

ECLI:NL:RBROT:2019:414

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	24-01-2019
Datum publicatie	24-01-2019
Zaaknummer	ROT 18/1470
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	

Deze zaak draait om de vraag of ACM het verzoek van Bits of Freedom om handhavend op te treden tegen T-Mobile omdat zij artikel 3 van de netneutraliteitsverordening zou overtreden met de dienst Datavrije Muziek, terecht heeft afgewezen. In haar uitspraak van 20 april 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:2940) heeft de rechtbank in het beroep van T-Mobile tegen een eerder handhavingsbesluit van ACM geoordeeld dat artikel 3 van de netneutraliteitsverordening geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat, zodat niet voorshands kan worden geoordeeld dat de door T-Mobile aangeboden “zero-rating” dienst Datavrije Muziek daarmee in strijd is. Bij het nemen van een beslissing op een handhavingsverzoek door een derde belanghebbende zullen de onherroepelijke uitspraak van de rechtbank en de daarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordelen uitgangspunt moeten zijn. Dat het in deze zaak draait om de interpretatie van rechtstreeks werkend Unierecht en dat Bits of Freedom geen partij was in de eerdere handhavingszaak doet daar niet aan af. Net als in het nationale recht wordt ook in het Unierecht groot belang gehecht aan de rechtszekerheid en in dat verband aan de bindende kracht van uitspraken van de nationale rechter. Een gelijkwaardige toepassing van regels van Unierecht en nationaal recht die niet van openbare orde zijn, noopt niet tot een interpretatie en toepassing van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening door de rechtbank alsof de eerdere uitspraak van 20 april 2017 geen kracht van gewijsde heeft gekregen. Omdat voor Bits of Freedom, anders dan zij stelt, gelet op artikel 6:13 van de Awb en op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 18 mei 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BQ4962) rechtsmiddelen hebben opengestaan tegen de uitspraak van 20 april 2017, is voorts voldaan aan de eisen dat het nationale procesrecht – waaronder die van de kracht en het gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen – het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om een beroep te kunnen doen op materieel unierecht.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummer: ROT 18/1470

uitspraak van de meervoudige kamer van 24 januari 2019 in de zaak tussen

Stichting Bits of Freedom (Bits of Freedom), te Amsterdam, eiseres,

gemachtigden: mr. ing. L.J. Wildeboer en mr. H.W. Dekker,

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster,

gemachtigden: mr. R.M. Timmermans en mr. L.H. Partiman.

Waarbij als derde partij heeft deelgenomen:

T-Mobile Netherlands B.V. (T-Mobile), te 's-Gravenhage,

gemachtigde: mr. P. Waszink.

Procesverloop

Bij besluit van 29 januari 2018 (het bestreden besluit) heeft ACM het bezwaar van Bits of Freedom tegen de brief van 26 september 2017, waarbij is meegedeeld dat het verzoek van Bits of Freedom om handhavend op te treden tegen de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile is afgewezen, ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

T-Mobile heeft verzocht aan de procedure deel te mogen nemen en zij heeft een schriftelijke zienswijze gegeven.

Bij beslissing van 1 oktober 2018 heeft de rechter-commissaris op een verzoek daartoe van ACM beslist dat beperkte kennisneming als bedoeld in artikel 8:29, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van enige door ACM ingediende stukken gerechtvaardigd is, met dien verstande dat aan de andere partijen uitsluitend een geschoonde versie van die stukken zal worden verstrekt. Bits of Freedom en T-Mobile hebben de rechtbank toestemming verleend in de zin van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb dat alleen zij kennis zal nemen van een ongeschoonde versie van de stukken.

Bij brief van 15 november 2018 heeft Bits of Freedom een nadere schriftelijke reactie gegeven.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 26 november 2018. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Voorts is verschenen [Naam], beleidsadviseur van Bits of Freedom.

Overwegingen

Inleiding

1. Deze zaak draait om de vraag of ACM het verzoek van Bits of Freedom om handhavend op te treden tegen T-Mobile omdat zij artikel 3 van Verordening (EU) 2015/2120 (de netneutraliteitsverordening) zou overtreden met de dienst Datavrije Muziek, terecht heeft afgewezen. Volgens Bits of Freedom handelt T-Mobile in strijd met die bepaling omdat het dataverkeer dat wordt gebruikt voor de dienst Datavrije Muziek niet ten koste gaat van de databundel en dit een verboden prijsdiscriminatie vormt. ACM meent dat deze door T-Mobile aangeboden vorm van "zero-rating" geen verboden prijsdiscriminatie inhoudt.

Wettelijk kader en besluitvorming ACM

2. In de bijlage die onderdeel is van de uitspraak is de relevante regelgeving vermeld.

3. Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile de dienst Datavrije Muziek gelanceerd. Deze dienst kan worden gebruikt door klanten van T-Mobile die een internetbundel van 6 GB of meer afnemen. Met de dienst Datavrije Muziek kan in Nederland gratis muziek worden gestreamd en gedownload via de aangesloten muziekstreamingdiensten. Het dataverkeer dat wordt gebruikt voor de dienst Datavrije Muziek gaat niet ten koste van de databundel.

