volgens Bits of Freedom in dit geval daarom in ieder geval prejudiciële vragen dienen te stellen over de uitleg van de Netneutraliteitsverordening aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De ruimte voor zero-rating onder de Netneutraliteitsverordening is volgens Bits of Freedom namelijk veel beperkter dan waar de rechtbank in haar uitspraak van uit lijkt te gaan. Bij brief van 11 mei 2017 heeft Bits of Freedom de ACM dan ook verzocht om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Bits of Freedom kon dit zelf niet doen, omdat zij geen partij was in die procedure.

Handhavingsverzoek Bits of Freedom

- 1.13 Bits of Freedom heeft de ACM in haar brief van 11 mei 2017 in de tweede plaats tevens verzocht om zo nodig - in geval van het niet instellen van hoger beroep - handhavend op te treden tegen T-Mobile omdat de dienst Datavrije Muziek volgens haar in strijd is met artikel

3 van de Netneutraliteitsverordening, een standpunt dat de ACM eerder ook was toegedaan. De Netneutraliteitsverordening bevat volgens Bits of Freedom een helder algemeen verbod op discriminatie en uitzonderingen op dit verbod zijn alleen zeer beperkt toegestaan, en op voorwaarde dat de rechten van de eindgebruiker niet worden ingeperkt. De Netneutraliteitsverordening heeft zeer duidelijk tot doel de vrijheid van eindgebruikers te beschermen, zodat zij zelf in de gelegenheid zijn te kiezen hoe zij het internet willen gebruiken. De dienst Datavrije Muziek beperkt de rechten van de eindgebruiker wel (zie hoofdstuk 3 en verder).

- 1.14 De ACM heeft het handhavingsverzoek doorgestuurd naar T-Mobile en op 9 juni 2017 aan T-Mobile een zienswijze op het verzoek gevraagd. Vervolgens heeft de ACM Bits of Freedom mondeling in de gelegenheid gesteld het handhavingsverzoek toe te lichten en T-Mobile in de gelegenheid gesteld om ten kantore van de ACM haar zienswijze toe te lichten.
- 1.15 Op 26 september 2017 heeft de ACM besloten het handhavingsverzoek van Bits of Freedom af te wijzen. Dit verraste Bits of Freedom, nu de ACM in haar besluit van 9 december 2016 nog stellig van oordeel was dat de dienst Datavrije Muziek in strijd was met artikel 3, tweede en derde lid, van de Netneutraliteitsverordening en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 20 april 2017 daartoe geenszins aanleiding geeft nu deze zich hoofdzakelijk beperkt tot de conclusie dat artikel 7.4a, lid 3, van de Tw geen categorisch verbod van prijsdiscriminatie inhoudt in verband waarmee het handhavingsbesluit tegen T-Mobile geen stand kon houden.
- 1.16 Volgens de nieuwe - volstrekt andere - interpretatie van de ACM is de dienst Datavrije Muziek echter in overeenstemming met artikel 3, eerste, tweede en derde lid van de Netneutraliteitsverordening. De dienst zou volgens de ACM niet in strijd komen met het non-discriminatiebeginsel, omdat de voorwaarde die T-Mobile stelt voor alle aanbieders gelijk zouden zijn. Er zijn voor muziekstreamingdiensten weliswaar toetredingsdrempels om bij de dienst Datavrije Muziek te kunnen worden aangesloten, maar volgens de ACM vormen deze voorwaarden geen substantiële en daarmee ontoelaatbare drempel voor toetreding. Dit toont volgens de ACM aan dat alle openbaar toegankelijke muziekstreamingdiensten zich in theorie kunnen aansluiten bij de dienst. Tevens zou de dienst Datavrije Muziek volgens de ACM de rechten van eindgebruikers niet beperken.
- 1.17 Bits of Freedom kon zich niet vinden in deze beslissing op haar handhavingsverzoek en heeft daarom op 1 november 2017 daartegen pro forma bezwaar gemaakt. Op 24 november 2017 heeft Bits of Freedom de gronden van het bezwaar aangevuld. Deze komen er in de kern op neer dat de ACM zich ten onrechte op het standpunt stelt dat T-Mobile met de dienst Datavrije Muziek niet handelt in strijd met het non-discriminatiebeginsel, dat er wel degelijk sprake is van een beperking van de rechten van eindgebruikers en de ACM de vraag of de dienst Datavrije Muziek de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie binnen de EU ondermijnt ten onrechte niet in de beoordeling heeft betrokken.
- 1.18 Op 20 december 2017 heeft een hoorzitting plaatsgevonden. Hierbij heeft Bits of Freedom nogmaals in heldere bewoordingen uiteengezet waarom de door T-Mobile opgelegde voorwaarden en het aanmeldproces tot gevolg hebben dat niet alle muziekstreamingdiensten gelijk behandeld worden en waarom de rechten van eindgebruikers worden beperkt. De ACM heeft bij besluit van 29 januari 2018 de bezwaren van Bits of Freedom echter ongegrond verklaard. De ACM blijft bij het standpunt dat de dienst Datavrije Muziek niet in

strijd is met de Netneutraliteitsverordening, omdat de dienst non-discriminatoir zou worden aangeboden en geen eindgebruikersrechten zou schaden en volgens de beslissing op bezwaar wordt hiermee evenmin afbreuk gedaan aan het voortdurend functioneren van het internetecosysteem als de motor van innovatie.

- 1.19 Bits of Freedom kan zich met het bestreden besluit niet verenigen. De Netneutraliteitsverordening biedt geen ruimte voor zero-rating in de vorm van een door een aanbieder zelf gedefinieerde categorie van diensten waarvan het dataverkeer niet in rekening wordt gebracht.
- 1.20 De ruimte voor zero-rating onder de Netneutraliteitsverordening is beperkt. De specifieke vorm van zero-rating die door T-Mobile wordt toegepast is nu juist wel door de Netneutraliteitsverordening verboden maar dit is door de ACM en de rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 20 april 2017 ten onrechte niet onderkend. Dit zal Bits of Freedom hieronder nader toelichten. Daartoe zal allereerst kort een schets worden gegeven van het relevante Europees wettelijk kader waaraan ACM het handhavingsverzoek heeft getoetst.

2. EUROPEES WETTELIJK KADER EN INTERPRETATIE BEREK

De Netneutraliteitsverordening

- 2.1 De Netneutraliteitsverordening strekt er volgens de eerste considerans toe gemeenschappelijke regels vast te stellen om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen. Met de Netneutraliteitsverordening wordt beoogd eindgebruikers te beschermen en tevens de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen.
- 2.2 Volgens overweging 6 van de considerans moeten eindgebruikers het recht hebben om via hun internettoegangsdienst toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en zonder discriminatie toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden.
- 2.3 Overweging 7 van de considerans stelt, onder meer, dat eindgebruikers de vrijheid worden geboden met de aanbieders van internettoegangsdiensten overeenkomsten te sluiten over tarieven voor specifieke datavolumes en snelheden van de internettoegangsdienst, met het oog op de uitoefening van hun rechten om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken en aan te bieden (onderstrepingen CMS). Deze overeenkomsten, alsook enigerlei commerciële praktijken van de aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van die rechten niet inperken en aldus de belangen van de Netneutraliteitsverordening betreffende het waarborgen van open-internettoegang omzeilen. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde autoriteiten dient de bevoegdheid te worden verleend op te treden tegen overeenkomsten of commerciële praktijken die wegens hun omvang tot een feitelijke beperking van de keuzemogelijkheden van eindgebruikers leiden. Daartoe dient rekening te worden gehouden met onder meer de respectieve marktposities van de betrokken aanbieders van internettoegangsdiensten (onderstrepingen CMS).
- 2.4 Volgens overweging 8 van de considerans moeten aanbieders bij het aanbieden van de internettoegangsdiensten alle verkeer gelijk behandelen, zonder discriminatie, beperking of inmenging, ongeacht de afzender of de ontvanger, de inhoud, toepassing of dienst, of de

- eindapparatuur (onderstreping CMS). Volgens de algemene beginsel van het Unierecht en de vaste rechtspraak mogen vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en mogen verschillende situaties niet op dezelfde wijze worden behandeld, tenzij een dergelijk bchandeling objectief gerechtvaardigd is.
- 2.5 Vervolgens wordt in overweging 9 e.v. van de considerans uiteengezet onder welke voorwaarden er op deze algemene verplichting om verkeer gelijk te behandelen er uitzonderingen bestaan voor het nemen van verkeersbeheersmaatregelen, oftewel maatregelen die uitsluitend zien op de technische behandeling van verkeer zoals bijvoorbeeld het prioriteren of het blokkeren van verkeer.
 - 2.6 Artikel 1 bepaalt het onderwerp en toepassingsgebied van de Netneutraliteitsverordening. Ingevolge het eerste lid, worden bij de verordening regels vastgesteld om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers te waarborgen.
 - 2.7 Artikel 3 waarborgt de open internet-toegang. Ingevolge het eerste lid hebben eindgebruikers 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 (onderstrepingen CMS).
 - 2.8 Artikel 3 lid 2 van de Netneutraliteitsverordening stelt dat internettoegangsdiensten elkaar in beginsel mogen beconcurreren op prijs, datavolumes, snelheden en andere commerciële praktijken, zolang dit het recht van eindgebruikers (eerste lid), waaronder internetgebruikers, niet zal beperken.
 - 2.9 Het derde lid van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening is een nadere uitwerking van lid 1 en 2 en stelt daarmee grenzen aan een grote verscheidenheid van handelingen die data doorgifte kunnen discrimineren. Het opent evenwel enige ruimte voor het ingrijpen indien noodzakelijk vanuit het perspectief van verkeersbeheersmaatregelen. De eerste alinea van lid 3 bevat de algemene verplichting om verkeer gelijk te behandelen. De eerste alinea bepaalt namelijk dat aanbieders van internettoegangsdiensten bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze behandelen, 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.
 - 2.10 De tweede alinea van artikel 3, lid 3, Netneutraliteitsverordening bevat een uitzondering op de voorgaande algemene verplichting om verkeer gelijk te behandelen voor verkeersbeheersmaatregelen. Dit zijn maatregelen die technisch ingrijpen op het verkeer, zoals bijvoorbeeld het prioriteren van bepaald internetverkeer. Om als redelijk te worden beschouwd, moeten die maatregelen transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en mogen zij niet berusten op commerciële overwegingen, maar op objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van specifieke categorieën verkeer berusten. Zulke maatregelen mogen niet inhouden dat de specifieke inhoud wordt gevolgd, en zij worden niet langer dan nodig aangehouden.

- 2.11 De derde alinea van artikel 3, lid 3, Netneutraliteitsverordening bevat weer een beperking op de verkeersbeheersmaatregelen die zijn toegestaan. Volgens deze passage in lid 3 treffen aanbieders van internettoegangsdiensten geen verkeersbeheersmaatregelen die verder gaan dan de in de tweede alinea bedoelde maatregelen, en gaan met name niet over tot het blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken of degraderen van, interfereren met of discrimineren tussen specifieke inhoud, toepassingen of diensten, of specifieke categorieën daarvan. Hierna volgen (onder de letters a tot en met c) drie uitzonderingen hierop die wij hier verder onbesproken zullen laten.
- 2.12 Met uitzondering van het nemen van bepaalde verkeersbeheersmaatregelen staat de Netneutraliteitsverordening enigerlei andere vormen van discriminatie niet toe, waaronder zero-rating tussen wel en niet bij een internettoegangs-aanbieder als T-Mobile aangesloten muziekstreamingsdiensten. Integendeel, zowel lid 1, lid 2 als lid 3 van artikel 3 laten geen ruimte aan vormen van discriminatie van internetverkeer. Artikel 1 in samenhang met artikel 3, lid 1, lid 2 en lid 3, van de Netneutraliteitsverordening bieden geen ruimte om internetverkeer van een specifieke dienst of een door de aanbieder van internettoegang gedefinieerde groep van diensten anders te behandelen, anders dan door middel van het nemen van verkeersbeheersmaatregelen die voldoen aan de voorwaarden zoals uiteengezet in de tweede alinea en verder van het derde lid van artikel 3. Het standpunt van de rechtbank in voornoemde uitspraak, dat artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening enkel zou zien op technische maatregelen, verhoudt zich niet met het algemene verbod op discriminatie dat voortvloeit uit de systematiek van de Netneutraliteitsverordening, zoals dat onder andere voortvloeit uit de considerans en de tekst van artikel 1 en artikel 3, leden 1, 2 en 3 van de Netneutraliteitsverordening. De interpretatie van BEREC maakt dat niet anders. De tekst van de Netneutraliteitsverordening is op dat punt helder.

De BEREC Guidelines

- 2.13 De BEREC Guidelines vinden hun rechtsgrond in artikel 5, derde lid, van de Netneutraliteitsverordening en vormen aanbevelingen aan nationale regelgevende instanties over de toepassing van de Europese netneutraliteitsregels. Zij dienen zoveel mogelijk rekening te houden met de Guidelines, zo is vastgelegd in artikel 3, derde lid, van verordening nr. 1211/2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie en het Bureau en overweging 19 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening. De Guidelines hebben echter geen wettelijke en de ACM bindende status. De Guidelines bevatten slechts een interpretatie van de Netneutraliteitsverordening van BEREC zelf, en zijn ook overigens niet bindend. Volgens de Guidelines is zero-rating in sommige gevallen wel en in andere gevallen niet toegestaan.
- 2.14 In paragraaf 40 t/m 43 van de Guidelines⁵ wordt bij de guidance over artikel 3 lid 2 ingegaan op de praktijk van zero-rating. BEREC stelt hierin onder meer dat:

"There are different types of zero-rating practices which could have different effects on end-users and the open internet, and hence on the end-user rights protected under the Regulation."

⁵ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules

A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s) would infringe Article 3(3) first (and third) subparagraph.

The Internet Service Provider could either apply or offer zero-rating to an entire category of applications (e.g. all video or all music streaming applications) or only to certain applications thereof (e.g. its own services, one specific social media application, the most popular video or music applications). In the latter case, an end-user is not prevented from using other music applications. However, the zero price applied to the data traffic of the zero-rated music application (and the fact that the data traffic of the zero-rated music application does not count towards any data cap in place on the Internet Access Service) creates an economic incentive to use that music application instead of competing ones. The effects of such a practice applied to a specific application are more likely to undermine the essence of the end-users rights or lead to circumstances where end-users choice is materially reduced in practice (Recital 7) than when it is applied to an entire category of applications.

When assessing such agreements or commercial practices like zero rating in relation to Article 3 (2), the assessment should take into account the aim of the Regulation to 'safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic' (Article 1) and to 'guarantee the continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation (Recital 1) as well as Recital 7 which directs intervention against 'agreements or commercial practices which by reason of their scale, lead to situations where end-users choice is materially reduced in practice' or which would result in 'the undermining of the essence of the end-users rights'.

- 2.15 Uit de Guidelines volgt dat bepaalde vormen van zero-rating dus niet zijn toegestaan omdat zij in strijd kunnen zijn met artikel 3, lid 2 en 3 van de Netneutraliteitsverordening. Bovendien blijkt uit de hierboven aangehaalde passage dat BEREC ook als eis stelt dat zero-rating moet voldoen aan een belangrijke doelstelling van de Netneutraliteitsverordening, te weten de gelijke en niet-discriminerende behandeling van verkeer bij het aanbieden van internet-toegangsdiensten zoals is neergelegd in artikel 1 van de Netneutraliteitsverordening. Het enkele feit dat BEREC daarbij niet verwijst naar de eerste alinea van het derde lid van artikel 3, waarin deze doelstelling is uitgewerkt, doet aan de toepasselijkheid van die bepaling op zero-rating niets af.
- 2.16 Aangezien de Guidelines op zich geen juridisch verbindend karakter hebben en het Hof over de uitleg van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening nog geen oordeel heeft gegeven, ontbreekt echter ook op dit punt de gewenste duidelijkheid, terwijl het antwoord op de vraag of de vorm van zero-rating die T-Mobile nu hanteert is toegestaan onder de Netneutraliteitsverordening voor de praktijk van groot belang is. In andere EU-lidstaten worden immers soortgelijke proposities onder andere voorwaarden gesignaleerd van aanbieders van internettoegang waarbij bepaalde diensten een voorkeursbehandeling krijgen d.m.v. zero rating.⁶

⁶ Zie o.a. StreamOn van Deutsche Telekom, Vodafone Pass en A1 Free Stream.