Dit betekent dat een klant van T-Mobile een nultarief betaalt voor dataverbruik van de dienst Datavrije Muziek, terwijl voor het dataverbruik van de overige internetdiensten wel betaald moet worden. Deze vorm van tariefdifferentiatie wordt "zero-rating" genoemd.

4. ACM heeft zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat "zero-rating" in strijd is met artikel 3, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening en met artikel 7.4a, derde lid, van de Telecommunicatiewet (Tw). ACM heeft daarom op 9 december 2016 aan T-Mobile een last onder dwangsom opgelegd om T-Mobile te dwingen te stoppen met het aanbieden van de dienst Datavrije Muziek. De rechtbank oordeelde in haar uitspraak van 20 april 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:2940) in het beroep van T-Mobile dat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onverbindend is en dat artikel 3 van de netneutraliteitsverordening geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat, zodat niet voorshands kan worden geoordeeld dat de door T-Mobile aangeboden "zero-rating" dienst Datavrije Muziek daarmee in strijd is. Omdat ACM had nagelaten concreet te onderzoeken of de door T-Mobile aangeboden dienst in strijd is met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening, mede in het licht van de door BEREK vastgestelde "Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules" (de Guidelines), heeft de rechtbank in die uitspraak volstaan met vernietiging van het handhavingsbesluit van 9 december 2016 en de daarop voortbordurende beslissingen van ACM.

5. Vervolgens heeft Bits of Freedom bij brief van 11 mei 2017 ACM – voor zover thans nog van belang – verzocht om opnieuw handhavend op te treden tegen de door T-Mobile aangeboden dienst Datavrije Muziek. Naar aanleiding van dit handhavingsverzoek heeft ACM onderzoek verricht naar de dienst Datavrije Muziek en de wijze waarop T-Mobile die dienst in de markt zet. In dit verband heeft ACM onder meer gegevens opgevraagd bij en

verkregen van T-Mobile. Op basis van dit onderzoek is ACM tot de conclusie gekomen dat de dienst Datavrije Muziek niet in strijd is met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening.

Beoordeling

6. Het betoog van T-Mobile dat Bits of Freedom geen belanghebbende is en dat de reactie van ACM op het verzoek om handhavend optreden daarom geen besluit is, slaagt niet. ACM heeft bij het bestreden besluit terecht vastgesteld dat (het algemene belang van) het bevorderen van netneutraliteit past binnen de statutaire doelstelling van Bits of Freedom en dat haar feitelijke werkzaamheden, waarvan onder meer blijkt uit haar website, zijn gerelateerd aan haar statutaire doel. De statutaire doelstelling van Bits of Freedom, te weten het bevorderen van digitale burgerrechten, waaronder in het bijzonder het grondrecht op communicatievrijheid en het grondrecht op privacy, is voldoende concreet. Bits of Freedom is dus belanghebbende in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb.

Dit betekent dat haar brief van 11 mei 2017 – voor zover hier van belang – een aanvraag is in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Awb en dat de brief van ACM van 26 september 2017 een afwijzing van de aanvraag en daarmee een besluit is. Gelet hierop heeft ACM terecht inhoudelijk op het bezwaar beslist.

7.1. Bits of Freedom betoogt in de eerste plaats dat de netneutraliteitsverordening, met uitzondering van het nemen van bepaalde verkeersbeheersmaatregelen, geen enkele vorm van discriminatie, waaronder "zero-rating", toestaat. Volgens Bits of Freedom biedt artikel 1 gelezen in samenhang met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening namelijk 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 haar uitspraak van 20 april 2017, dat artikel 3, derde lid, eerste alinea, van de netneutraliteitsverordening enkel zou zien op technische maatregelen, verhoudt zich volgens Bits of Freedom 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 van de netneutraliteitsverordening. De interpretatie van BEREC maakt dat volgens haar niet anders, omdat de tekst van de netneutraliteitsverordening op dat punt helder is. Bits of Freedom geeft de rechtbank in dit verband in overweging prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.

7.2. De rechtbank heeft in haar voornoemde uitspraak van 20 april 2017 – onder meer – het volgende geoordeeld:

"6.5. (...) Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de netneutraliteitsverordening komt duidelijk naar voren dat de Uniewetgever – ondanks pogingen daartoe van Nederland – niet van zins is geweest om een categorisch verbod van "zero-rating" in de verordening op te nemen. In de tekst van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening is een dergelijk verbod dan ook niet opgenomen. Het non-discriminatiegebod ziet blijkens de tekst van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening op het verkeer en niet op de gebruiker. De eerste alinea van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening kan naar het oordeel van de rechtbank namelijk niet los gezien worden van de tweede en derde alinea van dat artikellid. Dat blijkt ook uit de overwegingen 8 en 9 van de considerans bij de netneutraliteitsverordening. Deze overwegingen 8 en 9 liggen, gelet op de bewoordingen, ten grondslag aan artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening. Uit de bewoordingen van deze overwegingen blijkt onmiskenbaar dat deze overwegingen zien op het verkeer(sbeheer) en niet op de prijsstelling. Overweging 7 van de considerans ziet wel op tarifiering. Ook uit overweging 7, dat is uitgewerkt in het tweede lid van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening, valt echter geen categorisch verbod op tariefdifferentiatie af te leiden.

6.6. Daar komt bij dat BEREC, waarvan ACM deel uitmaakt, op grond van artikel 5, derde lid, van de

netneutraliteitsverordening met het oog op de consistente toepassing van die verordening, na raadpleging van de belanghebbenden en in nauwe samenwerking met de Commissie Guidelines heeft vastgesteld. Deze Guidelines voorzien niet in een verbod van "zero-rating" voor, maar bieden een afwegingskader waarin kan worden beoordeeld of een dergelijke handelspraktijk al dan niet in strijd komt met de doelstellingen van de netneutraliteitsverordening. Hoewel de Guidelines niet, zoals de netneutraliteitsverordening, bindend zijn, bieden de Guidelines wel steun voor het oordeel dat ook de netneutraliteitsverordening geen categorisch verbod van "zero-rating" bevat.

6.7. Voor het stellen van prejudiciële vragen ziet de rechtbank geen aanleiding. Zij is namelijk op grond van wat zij hiervoor heeft overwogen van oordeel dat de neutraliteitsverordening en in het bijzonder artikel 3 van de verordening zonder twijfel geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat ('acte clair'). (...)"

7.3. Nu geen hoger beroep is ingesteld tegen deze uitspraak, staat tussen ACM en T-Mobile het daarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordeel van de rechtbank vast dat artikel 3 van de netneutraliteitsverordening geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie bevat, zodat niet op voorhand kan worden geoordeeld dat de door T-Mobile aangeboden "zero-rating" dienst Datavrije Muziek daarmee in strijd is. Voorts volgt uit die overwegingen dat de toelaatbaarheid van die dienst moet worden beoordeeld in het licht van het tweede lid van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening. Bij het nemen van een beslissing op een handhavingsverzoek door een derde belanghebbende zullen de onherroepelijke uitspraak van de rechtbank en de daarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordelen uitgangspunt moeten zijn. In dit verband wijst de rechtbank op de zogenoemde Brummen-rechtspraak, die ook van toepassing is op de grondslag van een vernietigd besluit van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld ABRvS 20 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8850 en Rb. Rotterdam 20 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0528). Dat het in deze zaak draait om de interpretatie van rechtstreeks werkend Unierecht en dat Bits of Freedom geen partij was in de eerdere handhavingszaak doet daar volgens de rechtbank op grond van het volgende niet aan af.

7.4. Net als in het nationale recht wordt ook in het Unierecht groot belang gehecht aan de rechtszekerheid en in dat verband aan de bindende kracht van uitspraken van de nationale rechter. Zie in dit verband HvJEU 24 oktober 2018, C-234/17 (ECLI:EU:C:2018:853):

"52 Bovendien moet worden herinnerd aan het belang dat het beginsel van het gezag van gewijsde zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsorden heeft. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het immers van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld (arresten van 16 maart 2006, Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, punt 20; 29 juni 2010, Commissie/Luxemburg, C-526/08, EU:C:2010:379, punt 26; 29 maart 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissie, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punt 123, en 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 58).

53 Derhalve gebiedt het recht van de Unie een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een nationale situatie die onverenigbaar is met dat recht kunnen worden hersteld (arresten van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 6 oktober 2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, punt 29)."

Van een doorbreking van het gezag van gewijsde zal slechts sprake moeten zijn indien het nationale procesrecht, dat heeft geleid tot een bindende eindbeslissing inzake de uitleg en toepassing van rechtstreeks werkend Unierecht, in strijd komt met de eisen van gelijkwaardigheid

of doeltreffendheid. Gelet ook op artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie geldt die doorbreking voorts indien het nationale procesrecht in strijd komt met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, dat gelijkenis vertoont met het doeltreffendheidsbeginsel.