3. RUIMTE VOOR ZERO RATING ONDER NETNEUTRALITEITSVERORDENING ZEER BEPERKT

- 3.1 Bits of Freedom stelt zich in dit aanvullend beroepschrift primair op het standpunt dat de ACM in het besluit op bezwaar ten onrechte heeft geoordeeld dat de Netneutraliteitsverordening de vorm van zero-rating zoals toegepast door T-Mobile niet verbiedt. Bits of Freedom maakt tegen dit oordeel van de ACM bezwaar, nu de Netneutraliteitsverordening juist verplicht tot het gelijk behandelen van internetverkeer zonder beperking aan het gebruik en de toepassing door de ontvanger en grenzen stelt aan de vormen van prijsdifferentiatie van verkeer die zijn toegestaan. T-Mobile behandelt bepaalde vormen van internetverkeer anders door hiervoor een nultarief te hanteren (zero-rating) op basis van een eigen gekozen criterium - een zelf gedefinieerde categorie van diensten.
- 3.2 Om in aanmerking te komen voor een dergelijke voorkeursbehandeling dient de inhoud van het verkeer aan bepaalde vereisten te voldoen, dienen partijen daarvoor een overeenkomst met T-Mobile aan te gaan en bepaalde technische voorzieningen te treffen. Dit kan onder geen enkel beding worden beschouwd als het gelijk behandelen van internetverkeer, ongeacht de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid of de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten. Deze vorm van ongelijk behandelen van verkeer is in strijd met artikel 1 en artikel 3, lid 3, eerste alinea van de Netneutraliteitsverordening. Het besluit van de ACM om het handhavingsverzoek van Bits of Freedom af te wijzen kan reeds hierom niet in stand blijven. Het waarborgen van de gelijke behandeling van verkeer is een kerndoel en algemene norm van de Netneutraliteitsverordening.

Grondslag netneutraliteit

- 3.3 Het waarborgen van de gelijke en niet-discriminerende behandeling van verkeer, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, bij het aanbieden van internettoegangsdiensten is zoals gezegd één van de kerndoelen van de Netneutraliteitsverordening. Dit volgt evident uit overweging 1 van de considerans en artikel 1 van de Netneutraliteitsverordening volgens Bits of Freedom. Het eerste en tweede lid en de eerste alinea van het derde lid van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening werken dit doel in een gelaagde structuur uit.
- 3.4 Het eerste lid van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening definieert de rechten van eindgebruikers die verband houden met de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van een internettoegangsdienst. Het tweede lid van artikel 3 bepaalt dat overeenkomsten over commerciële en technische voorwaarden en de kenmerken van internettoegangsdiensten en alle overige commerciële praktijken de rechten op grond van artikel 3, lid 1, van de Netneutraliteitsverordening niet mag beperken.
- 3.5 Vervolgens bevat de eerste alinea van het derde lid van artikel 3 de algemene norm, die uit artikel 1 voortvloeit, dat bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie wordt behandeld, ongeacht de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid of de toepassingen of diensten die worden gebruikt of aangeboden. Deze algemene plicht tot gelijke behandeling van verkeer houdt onder andere in dat de aanbieder bij het aanbieden van internettoegang verkeer niet anders mag behandelen omdat het betrekking heeft op een bepaalde dienst of bepaalde inhoud of, in het geval van

T-Mobile, een door de aanbieder zelf gedefinieerde groep van diensten. Simpel gezegd is dit de essentie van netneutraliteit, aldus Bits of Freedom.

De uitzondering voor verkeersbeheersmaatregelen bepaalt niet de algemene norm voor gelijke behandeling van verkeer.

- 3.6 Artikel 3, derde lid, tweede alinea, van de Netneutraliteitsverordening bevat een uitzondering op de voorgaande algemene verplichting tot gelijke behandeling van verkeer voor het treffen van verkeersbeheersmaatregelen. Artikel 3, derde lid, derde alinea, bevat weer een beperking op de verkeersbeheersmaatregelen die zijn toegestaan. Verkeersbeheersmaatregelen zijn maatregelen waarbij verkeer technisch anders wordt behandeld, bijvoorbeeld door bepaald verkeer te blokkeren of voorrang te geven.
- 3.7 Uit het feit dat de tweede alinea en verder artikel 3, lid 3, van de Netneutraliteitsverordening enkele uitzonderingsmogelijkheden biedt voor verkeersbeheersmaatregelen, kan niet zomaar worden afgeleid dat de algemene plicht tot gelijke behandeling van al het verkeer op grond van de eerste alinea van lid 3 van genoemde bepaling ook alleen betrekking zou hebben op de technische behandeling van verkeer.
- 3.8 De Europese wetgever heeft immers duidelijk gekozen voor een gelaagde structuur waarbij de algemene norm om verkeer gelijk te behandelen zoals verwoord in artikel 1 en artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening en de overwegingen 1 en 8 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening onderscheiden moet worden van de uitzonderingen die op deze norm mogelijk zijn voor verkeersbeheersmaatregelen zoals verwoord in artikel 3, derde lid, tweede alinea, van de Netneutraliteitsverordening en verder de overwegingen 9 tot en met 15 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening. De eerste alinea en de daaropvolgende alinea's van het derde lid van artikel 3 en de derde alinea van lid 3 dienen dus verschillende doelen en moeten daarom los van elkaar worden gezien en geïnterpreteerd. Dit heeft de rechtbank in de voornoemde uitspraak van 20 april 2017 nagelaten.

Het behandelen van verkeer kent twee verschillende verschijningsvormen

- 3.9 Het behandelen van verkeer kent dus twee verschillende verschijningsvormen. Zo kan men bepaald internetverkeer anders behandelen door het anders te tarifieren, bijvoorbeeld door een hoger, lager of nultarief voor het desbetreffende verkeer te hanteren (economische behandeling). Zero-rating is een commerciële praktijk waarbij voor bepaald verkeer een nultarief geldt. In dat geval gaat dergelijk verkeer niet ten koste van de databundel van de eindgebruiker.
- 3.10 Bij de andere verschijningsvorm wordt internetverkeer technisch anders behandeld door het bijvoorbeeld te blokkeren of voorrang te geven (technische behandeling). Deze technische verschijningsvorm van 'behandelen' wordt in de Netneutraliteitsverordening omschreven als 'verkeersbeheersmaatregel' of 'verkeersbeheer'.
- 3.11 Onder 'behandeling van verkeer' als bedoeld in artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening dient dus niet alleen te worden verstaan een verbod op het in technisch opzicht ongelijk behandelen van verkeer, maar ook het in economisch opzicht ongelijk behandelen van verkeer, voor zover deze ongelijke behandeling van verkeer is

gebaseerd op één van de ‘beschermde gronden’, te weten: de verzender of ontvanger, de inhoud waartoe toegang wordt verleend of die wordt verspreid, de gebruikte of aangeboden toepassingen of diensten, of de gebruikte eindapparatuur.