- 7.5. De onderliggende zaak, die ziet op het waarborgen van een open-internettoegang als bedoeld in artikel 3 van de netneutraliteitsverordening, is naar nationaal recht niet een kwestie van openbare orde waaraan de rechter ambtshalve dient te toetsen en die noopt tot het voorbijgaan aan het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing bij de toetsing van een vervolgbeslissing. Een gelijkwaardige toepassing van regels van Unierecht en nationaal recht die niet van openbare orde zijn, noopt daarom niet tot een interpretatie en toepassing van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening door de rechtbank alsof de eerdere uitspraak van 20 april 2017 geen kracht van gewijsde heeft gekregen. Omdat voor Bits of Freedom, anders dan zij stelt, gelet op artikel 6:13 van de Awb en op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 18 mei 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BQ4962) rechtsmiddelen hebben opengestaan tegen de uitspraak van 20 april 2017, is voorts voldaan aan de eisen dat het nationale procesrecht – waaronder die van de kracht en het gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen – het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om een beroep te kunnen doen op materieel unierecht. Met het oog op het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming neemt de rechtbank daarbij voorts in aanmerking dat het handhavingsverzoek betrekking heeft op dezelfde door T-Mobile aangeboden dienst Datavrije Muziek als waarop het eerdere vernietigde handhavingsbesluit van ACM zag en er vrij korte tijd zit tussen de uitspraak van de rechtbank van 20 april 2017 en het nieuwe handhavingsverzoek. Er is dus geen sprake is van een verdergaand en voor onbepaalde tijd doorwerkend besluit of rechtsoordeel, zoals het geval was in de zaken *Olimpiclub* (HvJ EG 3 september 2009, zaak C-2/08, ECLI:EU:C:2009:506) en *Byankov* (HvJ EU 4 oktober 2012, zaak C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608).
- 7.6. Hieruit volgt dat met het vasthouden aan het gezag van gewijsde van de uitspraak van 20 april 2017 het unierecht niet wordt achtergesteld ten opzichte van het nationale materiële recht, dat voor Bits of Freedom een effectieve rechtsgang heeft opengestaan en dat daarmee voorts is voldaan aan de eisen van effectieve rechtsbescherming. Daarom faalt dit betoog van eiseres en zal de rechtbank voorbijgaan aan de beroepsgronden voor zover die voortborduren op de onjuiste veronderstelling van Bits of Freedom dat in deze procedure voorbij kan worden gegaan aan de onherroepelijke uitspraak van de rechtbank van 20 april 2017. Gelet hierop ziet de rechtbank evenmin aanleiding om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.
- 8.1. Bits of Freedom betoogt voorts dat de door T-Mobile aangeboden dienst Datavrije Muziek de rechten van eindgebruikers beperkt en dat deze dienst daarom in strijd komt met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening. Zij wijst er op dat commerciële praktijken die in artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening bedoelde rechten van eindgebruikers niet mogen beperken. De in dat eerste lid bedoelde rechten van eindgebruikers zijn, kort samengevat, om zelf te kiezen welke informatie, diensten of toepassingen zij van het internet willen gebruiken of aanbieden zonder dat de aanbieder van de internettoegangsdienst zich hierin mengt en de keuzes stuurt en beperkt. Volgens Bits of Freedom beperkt een discriminerende praktijk als de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile, waarbij dataverkeer voor de ene muziekstreamingdienst wel van de bundel afgaat, en dataverkeer voor de (andere) aangesloten muziekstreamingdiensten niet, de facto die vrijheid. Volgens haar krijgt de eindgebruiker namelijk 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. Volgens Bits of Freedom ligt daarin de strijd met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst Bits of Freedom op een rapport van prof. Van Schewik en punt 48, derde bullit, van de Guidelines.
- 8.2. Omdat inherent aan “zero-rating” is dat daarvan een economische prikkel uit zal kunnen gaan om vooral gebruik te maken van die applicaties die niet ten koste gaan van de bundel, terwijl de

rechtbank eerder heeft geoordeeld dat artikel 3 van de netneutraliteitsverordening geen categorisch verbod op "zero-rating" kent, kan die enkele omstandigheid zonder nadere beoordeling van het geval niet leiden tot een geslaagd betoog. In dit verband wijst de rechtbank op het slot van overweging 7 van de considerans van de netneutraliteitsverordening waarin is vermeld dat de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde autoriteiten, als onderdeel van hun toezichts- en handhavingsfunctie, de verplichting moet worden opgelegd op te treden indien overeenkomsten of commerciële praktijken de essentie van de rechten van de eindgebruikers zouden ondermijnen.

- 8.3. Uit de punten 42 en 48 van de Guidelines komt verder naar voren dat BEREC het standpunt inneemt dat wanneer een provider alleen "zero-rating" hanteert voor aangesloten muziekstreamingdiensten eindgebruikers op zich niet worden afgehouden van het gebruik van andere muziekapplicaties, maar dat wel een economische prikkel wordt gecreëerd om gebruik te maken van de muziekstreamingdiensten die niet ten koste gaan van de bundel en dat die invloed groter zal zijn naarmate de databundel kleiner is. Omdat de klanten die gebruik maken van de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile beschikken over een databundel van 6 GB of hoger, is de rechtbank met ACM van oordeel dat de genoemde economische prikkel beperkt is. Voorts heeft ACM mede gelet op deze Guidelines op goede gronden in aanmerking genomen dat de omstandigheid dat T-Mobile niet binnen een categorie onderscheid maakt, maar de dienst Datavrije Muziek voor de gehele categorie muziekstreamingsdiensten openstaat, eveneens een indicatie vormt dat geen sprake is van verboden discriminatie. Gelet hierop kan dit algemene betoog niet slagen.
- 9.1. Bits of Freedom betoogt verder aan de hand van diverse argumenten dat er in het voorliggende geval, gelet op artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening, sprake is van verboden discriminatie en dat het onderzoek van ACM naar de verboden discriminerende werking van de door T-Mobile aangeboden dienst Datavrije Muziek ontoereikend is.
- 9.2. De rechtbank stelt bij de beoordeling van al deze samenhangende argumenten voorop dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust om aannemelijk te maken dat zich een overtreding heeft voorgedaan alvorens zij een (herstel)sanctie kan opleggen. Die bewijslastverdeling geldt ook indien een belanghebbende (organisatie) verzoekt om tot handhaving over te gaan. De vraag die in dit geval moet worden beantwoord is of ACM een toereikend onderzoek heeft gedaan naar de door Bits of Freedom gestelde overtreding en of ACM op grond van dat onderzoek tot het standpunt heeft kunnen komen dat geen sprake is van een overtreding van artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening.
- 9.3. ACM heeft bij haar besluitvorming aangegeven op welke manier zij naar de deelnemende muziekstreamingsdiensten heeft gekeken. Zo heeft ACM onder andere geconstateerd dat het aanbod van aangesloten muziekstreamingsdiensten varieert van zowel muziekstreamingsdiensten die alleen in Nederland actief zijn, tot muziekstreamingsdiensten die internationaal actief zijn. Er is dus een grote verscheidenheid aan deelnemende muziekstreamingsdiensten. Sommige aanbieders nemen om hen moverende redenen niet deel aan de dienst Datavrije Muziek, maar deze mogelijkheid staat wel voor hen open. Ook van belang is dat de abonnees van T-Mobile aan kunnen geven dat zij graag willen dat een muziekstreamingsdienst wordt aangesloten bij de dienst Datavrije Muziek. T-Mobile benadert deze muziekstreamingsdiensten dan met de vraag of zij willen deelnemen. Alle aanbieders worden onder dezelfde voorwaarden toegelaten. Volgens ACM vormen deze omstandigheden belangrijke aanknopingspunten dat geen sprake is van overeenkomsten of commerciële praktijken die de essentie van de rechten van de eindgebruikers ondermijnen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft ACM hierbij geen onjuiste beoordelingsmaatstaf gehanteerd. De rechtbank is op grond van het volgende verder van oordeel dat de door Bits of Freedom opgeworpen argumenten niet kunnen leiden tot het oordeel dat de handelwijze van T-Mobile niettemin de essentie van de rechten van de eindgebruikers ondermijnt.

- 9.4. Met ACM is de rechtbank van oordeel dat de voorwaarden die T-Mobile hanteert niet in strijd zijn met artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening. ACM heeft in dit verband terecht aangevoerd dat de door T-Mobile gehanteerde voorwaarde dat alleen openbare muziekstreamingsdiensten kunnen worden aangesloten bij de dienst Datavrije Muziek, niet de rechten van eindgebruikers aantast. Met die voorwaarde wordt immers bewerkstelligd dat deze muziekstreamingsdiensten door alle eindgebruikers kunnen worden benut. Voorts heeft ACM naar het oordeel van de rechtbank, in haar beoordeling dat haar niet is gebleken dat het marktaandeel van T-Mobile met zich brengt dat de rechten van eindgebruikers worden beperkt door de dienst Datavrije Muziek, kunnen betrekken dat de dienst Datavrije Muziek toegankelijk is voor alle muziekstreamingsdiensten die zichzelf aanmelden en voldoen aan de voorwaarden. Een grote verscheidenheid aan muziekstreamingsdiensten heeft hier ook gebruik van gemaakt. De enkele omstandigheid dat diverse door Bits of Freedom genoemde muziekstreamingsdiensten, zoals bijvoorbeeld Apple Music, zich niet hebben aangemeld voor opname in de dienst Datavrije Muziek, betekent niet dat sprake is van een beperking van de essentie van eindgebruikersrechten. Geen van die muziekstreamingdiensten heeft zelf rechtsmiddelen ingesteld tegen de door T-Mobile aangeboden dienst en er zijn geen aanknopingspunten voor de impliciete stelling van Bits of Freedom dat de door T-Mobile gehanteerde voorwaarden ertoe hebben geleid dat deze muziekstreamingdiensten zich niet konden aanmelden voor deze dienst. De rechtbank wijst er in dit verband nog op dat T-Mobile ter zitting onweersproken heeft gesteld dat een gebruiker met een abonnement inclusief de dienst Datavrije Muziek gemiddeld maar iets meer dan 3% van al zijn data gebruikt voor datavrije muziek en dat het totale datavrije muziekverkeer ongeveer 1% is van al het Nederlandse verkeer van T-Mobile. Ook deze beperkte percentages duiden er niet op dat de keuzevrijheid van eindgebruikers door de dienst Datavrije Muziek wezenlijk wordt geraakt.
- 9.5. Evenmin slagen de argumenten van Bits of Freedom die de strekking hebben dat Datavrije Muziek en vergelijkbare diensten de markt voor consumenten en zakelijke klanten ondoorzichtig maken en innovatie in het internetecosysteem ondermijnen. ACM is niet gehouden een toets uit te voeren naar het cumulatieve effect van alle "zero-rating" proposities in Europa, maar heeft zich kunnen en moeten beperken tot de proposities van de dienst Datavrije Muziek in Nederland. In dit verband heeft ACM er terecht op gewezen dat het doel van de Guidelines is dat de proposities die gedaan worden in de verschillende Europese landen op uniforme wijze worden beoordeeld en dat zij alleen bevoegd is om de proposities in Nederland (in dit geval de dienst Datavrije Muziek) te toetsen aan de netneutraliteitsverordening en de Guidelines. De rechtbank voegt hier aan toe dat overweging 3 van de considerans van de netneutraliteitsverordening anders moet worden gelezen dan Bits of Freedom doet. Uit die overweging volgt slechts dat een gemeenschappelijk toetsingskader tot stand moet worden gebracht en niet dat de nationale toezichthouders bij de beoordeling of een provider al dan niet handelt in strijd met de netneutraliteitsverordening het cumulatieve effect van alle "zero-rating" proposities in Europa in ogenschouw moeten nemen. De stelling van Bits of Freedom dat de voorwaarden van T-Mobile innovaties belemmeren, is onvoldoende geconcretiseerd. Zij heeft desgevraagd geen voorbeelden genoemd van mogelijke innovaties die daadwerkelijk afstuiten op de door T-Mobile gehanteerde voorwaarden. Mocht zich in de toekomst daadwerkelijk een nu nog niet voorziene innovatie in muziekstreamingdiensten voordoen die wordt belemmerd door de door T-Mobile gehanteerde voorwaarden, dan kan de aanbieder van die innovatie dat op dat moment bij T-Mobile en/of ACM aanklaarten en moet op dat moment worden beoordeeld of aanpassing van de voorwaarden noodzakelijk is. Op dit moment is dit betoog van Bits of Freedom dus nog louter hypothetisch van aard.
- 9.6. De stelling van Bits of Freedom dat de beoordeling van ACM ook anderszins te beperkt is, omdat ACM zich ten onrechte heeft beperkt tot de lijst van aanbieders die meedoen aan de dienst Datavrije Muziek en zij de marktposities van aanbieders niet heeft betrokken, mist feitelijke grondslag. ACM heeft vastgesteld dat iedere aanbieder van openbare muziekstreamingsdiensten, ongeacht de marktpositie, kan toetreden tot de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile. Dit blijkt