- 3.12 Dit betekent overigens nog niet dat alle vormen van zero-rating niet zijn toegestaan onder artikel 3, lid 3, eerste alinea van de Netneutraliteitsverordening. Een verbod op zero-rating als zodanig bevat de Netneutraliteitsverordening niet. Het anders behandelen - in dit geval tarifieren - van verkeer op basis van bijvoorbeeld het tijdstip is niet per definitie uitgesloten. Denk bijvoorbeeld aan het anders tarifieren van verkeer tijdens dal- of piekuren. Op rustige tijden of momenten, bijvoorbeeld tussen 23.00 uur 's avonds en 06.00 uur 's ochtends, zou het datagebruik vrijgesteld kunnen worden van een datalimiet, omdat het op dat moment zo rustig is dat het gebruik van de ene gebruiker de andere niet in de weg zal zitten. Hierdoor blijft gewaarborgd dat al het verkeer op gelijke wijze wordt behandeld. Deze vorm van ‘applicatie of dienst agnostische’ zero-rating is dus, onder voorwaarden, toegestaan volgens Bits of Freedom. Daar is in het geval van T-Mobile echter geen sprake van.
- 3.13 Dat ook de economische behandeling van verkeer onder deze algemene norm van gelijke behandeling valt, is ook goed te verklaren. Immers, zowel het economisch als technisch ongelijk behandelen van verkeer op basis van één van de beschermde gronden vermeld in artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening heeft hetzelfde discriminatoire effect. Professor Barbara van Schewick van Stanford University, expert op het gebied van netneutraliteit, omschreef dit treffend in een rapport aan de Amerikaanse toezichthouder, de FCC:
- "Some commenters assume that zero-rating is less harmful than technical forms of discrimination (such as slowing down or speeding up certain applications), because applications that are zero-rated continue to receive the same technical treatment as applications subject to the cap. However, while zero-rating operates slightly differently, the discriminatory effect is the same: zero-rated applications are more attractive to users than applications that are not."*
- 3.14 De ACM is in haar beslissing op bezwaar er dus ten onrechte vanuit gegaan dat de algemene norm om verkeer gelijk te behandelen zoals neergelegd in artikel 1 in samenhang met artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening zich beperkt tot de technische behandeling van verkeer en niet het anders tarifieren van verkeer omvat. De ACM hanteert dus een verkeerde maatstaf bij toetsing aan het non-discriminatiebeginsel.
- 3.15 Toch erkent de ACM, met verwijzing naar randnummer 43 uit de BEREK Guidelines, in zowel haar primaire beslissing als haar beslissing op bezwaar dat commerciële praktijken waarbij zero-rating wordt toegepast, moeten voldoen aan een belangrijke doelstelling van de Netneutraliteitsverordening, te weten de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten (art. 1 Netneutraliteitsverordening).⁷ Deze doelstelling is, zoals hierboven uitgebreid uiteen is gezet, verder uitgewerkt in artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening.

⁷ ACM besluit op handhavingsverzoek van 26 december 2017, randnummer 37 en 38. En ACM besluit op bezwaar van 29 januari 2018, randnummer 36 en 37.

- 3.16 Om vervolgens te toetsen of de door T-Mobile aangeboden dienst ‘Datavrije Muziek’ aan deze algemene norm voldoet, hanteert de ACM de volgende maatstaf:
- “Bij de toets aan het non-discriminatiebeginsel gaat het erom dat muziekstreamingdiensten onder gelijke voorwaarden kunnen toetreden tot de dienst”*
In dit verband wijst de ACM op randnummer 6 van de considerans van de netneutraliteitsverordening (onderstreping ACM): (...)”⁸
- 3.17 De ACM heeft echter niet de maatstaf gehanteerd die noodzakelijkerwijs ook uit artikel 1 in samenhang met artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening voortvloeit.
- 3.18 Had zij dit wel gedaan dan had de ACM immers beoordeeld of met de dienst Datavrije Muziek al het verkeer - van wel en niet aangesloten muziekstreamingdiensten - gelijk behandeld zou worden, in plaats van de volstrekt andere vraag te beantwoorden of muziekstreamingdiensten onder gelijke voorwaarden toe kunnen treden tot de dienst Datavrije Muziek.
- 3.19 De ACM was naar de mening van Bits of Freedom in dat geval tot de conclusie gekomen dat het toepassen van een datalimiet op bepaalde soorten verkeer, en niet op andere soorten verkeer, op basis van de dienst die men aanbiedt of afneemt (wat zero-rating in dit geval inhoudt) onder geen enkel beding kan worden beschouwd als het gelijk behandelen van verkeer door T-Mobile met Datavrije Muziek tussen wel en niet aangesloten muziekstreamingdiensten, zoals artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening internettoegangsdiensten voorschrijft.
- 3.20 Vervolgens had de ACM dienen te beoordelen of er objectieve gronden zijn die het ongelijk behandelen van het verkeer in dit geval toch kunnen rechtvaardigen. De ACM heeft echter ook nagelaten deze beoordeling te maken, zodat het bestreden besluit ook om die reden voor vernietiging in aanmerking komt. Had zij dit wel gedaan dan was in ieder geval duidelijk geworden of er objectieve gronden aanwezig zijn voor de ongelijke behandeling van internetverkeer door T-Mobile en aan de hand van welke criteria dit dient te worden vastgesteld. Het kan in ieder geval niet zo zijn dat de zelf gekozen criteria van de internettoegangs-aanbieder hier leidend zijn.
- 3.21 De maatstaf die de ACM in haar bestreden besluit hanteert, stelt aanbieders van internettoegang, zoals T-Mobile, onterecht in staat om vrijwel alle voorwaarden te stellen die hen goeddunkt, zolang deze voorwaarden maar voor alle eindgebruikers hetzelfde zijn, aldus de ACM. Zou T-Mobile bijvoorbeeld als eis stellen dat uitsluitend muziekstreamingdiensten met minimaal 1 miljoen klanten, muziekstreamingdiensten die de muziekstream in een bepaalde kwaliteit aanbieden, of muziekstreamingdiensten die een rood logo hanteren, zijn toegelaten tot de dienst ‘Datavrije Muziek’, dan zou dit volgens de maatstaf die de ACM hanteert onder de Netneutraliteitsverordening, in principe zijn toegestaan zolang deze voorwaarden voor alle eindgebruikers hetzelfde zijn. Het is evident dat dit niet de maatstaf is die uit de Netneutraliteitsverordening voortvloeit.

⁸ Zie besluit op bezwaar van ACM van 29 januari 2018, randnummer 36 en 37.

Stellen van prejudiciële vragen noodzakelijk

- 3.22 Gelet op het voorgaande dient uw rechtbank vanwege het feit dat er (voldoende) twijfel bestaat over de uitleg (en toepassing) van artikel 3, lid 3, van de Netneutraliteitsverordening in verband met de eis van netneutraliteit, maar ook over de interpretatie van de algehele structuur en het taalgebruik van de Netneutraliteitsverordening, waarbij een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen het 'behandelen van verkeer' en 'verkeersbeheersmaatregelen', anders dan in de uitspraak van 20 april 2017, prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het gaat bovendien om uitleg van de bepaling die één van de kerndoelen van de Netneutraliteitsverordening waarborgt, te weten de gelijke en niet-discriminerende behandeling van verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiens-ten. Artikel 3, lid 3, eerste alinea, Netneutraliteitsverordening beschermt dit principe. Er mag daarom geen enkele onduidelijkheid bestaan over de strekking van deze algemene norm zoals vermeld in artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de Netneutraliteitsverordening.
- 3.23 Een korte zoektocht op internet leert ten slotte dat de vraag of bepaalde vormen van zero-rating in overeenstemming zijn met het non-discriminatieprincipe ook toezichthouders in andere lidstaten (onder meer Noorwegen⁹, Portugal¹⁰, Duitsland¹¹ en België¹²) bezighoudt, waarbij toezichthouders verschillende wegen bewandelen, hetgeen des te meer een reden vormt om over de betekenis van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening op Europees niveau helderheid over te verkrijgen.

4. ZERO-RATING BEPERKT RECHTEN EINDGEBRUIKERS

- 4.1 Indien u van oordeel bent dat de vorm van zero-rating die T-Mobile hanteert niet in strijd is met artikel 1 en artikel 3, lid 3, eerste alinea van de Netneutraliteitsverordening en de ACM derhalve terecht heeft geoordeeld dat zij op die grond niet handhavend kan optreden, dan stelt Bits of Freedom zich subsidiair op het standpunt dat de dienst Datavrije muziek in strijd is met artikel 3, lid 1 en lid 2, van de Netneutraliteitsverordening.

Zero-rating perkt keuzevrijheid eindgebruikers in

- 4.2 Artikel 3, lid 2, van de Netneutraliteitsverordening bepaalt dat de commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiens-ten de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers niet mogen beperken. De in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers zijn, kort samengevat, om zelf te kiezen welke informatie, diens-ten of toepassingen zij van het internet willen gebruiken of aanbieden zonder dat de aanbieder van de internettoegangsdiens-ten zich hierin gaat mengen en de keuzes gaat sturen en beperken.
- 4.3 Een discriminerende praktijk als de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile, waarbij dataverkeer voor de ene muziekstreamingdiens-ten wel van de bundel afgaat, en dataverkeer voor de (andere) aangesloten muziekstreamingdiens-ten niet, beperkt de facto die vrijheid.

⁹ Zie <https://eng.nkom.no/topical-issues/news/regulatory-assessment-of-telias-zero-rating-offer-music-freedom> (voor het laatst geraadpleegd op 23 april 2018).

¹⁰ Zie: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1430339> (voor het laatst geraadpleegd op 23 april 2018).

¹¹ Zie https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/04122015_Streamon.html (voor het laatst geraadpleegd op 23 april 2018).

¹² <http://www.bipt.be/nl/operators/telecom/bescherming-van-de-consumenten/bipt-analyse-van-de-zero-rating-van-apps-in-de-aanbiedingen-van-proximus> (voor het laatst geraadpleegd op 23 april 2018).

Doordat T-Mobile internetverkeer ongelijk behandelt, krijgt de eindgebruiker een kunstmatige prikkel van T-Mobile om alleen of met name de muziekstreamingdiensten die zijn aangesloten bij Datavrije Muziek te verkiezen ten koste van andere diensten, en daar zit nu juist de pijn.

- 4.4 Professor Van Schewick bevestigt in haar rapport¹³ dat van zero-rating een krachtig effect uitgaat:

"Evidence suggests that zero-rating has a powerful effect. For example, in a study commissioned by CTIA, (n)early three-quarters of respondents (74%) report that they would be more likely to watch videos offered by a new provider if the content did not count against their monthly limit. When Slate experimented with zero-rating and told some would-be listeners that the podcast wouldn't count against the data plans on their smartphones (...) users were 61% more likely to press play."

- 4.5 De BEREC-Guidelines onderschrijven dit standpunt. In punt 48 staat namelijk:

"End-users of an IAS whose conditions include a lower (or zero) price for the data associated with a specific application or class of applications will be incentivized to use the zero-rated application, or category of applications and not others. Furthermore, the lower the data cap, the stronger such influence is likely to be."

De Guidelines geven vervolgens een kader voor het beoordelen van zero-rating initiatieven (punt 43 t/m 47):

"When assessing such agreements or commercial practices like zero-rating in relation to Article 3(2), the assessment should take into account the aim of the Regulation to 'safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic' (Article 1) and to 'guarantee the continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation' (Recital 1) as well as Recital 7, which directs intervention against agreements or commercial practices which 'by reason of their scale, lead to situations where end-users' choice is materially reduced in practice', or which would result in 'the undermining the essence of the end-users' rights'.

Recital 7 also indicates that the assessment should take into account the 'respective market positions of those providers of internet access services, and of the providers of content, applications and services, that are involved'.

When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP."

- 4.6 De ACM stelt zich in het bestreden besluit op het standpunt dat het bij de eindgebruikersrechten als bedoeld in artikel 3, eerste lid, gaat om zowel eindgebruikersrechten van consumenten en zakelijke klanten als om de eindgebruikersrechten van de aanbieders van inhoud en toepassingen. Bits of Freedom zal hierna achtereenvolgens

¹³ <https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/vanSchewick2015NetworkNeutralityandZerorating.pdf> (zie p. 2) (voor het laatst geraadpleegd op 24 april 2018).

uiteenzetten waarom zowel de rechten van consumenten en zakelijke klanten als de rechten van aanbieders worden beperkt door de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile.

Rechten consumenten en zakelijke klanten worden beperkt

- 4.7 Er is volgens de ACM geen sprake van beperking van de rechten van consumenten en zakelijke klanten omdat er een grote verscheidenheid aan muziekstreamingdiensten is die worden gezero-rate waardoor consumenten en zakelijke klanten van T-Mobile een ruime keuzemogelijkheid hebben. Bovendien hebben consumenten en zakelijke klanten zelf invloed op de muziekstreamingdiensten die zijn aangesloten, omdat zij bij T-Mobile kunnen aangeven dat zij een bepaalde muziekstreamingdienst aangesloten willen hebben bij de dienst Datavrije Muziek. Ook kunnen eindgebruikers bij T-Mobile aangeven dat zij geen gebruik willen maken van de dienst Datavrije Muziek, aldus ACM.
- 4.8 Bits of Freedom kan zich met dit standpunt niet verenigen. Zij is van mening dat de ACM een onjuiste beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd en dat de rechten van consumenten en zakelijke klanten wel degelijk worden beperkt in strijd met artikel 3, lid 1 en lid 2, van de Netneutraliteitsverordening. Deze conclusie wordt hieronder onderbouwd aan de hand van een aantal argumenten.

Onjuiste beoordelingsmaatstaf

- 4.9 De ACM heeft ter beoordeling van het betoog van Bits of Freedom dat de rechten van consumenten en zakelijke klanten worden beperkt ten onrechte uitsluitend gekeken naar de aanbieders die aangesloten zijn bij Datavrije Muziek, in plaats van naar alle aanbieders van muziekstreamingdiensten die dat niet zijn en de reden waarom zij niet aangesloten zijn. Een juiste maatstaf voor de beoordeling zou juist zijn om te kijken naar de grote verscheidenheid in het aanbod van muziekstreamingdiensten op internet, en welk deel daarvan deelneemt of redelijkerwijs heeft kunnen deelnemen aan de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile. Dat bepaalt immers mede de mate van het discriminatoire karakter. Deze toets zou uitwijzen dat slechts een bijzonder beperkt aantal diensten daadwerkelijk deelneemt terwijl deze dienst nu al ruim anderhalf jaar worden aangeboden. Het is dus slechts een zeer kleine groep muziekstreamingdiensten die van een nultarief op het verkeer van hun dienst profiteren.

Datavrije Muziek stuurt afnemers in hun keuze

- 4.10 Consumenten en zakelijke klanten worden dus beïnvloed om deze aangesloten diensten te gebruiken in plaats van één van de vele andere muziekstreamingdiensten. Naast dat het voor de eindgebruiker minder aantrekkelijk is om een niet-deelnemende dienst te beluisteren, komen niet-deelnemende diensten ook veel minder snel in beeld bij consumenten en zakelijke klanten. Zij kijken immers alleen of hoofdzakelijk naar de muziekstreamingdiensten die niet ten koste gaan van hun databundel, waarbij de diensten die een voorkeursbehandeling krijgen met hun logo's goed in beeld komen, terwijl andere diensten letterlijk en figuurlijk buiten beeld raken. T-Mobile beïnvloedt zodoende de keuze van consumenten en zakelijke klanten en beperkt daarmee hun vrijheid.
- 4.11 Dat consumenten en zakelijke gebruikers een muziekstreamingdienst die zij aangesloten willen hebben kunnen aanmelden bij T-Mobile, garandeert geenszins dat T-Mobile ook met deze muziekstreamingdienst in zee wil gaan. Dit blijkt ook wel uit de vele vragen die op het

forum van T-Mobile worden gesteld waarom het bijvoorbeeld zo lang duurt dat diensten als SoundCloud of Google Music op het lijstje van aangemelde diensten komen (als ze er überhaupt al opkomen).¹⁴ Dat hangt immers af van de vraag of de bewuste dienst wenst mee te gaan in de technische vereisten die T-Mobile stelt en de (contractuele) voorwaarden die zij opwerpt.

Datavrije Muziek sluit bepaalde eindgebruikers uit

- 4.12 Daar komt bij dat muziek die consumenten en zakelijke klanten zelf streamen en waarvan ze zelf afnemer zijn, niet in aanmerking komt voor doorgifte via het platform. Ook in zoverre remt het de vooruitgang en verspreiding van muziek(soorten), terwijl de eis van netneutraliteit met name ook met dat doel - innovatie - in het leven is geroepen. T-Mobiles aanbod werkt evenmin voor eindgebruikers die ter bescherming van de vertrouwelijkheid van hun communicatie gebruik maken van Virtual Private Network (VPN). Uit het enkele bestaan van de aanmeldmogelijkheid kan derhalve niet zonder meer worden afgeleid dat het effect op de rechten/keuzemogelijkheden van consumenten en zakelijke eindgebruikers beperkt is.