volgens ACM ook uit de lijst van aangesloten muziekstreamingsdiensten, die divers van aard is. Op de lijst staan grote aanbieders zoals Deezer en Spotify, alsook kleinere aanbieders. Verder is van belang dat aanbieders niet hoeven te betalen om zich aan te kunnen sluiten bij de dienst Datavrije Muziek, dat aanbieders zelf bij T-Mobile kunnen aankloppen om toe te treden tot de dienst Datavrije Muziek en dat consumenten en zakelijke klanten ook aanbieders kunnen aandragen bij

T-Mobile. Op die wijze wordt de drempel zo laag mogelijk gemaakt om bekend te geraken met de dienst Datavrije Muziek en toe te treden. Verder heeft ACM ook in ogenschouw genomen welke aanbieders niet wilden of konden toetreden tot deze dienst. ACM heeft vastgesteld dat T-Mobile, voor zover mogelijk, daarbij ook heeft aangegeven wat de reden was dat deze partijen niet wilden of konden toetreden. Deze motieven blijken divers. Sommige partijen vonden de Nederlandse markt commercieel niet aantrekkelijk en andere partijen wilden niet meedoen vanwege auteursrechtelijke beperkingen. Voorts heeft ACM beoordeeld dat de voorwaarden niet onredelijk bezwarend zijn voor kleinere aanbieders.

- 9.7. Met betrekking tot de stelling van Bits of Freedom dat ACM onvoldoende heeft onderzocht of de voorwaarden die T-Mobile stelt om deel te kunnen nemen aan de dienst Datavrije Muziek te hoge drempels opwerpt en daarmee de rechten van eindgebruikers beperkt, overweegt de rechtbank als volgt. De strekking van deze beroepsgrond is, zoals ter zitting door Bits of Freedom nader is toegelicht, in feite dat er geen enkele beperking van eindgebruikersrechten mag plaatsvinden. Daarmee gaat Bits of Freedom eraan voorbij dat "zero-rating" zonder het stellen van voorwaarden commercieel niet mogelijk is omdat dat zou betekenen dat T-Mobile al het verkeer niet in rekening moet brengen. Daarmee zou er in feite alsnog een categorisch verbod op "zero-rating" gelden terwijl de rechtbank eerder heeft geoordeeld dat artikel 3 van de netneutraliteitsverordening een dergelijk verbod niet bevat. Enige voorwaarden en dus beperkingen zijn inherent aan het concept van "zero-rating". Bepalend is of de essentie van de eindgebruikersrechten door die beperkingen worden ondermijnd. In dat kader is van belang of de voorwaarden in verhouding staan tot het daarmee beoogde doel (proportionaliteit) en of er geen andere, minder verstrekkende middelen zijn om dat doel te bereiken (subsidiariteit).

De enkele omstandigheid dat T-Mobile van aanbieders verlangt een overeenkomst met haar te sluiten, waarvoor mogelijk juridische kosten worden gemaakt, betekent op zichzelf niet dat sprake is van een ontoelaatbare toetredingsdrempel zoals Bits of Freedom stelt. Ook de Guidelines gaan ervan uit dat aanbieders overeenkomsten sluiten met verleners van internettoegangsdiensten ten behoeve van proposities als de dienst Datavrije Muziek. Het sluiten van overeenkomsten is bovendien in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk. Ook aanbieders van inhoud en toepassingen zullen met enige regelmaat overeenkomsten sluiten met andere partijen. Bits of Freedom wijst er echter terecht op dat de voorwaarden die in dergelijke overeenkomsten zijn opgenomen toetredingsdrempels op kunnen werpen. Het zijn dan ook – zoals ACM terecht opmerkt – deze voorwaarden die dienen te worden betrokken in de beoordeling en niet het sluiten van een overeenkomst op zich. Bits of Freedom heeft in dit verband gewezen op de technische eis van een IP-adres, de mogelijkheid dat T-Mobile de technische eisen voor deelname elk moment eenzijdig kan wijzigen, de verplichting een "non disclosure agreement" te tekenen, de omstandigheid dat T-Mobile zelf muziekstreamingdiensten niet actief benadert en het gebruik door T-Mobile van een Nederlandstalige in plaats van Engelstalige website.