Marktpositie T-Mobile

- 4.13 Uit het bestreden besluit blijkt niet dat ACM de marktpositie van T-Mobile in ogenschouw heeft genomen. Volgens de BEREC-Guidelines is *'a limitation of end-user rights more likely to arise when an ISP has a strong market position (all else being equal) compared to a situation where the ISP has a weak market position'*. Uit cijfers van onderzoeksbureau Telecompaper blijkt dat het marktaandeel van T-Mobile op basis van omzet in 2017 21,2 % bedroeg.¹⁵ T-Mobile is dus een grote speler op de Nederlandse markt van aanbieders van mobiele internettoegangsdiensten. Dit had ACM dienen te betrekken in haar besluitvorming. Door dat niet doen, lijdt de beslissing op bezwaar in ieder geval aan een motiveringsgebrek.

De werking van het internetecosysteem als motor van innovatie wordt niet gewaarborgd

- 4.14 Uit overweging 1 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening volgt dat bij de beoordeling of een specifieke vorm van zero-rating voldoet aan de vereisten van artikel 3, lid 1 en lid 2, in ogenschouw dient te worden genomen of de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie wordt gewaarborgd. Dit volgt ook uit randnummer 43 van de BEREC Guidelines. De ACM stelt zich in het bestreden besluit op het standpunt dat de beoordeling van zero-rating diensten case-by-case dient te geschieden en zij dus alleen dient te beoordelen of de dienst Datavrije Muziek in overeenstemming is met de Netneutraliteitsverordening en slechts bevoegd zou zijn om op te treden bij overeenkomsten of commerciële praktijken die de essentie van de rechten van eindgebruikers zouden ondermijnen.¹⁶ Met dit laatste oordeel miskent de ACM dat zij slechts bevoegd zou zijn om op te treden als de essentie van de rechten van eindgebruikers wordt ondermijnd. Uit overweging 7 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening volgt immers dat de ACM reeds de bevoegdheid heeft om op te treden tegen overeenkomsten of

¹⁴ <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243> (geraadpleegd op 5 mei 2018).

¹⁵ <https://tweakers.net/nieuws/136555/nederlandse-mobiele-providers-verdienden-afgelopen-jaar-minder-geld.html>

¹⁶ Besluit op bezwaar, randnummer 63.

commerciële praktijken die wegens hun omvang tot een feitelijke beperking van de keuzemogelijkheden van de eindgebruikers leiden. Tot slot komt ACM tot de conclusie dat door de dienst Datavrije Muziek geen afbreuk wordt gedaan aan de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie nu er geen schending is van het non-discriminatiebeginsel en geen sprake is van een beperking van eindgebruikersrechten. Hier legt de ACM echter een verkeerde toets aan.

- 4.15 Eén van de typerende kenmerken van het internet als bron voor innovatie is het principe dat elke eindgebruiker toegang kan verkrijgen tot 'in beginsel alle eindpunten van het internet, ongeacht de door de eindgebruiker gebruikte netwerktechnologie en eindapparatuur' (overweging 4 van de considerans bij de Netneutraliteitsverordening). Het internetverkeer tussen twee eindpunten wordt volgens het zogenoemde end-to-end-principe door de aanbieder van een internettoegangsdienst doorgegeven zonder dat dit verkeer tussentijds wordt beïnvloed of aangepast of dat de aanbieder van een dienst nog allerlei overeenkomsten moet sluiten met aanbieders van internettoegangsdiensten om hun diensten aan de klanten van deze aanbieders tegen gelijke voorwaarden als hun concurrenten aan te bieden. Door dit principe kan elke eindgebruiker elke dienst even gemakkelijk bereiken en vice versa. Diensten beconcurreren elkaar op basis van de toegevoegde waarde van de dienst, niet op basis van de mogelijkheid om met een voorkeursbehandeling van de aanbieder van internettoegang met voorrang onder de aandacht van consumenten en zakelijke klanten te komen.
- 4.16 De ACM heeft ten onrechte niet in de beoordeling betrokken wat de impact van de dienst Datavrije Muziek en vergelijkbare diensten als geheel op het internetecosysteem als motor van innovatie is. De uitkomst van een dergelijke beoordeling had de ACM geleid tot de conclusie dat de dienst Datavrije Muziek in strijd is met deze doelstelling van de Netneutraliteitsverordening, omdat Datavrije Muziek en vergelijkbare diensten de markt voor consumenten en zakelijke klanten ondoorzichtig maken en innovatie in het internetecosysteem ondermijnen. Aanbieders van internettoegangsdiensten kunnen immers hun eigen definitie hanteren van het soort verkeer of dienst dat door middel van zero-rating een voorkeursbehandeling kan krijgen, dat niet per se strookt met hoe bijvoorbeeld consumenten bepaalde diensten gebruiken. Zo gebruiken veel jongeren Youtube als hun primaire bron om muziek te streamen, terwijl Youtube naar zijn aard buiten de door T-Mobile gehanteerde definitie van een muziekstreamingdienst valt. De definitie van openbare muziekstreamingdienst die T-Mobile in het onderhavige geval hanteert, kan namelijk afwijken van de definities die andere internetaanbieders hanteren voor diensten die zij zero-rated willen aanbieden. Dat betekent dat aanbieders van applicaties, consumenten en zakelijke klanten bij elk aanbod opnieuw moeten onderzoeken welke dienst wel of niet voor een voorkeursbehandeling in aanmerking komt.
- 4.17 Voor consumenten en zakelijke klanten verwatert hierdoor de toegang tot het internet en wordt grote onduidelijkheid gecreëerd en ongelijkheid bij de doorgifte van (muziekstreaming)diensten. Waar voorheen gold dat elke dienst onder dezelfde voorwaarden toegankelijk was, zal de gebruiker nu keer op keer moeten onderzoeken onder welke voorwaarden hij toegang tot welke dienst kan krijgen en bij welke provider van internettoegang een voorkeursbehandeling geldt. Die drempels, hoe klein ook, zullen

uiteindelijk leiden tot een wildgroei aan datavrije diensten, ook bij andere diensten dan muziekstreaming. De ACM had daarom in haar beoordeling dienen te betrekken wat het effect van Datavrije Muziek, en vergelijkbare proposities, is op de innovatieve kracht van het internetecosysteem. Datavrije Muziek en vergelijkbare proposities zorgen individueel en gezamenlijk voor een gefragmenteerd aanbod van internettoegang wat de innovatieve kracht van het internet ondermijnt en leidt tot een feitelijke beperking van de toegang tot muziek.

Rechten van aanbieders van inhoud en toepassingen worden beperkt

- 4.18 De ACM stelt zich verder op het standpunt dat eindgebruikersrechten van aanbieders van inhoud en toepassingen niet beperkt worden. T-Mobile stelt haar dienst Datavrije Muziek open voor alle muziekstreamingdiensten ongeacht hun marktpositie, zolang deze voldoen aan de door T-Mobile gestelde voorwaarden. Het overzicht van de 25 muziekstreamingdiensten die deelnemen aan de dienst Datavrije Muziek tonen dit naar het oordeel van de ACM aan. Het aanbod van muziekstreamingdiensten op deze lijst varieert van zowel muziekstreamingdiensten die alleen in Nederland actief zijn tot muziekstreamingdiensten die internationaal actief zijn. De toelatingsvoorwaarden tot de dienst Datavrije Muziek vormen naar het oordeel van ACM geen belemmering voor kleine muziekstreamingdiensten om deel te nemen en T-Mobile treedt volgens ACM niet op als poortwachter door slechts bepaalde muziekstreamingdiensten aan te laten sluiten.
- 4.19 Bits of Freedom is het daar niet mee eens, aangezien de rechten van aanbieders van inhoud en toepassingen wel degelijk worden beperkt door de dienst Datavrije Muziek. Anders dan de ACM oordeelt, is sprake van een substantiële drempel voor toegang tot de dienst van T-Mobile en worden de rechten van eindgebruikers, zijnde de aanbieders van inhoud en toepassingen beperkt.