- 9.8. Om aan de dienst Datavrije Muziek mee te kunnen doen vraagt T-Mobile van de aanbieder het door hem gebruikte IP-adres of de door hem gebruikte IP-adressen. Op deze wijze is voor T-Mobile kenbaar voor welk dataverkeer zij een nultarief dient toe te passen, zonder dat T-Mobile naar de inhoud van de data hoeft te kijken. Zonder dit IP-adres kan T-Mobile de aanbieder of het dataverkeer niet herkennen. Dit is volgens ACM de meest praktische methode. Andere methoden om het dataverkeer te herkennen leiden ertoe dat er zogeheten "deep packet inspection" plaatsvindt. T-Mobile zal dan het dataverkeer "in moeten zien" om te kunnen beoordelen of het om muziekstreaming gaat, wat veel ingrijpender is voor zowel T-Mobile als de aanbieders en gebruikers van inhoud en toepassingen. ACM heeft verder vastgesteld dat T-

Mobile deze voorwaarde voor alle aanbieders strikt hanteert. Zij verlangt dat alleen muziekverkeer over het IP-adres wordt verstuurd. Op die manier beoogt T-Mobile te voorkomen dat andere data, zoals videoverkeer, wordt gestreamd tegen een nultarief. Indien T-Mobile niet op deze wijze de voorwaarde zou hanteren, ontstaat er juist een situatie waarin aanbieders die muziekstreamingsdiensten en, bijvoorbeeld, videostreamingsdiensten aanbieden worden bevoordeeld ten opzichte van partijen die alleen videostreamingsdiensten aanbieden. Juist in een dergelijke situatie waarbij enkele aanbieders binnen een groep van aanbieders van dergelijke voordelen kunnen genieten is al gauw sprake van een inperking van de eindgebruikersrechten, aldus ACM. De eis van het IP-adres is daarom volgens ACM noodzakelijk voor T-Mobile om de dienst Datavrije Muziek aan te kunnen bieden.

- 9.9. Bits of Freedom wijst er echter op dat er partijen zullen zijn die deze splitsing niet kunnen of willen maken en dus worden uitgesloten van de dienst. Dat hier aanbieders worden uitgesloten van de dienst Datavrije Muziek die niet alleen muziekstreamingsdiensten aanbieden, zoals YouTube Music, acht ACM in dit geval echter juist. Dit betekent namelijk niet, zoals Bits of Freedom lijkt te betogen, dat sprake is van een inperking van eindgebruikersrechten van aanbieders, maar veeleer van een correcte afbakening van groepen aanbieders. De rechtbank onderschrijft dit standpunt van ACM. Voorts heeft ACM er op gewezen dat zij niet bekend is met enige aanbieder van muziekstreamingsdiensten die vanwege deze technische eis van T-Mobile niet mee kon doen met de dienst Datavrije Muziek maar dit wel had gewild. De redenen waarom enkele partijen ervoor gekozen hebben niet mee te doen aan de dienst Datavrije Muziek hadden, zoals hiervoor beschreven, niet te maken met de eventuele onmogelijkheid het verkeer van hun muziekstreamingsdienst te scheiden van het overige verkeer. De stelling van Bits of Freedom dat aanbieders ter bescherming van hun communicatie gebruik kunnen maken van een zogenoemd Virtual Private Network (VPN), leidt evenmin tot de conclusie dat het vereiste van een IP-adres leidt tot een beperking van de essentie van eindgebruikersrechten. Bij een VPN is het dataverkeer voor T-Mobile immers niet te herkennen en is de dienst Datavrije Muziek niet mogelijk zonder kennis te nemen van de inhoud van de data. Dat laatste is een verdergaande inbreuk op eindgebruikersrechten dan de eis van een IP-adres. Die eis voldoet daarmee aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Overigens is ACM niet bekend met muziekstreamingsdiensten die voor hun dataverkeer gebruik maken van VPN. Bits of Freedom heeft het tegendeel niet aannemelijk gemaakt.
- 9.10. Weliswaar hanteert T-Mobile in overeenkomsten ten behoeve van de dienst Datavrije Muziek een clause die haar in staat stelt de technische voorwaarden te wijzigen, maar niet is gebleken dat van die bevoegdheid gebruik is gemaakt. T-Mobile heeft tegenover ACM toegelicht dat deze voorwaarde is ingegeven ter bescherming van de integriteit en veiligheid van het netwerk en zij heeft aangegeven nog geen gebruik te hebben gemaakt van de clause. Bits of Freedom heeft ook hier het tegendeel niet aannemelijk gemaakt. ACM is terecht uitgegaan van de voorwaarden zoals die golden ten tijde van het nemen van het bestreden besluit. Na wijziging van die voorwaarden zou Bits of Freedom eventueel een nieuw handhavingsverzoek kunnen doen indien zij meent dat die wijziging leidt tot strijd met de netneutraliteitsverordening.
- 9.11. Verder heeft T-Mobile in de overeenkomsten, die zij sluit met aanbieders van inhoud en toepassingen, een generieke geheimhoudingsclausule opgenomen. Deze clausule geldt niet alleen ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst, maar ook ten aanzien van informatie, documenten of data die de partijen wisselen in het kader van de overeenkomst. Dergelijke bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt per definitie niet openbaar gemaakt, aldus ACM. Voor wat betreft de bekendheid van de overeenkomst als zodanig geldt dat deze is te raadplegen op het internet. Bij publicatie van het primaire besluit heeft ACM deze overeenkomst als bijlage gepubliceerd. De overeenkomst is dus niet (meer) vertrouwelijk voor partijen. ACM stelt zich gelet hierop op goede gronden op het standpunt dat partijen eenvoudig op de hoogte kunnen raken van de voorwaarden die gelden voor toetreding. Met ACM is de rechtbank van oordeel dat er geen aanknopingspunten zijn voor de