Marktpositie aanbieders van inhoud en toepassingen ten onrechte niet betrokken

- 4.20 In het vervolg van dit beroepschrift zal Bits of Freedom de verschillende drempels die T-Mobile opwerpt bespreken en nader toelichten waarom deze drempels tezamen de rechten van de aanbieders van inhoud en toepassingen beperken, zoals gewaarborgd door artikel 3, eerste lid, van de Netneutraliteitsverordening. De impact van de drempels is groter naarmate de aanbieder van een muziekstreamingdienst kleinschaliger opereert en/of opereert vanuit een land met een grotere afstand tot de Nederlandse markt. De BEREC Guidelines vereisen ook (zie punt 44 en 46) dat bij de beoordeling van zero-rating initiatieven de marktpositie van de betrokken providers van inhoud, toepassingen en diensten wordt betrokken.
- 4.21 Niet is gebleken dat de ACM dit in haar besluitvorming heeft gedaan. Er wordt in het bestreden besluit juist gesteld dat voor alle muziekstreamingdiensten dezelfde toetredingsvoorwaarden en dezelfde aanmeldprocedure geldt en dat ook de te sluiten overeenkomst voor alle aanbieders van inhoud en toepassingen gelijk is. Dit terwijl dat er in sommige gevallen juist toe kan leiden dat de essentie van de rechten van bepaalde aanbieders van inhoud, toepassingen en diensten wordt ondermijnd, omdat de toetredingsvoorwaarden en aanmeldprocedure dusdanig vergaande gevolgen heeft voor hun bedrijfsvoering dat zij mogelijk zullen afzien van het aanbieden van hun diensten.

- 4.22 Epicenter Works, een Duitse digitale burgerrechtenorganisatie, vat de bezwaren die er zijn tegen zero-rating proposities vergelijkbaar met Datavrije Muziek goed samen.¹⁷:

"Offers whereby a certain class of applications are zero-rated in general still not sufficiently respect the rights of Content and Application Providers according to Article 3(1) of the Regulation. Such offers require complexe technical identification criteria in order to detect traffic which is to be zero rated or otherwise differentially priced. Content and Application Providers have to continuously cooperate with IAS providers to keep their services identifiable, are restricted in the technological choices they make as they have to be compatible with the technical conditions of the zero-rating or differential pricing programme, and legal and administrative burdens are placed on Content and Application Providers as they have to enter into contracts which represent significant barriers to participation in such offers.

- 4.23 Bits of Freedom zal hierna toelichten waarom deze bezwaren zich in dit geval nu juist materialiseren bij de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile.

Technische Eisen

- 4.24 T-Mobile stelt eisen aan de technische infrastructuur van de deelnemende muziekstreamingdiensten. Een technische voorwaarde die T-Mobile hanteert is dat het internetverkeer te herkennen moet zijn door middel van het IP-adres. Verder vraagt T-Mobile aanbieders om het internetverkeer voor muziek te scheiden van het overige verkeer en eventuele reclames in de stream te scheiden van de muziekstream, met als gevolg dat aanbieders gedwongen kunnen zijn om technische en organisatorische maatregelen te treffen om met hun dienst überhaupt in aanmerking te komen voor een voorkeursbehandeling door T-Mobile door het dataverkeer niet in rekening te brengen bij de klanten van T-Mobile die gebruik maken van Datavrije Muziek.
- 4.25 De ACM heeft ten onrechte niet onderkend dat hierdoor aanbieders van inhoud en toepassingen gedwongen worden om ervoor te zorgen dat muziekstreamingdiensten vanaf een apart IP-adres worden aangeboden en dat dit IP-adres continue hetzelfde blijft. Er zijn ook aanbieders die muziekstreamingdiensten aanbieden die géén apart IP-adres gebruiken voor bijvoorbeeld de muziekstreaming en ander dataverkeer of waarbij het IP-adres regelmatig wijzigt. Door deze technische eis te stellen, worden die aanbieders van inhoud en toepassingen die het op een ander manier hebben geregeld uitgesloten van deelname, tenzij zij hun dienst technisch aanpassen. Als zij dit om wat voor reden dan ook niet willen of kunnen, bijvoorbeeld omdat het te duur is om de technische infrastructuur aan te passen, zijn ze uitgesloten van deelname aan de dienst Datavrije Muziek. Ook aanbieders die ter bescherming van de vertrouwelijkheid van hun communicatie gebruik maken van VPN kunnen niet deelnemen, omdat dit internetverkeer niet te herkennen is. Kortom, diensten als Datavrije Muziek kunnen dus erg diep ingrijpen op de wijze waarop aanbieders hun diensten technisch inrichten en willen aanbieden.
- 4.26 Afgezien hiervan moet bedacht worden dat niet alleen T-Mobile dergelijke technische eisen stelt, maar dat andere aanbieders van internettoegangsdiensten weer andere technische eisen

¹⁷ https://epicenter.works/sites/default/files/anacom_submission_en.pdf (zie p. 3) (voor het laatst geraadpleegd op 25 april 2018).

kunnen stellen om in aanmerking te komen voor hun zero-rating diensten. Hierdoor zou een aanbieder van inhoud en toepassingen in het worst case scenario genoodzaakt zijn om, uitgaande van 5 aanbieders van internettoegang per lidstaat, 28 maal 5 = 140 keer de technische infrastructuur aan te passen aan de wensen van de diverse internettoegangs-aanbieders. Dit is in strijd met de doelstelling van de Netneutraliteitsverordening om de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen. Dat wordt door het stellen van technische eisen door aanbieders van internettoegang aan aanbieders van diensten immers ondermijnt.

- 4.27 Het moge duidelijk zijn de aanbieders van inhoud en toepassingen door deze technische eisen, worden of potentieel kunnen worden beperkt in hun recht zoals gewaarborgd door artikel 3, lid 1, van de Netneutraliteitsverordening, om via hun internettoegangsdiens informatie en inhoud te delen en hun diensten aan te bieden.

Commerciële voorwaarden

- 4.28 Naast het voldoen aan technische eisen vraagt T-Mobile ook van aanbieders van muziekstreamingdiensten om een overeenkomst te sluiten met T-Mobile als zij zich aan willen sluiten bij de dienst Datavrije Muziek. Deze overeenkomst wordt toegestuurd op het moment dat er reeds contact is tussen de aanbieder van de muziekstreamingdienst en T-Mobile.
- 4.29 Deze overeenkomst kan naar het oordeel van de ACM niet worden gezien als een wezenlijke beperking waardoor sprake is van een beperking van de rechten van aanbieders van inhoud en toepassingen. In het maatschappelijk verkeer is het sluiten van overeenkomsten volgens de ACM zeer gebruikelijk. In het geval een aanbieder zich niet wil conformeren is dat de keus van de aanbieder, aldus de ACM.
- 4.30 Bits of Freedom is het hier niet mee eens, ACM miskent hiermee het wezenskenmerk van netneutraliteit. Het sluiten van overeenkomsten mag in het maatschappelijk verkeer dan gebruikelijk zijn, maar dat is het zeer zeker niet in deze context. De Netneutraliteitsverordening beoogt nu juist te voorkomen dat er allerlei drempels worden opgeworpen voor eindgebruikers bij het waarborgen van open-internettoegang en dat fragmentatie optreedt. De netneutraliteitsdiscussie ging tijdens de totstandkoming van de verordening altijd al om open internettoegang voor eindgebruikers en de daarbij horende vraag welke beperkingen aan de contract- en keuzevrijheid van internetaanbieders moest worden gesteld. Het internetecosysteem is een motor van innovatie geworden juist doordat eindgebruikers, zoals de aanbieders van inhoud en toepassingen, niet eerst overeenkomsten hoeven af te sluiten en technische maatregelen hoeven te treffen alvorens zij hun diensten te kunnen aanbieden.
- 4.31 Volgens Bits of Freedom werpt deze specifieke overeenkomst bovendien een aantal ontoelaatbare drempels op voor toegang tot de dienst van T-Mobile (en daarmee het vrijelijk kunnen delen van informatie en inhoud en het aanbieden van diensten op internet):
- De aanbieder is genoodzaakt juridisch advies in te winnen om de implicaties van de overeenkomst goed in te kunnen schatten. Er worden immers ook aansprakelijkheden beperkt in de overeenkomst. Voor kleine aanbieders van inhoud en toepassingen die

graag beter in beeld willen komen bij consumenten en zakelijk gebruikers, maar die zelf geen juridisch specialist in huis hebben, kan dit een grote drempel opleveren. Dit terwijl de innovatieve kracht van het internet nu juist is dat de drempels voor eindgebruikers zo laag mogelijk zijn. Het doel van de Netneutraliteitsverordening is ook het waarborgen van de rechten van eindgebruikers, niet het beschermen van de commerciële belangen van de aanbieders van internettoegangsdiensten. Aanbieders van inhoud en toepassingen worden nu welhaast gedwongen om aanvullende en soms complexe voorwaarden van aanbieders van internettoegangsdiensten te onderzoeken, waar dat voor de intrede van zero-rating of prijsdifferentiatie helemaal niet hoefde en alle aanbieders gelijkelijk toegang tot het internet hadden, ongeacht hun marktpositie of grootte en hun relatie tot een internetserviceprovider.

- Ook kan T-Mobile de technische eisen voor deelname elk moment eenzijdig wijzigen. Dit betekent dat de aanbieder voor zijn toegang tot het internet is overgeleverd aan de grillen van de aanbieder van de internettoegangsdienst. Waar een aanbieder eerst investeringen moet doen om te voldoen aan de toelatingsvoorwaarden die T-Mobile stelt, kan het zomaar zijn dat T-Mobile de technische eisen drie maanden later wijzigt, waardoor een aanbieder opnieuw moet investeren om aangesloten te kunnen blijven bij de dienst. De kosten die door de muziekstreamingdienst voor het verwerken van zulke wijzigingen gemaakt worden, zijn voor rekening van de aanbieder. Indien een aanbieder zich daar niet aan wil conformeren, kan hij niet deelnemen.
- Verder dient de aanbieder een *non disclosure agreement* te tekenen (artikel 10.1 tot en met 10.4 van de overeenkomst, zoals gehecht aan de beslissing in primo van 26 september 2017). Hoewel de tekst van de standaardovereenkomst (het template) door de publicatie van het besluit van de ACM niet vertrouwelijk meer is, blijft het door deze geheimhoudingsbepalingen onmogelijk om te achterhalen of de precieze voorwaarden voor alle bij Datavrije Muziek aangesloten partijen hetzelfde zijn. Hierdoor wordt het level playing field tussen de aanbieders van inhoud en toepassingen verstoord. Het is tekenend dat de voorwaarden om toe te treden tot de dienst Datavrije Muziek niet gewoon op de website van T-Mobile zijn terug te vinden. Je dient als aanbieder van een muziekstreamingdienst nog steeds een e-mail naar T-Mobile te sturen, waarna een voorbeeldcontract wordt toegestuurd.

4.32 In dit kader dient ten slotte nog te worden opgemerkt dat een aanzienlijk aantal aanbieders heeft aangegeven niet mee te willen doen met de dienst Datavrije Muziek. Zo hebben 22Tracks, Fun-x, Groove Music van Microsoft, Mixcloud, SomaFM en Apple Music, geen onbelangrijke spelers in de muziekstreamingindustrie, aangegeven dat zij niet mee willen doen.¹⁸ Apple heeft zelfs aangegeven niet mee te willen doen onder de huidige voorwaarden. Verder is T-Mobile al geruime tijd in onderhandeling met Soundcloud die tot nu toe niet deelneemt. Dat geeft wel aan de contractsvoorwaarden van T-Mobile door deze aanbieders als een beperking worden ervaren.

¹⁸ Bron: <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243> (voor het laatst geraadpleegd op 25 april 2018)

Aanmeldproces

- 4.33 Tenslotte zijn er nog diverse factoren in het aanmeldproces aan te wijzen die maken dat de rechten van aanbieders van inhoud, toepassingen en diensten worden beperkt. Zo kan alleen worden deelgenomen aan de dienst wanneer aanbieders zichzelf aanmelden of via abonnees van T-Mobile worden aangemeld. Het is niet zo dat T-Mobile muziekstreamingdiensten actief benadert om te vragen of zij op de hoogte zijn van de dienst en zich hierbij willen aansluiten. Het is echter niet redelijk te verwachten en bovendien onredelijk belastend indien aanbieders van muziekstreamingdiensten de websites van alle aanbieders van internet-toegangsdiensten in Europa, zoals die van de Nederlandse tak van T-Mobile, zouden moeten aflopen teneinde te inventariseren waar en onder welke voorwaarden zij een voorkeursbehandeling kunnen krijgen. Voor zover een muziekstreamingdienst dat al zou doen, en daar de mankracht en middelen voor heeft, worden diensten die het Nederlands niet machtig zijn, alsnog achtergesteld, nu de website van T-Mobile niet in het Engels beschikbaar is. Dat de overeenkomst wel in het Engels beschikbaar is, doet daar niet aan af. Er moet immers eerst in het Nederlands contact gelegd worden met T-Mobile om überhaupt de beschikking te kunnen krijgen tot de voorwaarden waaronder de muziekstreamingdienst zich kan aansluiten bij de dienst Datavrije Muziek. De drempel die hierdoor wordt opgeworpen is (te) hoog en verdraagt zich niet met de Netneutraliteitsverordening.
- 4.34 De ACM geeft in het bestreden besluit zelf toe dat van buitenlandse aanbieders van muziekstreamingdiensten mogelijk extra inspanningen nodig zijn, maar dat is volgens de ACM onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een beperking van de uitoefening van eindgebruikersrechten. T-Mobile richt zich met de dienst Datavrije Muziek primair op de Nederlandse markt en gezien tegen die achtergrond ligt het volgens ACM voor de hand dat T-Mobile gebruik maakt van een aanmeldprocedure in het Nederlands.
- 4.35 De ACM gaat er hiermee echter aan voorbij dat de Netneutraliteitsverordening ertoe strekt *gemeenschappelijke* regels voor de gehele Europese Unie vast te stellen om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, binnen de Unie te waarborgen. Het bestreden besluit geeft in zoverre blijk van zowel een te beperkte opvatting van de zorgplicht van T-Mobile als de taak van de ACM. ACM kan zich niet langer uitsluitend beperken tot de Nederlandse markt, maar dient te zorgen voor een Uniebrede waarborging van de rechten van eindgebruikers, om het open karakter van het internet te waarborgen en om fragmentatie van de interne markt als gevolg van in afzonderlijke lidstaten genomen maatregelen te voorkomen (zie ook considerans 3 van de Netneutraliteitsverordening). De ACM heeft dit niet onderkend. Ook om die reden komt het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking.

5. CONCLUSIE

- 5.1 In de eerste plaats geeft Bits of Freedom uw College in overweging prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de uitleg van de Netneutraliteitsverordening op het punt van de eis van netneutraliteit.

- 5.2 Op grond van het voorgaande verzoekt Bits of Freedom uw rechtbank het beroep gegrond te verklaren, het besluit op bezwaar van ACM van 29 januari 2018 te vernietigen, het primaire besluit van 26 september 2017 te herroepen en ACM op te dragen om opnieuw te beslissen op het handhavingsverzoek van Bits of Freedom van 11 mei 2017.
- 5.3 Voorts verzoekt Bits of Freedom uw rechtbank om ACM te veroordelen tot vergoeding van de in verband met deze procedure gemaakte proceskosten alsmede het door Bits of Freedom betaalde griffierecht.

Heerechtend

S. Sanders

H.W. Dekker

Behandeld door	mr. S. Sanders, mw. mr. H.W. Dekker en mr. ing. L.J. Wildeboer
Correspondentie	Postbus 94700, 1090 GS Amsterdam
Telefoon	
Faxnummer	
E-mail	
Zaaknummer	Bits of Freedom/handhavingsverzoek ACM
Referentie	11800571/S/7082176/HWD