stelling van Bits of Freedom dat de geheimhoudingsclausule daadwerkelijk een toetredingsdrempel opwerpt voor aanbieders om toe te treden tot de dienst Datavrije Muziek.

9.12. Met betrekking tot het aanmeldproces heeft ACM op het volgende gewezen. Om als aanbieder in aanmerking te komen voor deelname aan de dienst Datavrije Muziek kan een aanbieder zich melden bij T-Mobile, of een klant van T-Mobile kan een aanbieder aandragen bij T-Mobile waarna T-Mobile zelf contact opneemt met de betreffende aanbieder. Zij zal een partij vervolgens een overeenkomst en een vragenlijst met betrekking tot de technische implementatie toesturen. Wanneer de aanbieder aan de voorwaarden voldoet zal hij worden aangesloten tot de dienst Datavrije Muziek. Door deze werkwijze is de kans dat muziekstreamingsdiensten die niet actief worden benaderd door T-Mobile worden belemmerd om toe te treden, minimaal. Hierin ziet ACM dan ook geen inperking van de rechten van eindgebruikers. ACM wijst er voorts op dat van een aanbieder van inhoud en toepassingen wel enige inspanning wordt gevergd. Die inspanning betekent niet per definitie dat sprake is van een beperking van de essentie van eindgebruikersrechten. Dat de informatie over de dienst Datavrije Muziek alleen in het Nederlands beschikbaar is, betekent dat mogelijk een extra inspanning wordt verwacht van een niet-Nederlandse, internationaal opererende, aanbieder. Van een dergelijke aanbieder mag worden verwacht dat hij onderzoek doet naar de situatie op de Nederlandse markt, alsook dat hij zich inspannt om in een andere taal dan de eigen taal te communiceren. Dat is immers inherent aan internationale dienstverlening. Ook deze standpunten van ACM onderschrijft de rechtbank.

10. Uit het voorgaande volgt dat niet is komen vast te staan dat T-Mobile met de door haar aangeboden dienst Datavrije Muziek heeft gehandeld in strijd met artikel 3 van de netneutraliteitsverordening en dat niet is gebleken dat ACM een ontoereikend onderzoek heeft gedaan naar een mogelijke overtreding door T-Mobile. ACM heeft dan ook terecht het verzoek om handhaving afgewezen. Het beroep van Bits of Freedom is ongegrond.

11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. A.I. van Strien en mr. J.M.W. van de Sande, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar geschied op 24 januari 2019.

griffier voorzitter

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Bijlage

De Nederlandse taalversie van de considerans van Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (de netneutraliteitsverordening) luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“(1) Deze verordening strekt ertoe 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 deze verordening wordt beoogd de eindgebruikers te beschermen en tevens de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen. Hervormingen op het gebied van roaming moeten de eindgebruikers het vertrouwen geven om verbonden te blijven wanneer zij binnen de Unie reizen, en moeten na verloop van tijd een stimulans vormen voor convergerende prijs- en andere voorwaarden binnen de Unie.

(...)

(3) De afgelopen decennia heeft het internet zich ontwikkeld tot een open platform voor innovatie met lage drempels voor eindgebruikers, aanbieders van inhoud, toepassingen en diensten en aanbieders van internettoegangsdiensten. Het bestaande regelgevingskader is gericht op de bevordering van de mogelijkheden voor eindgebruikers om toegang te verkrijgen tot informatie en deze te delen of toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken. Een groot aantal eindgebruikers heeft evenwel te maken met verkeersbeheerpraktijken die specifieke toepassingen of diensten blokkeren of vertragen. Die trends vereisen gemeenschappelijke regels op Unieniveau om het open karakter van het internet te waarborgen en om fragmentatie van de interne markt als gevolg van door afzonderlijke lidstaten genomen maatregelen te voorkomen.

(4) Een internettoegangsdienst biedt toegang tot het internet, en in beginsel tot alle eindpunten van het internet, ongeacht de door de eindgebruiker gebruikte netwerktechnologie en eindapparatuur. Het is evenwel mogelijk dat bepaalde eindpunten van het internet om redenen waarop de aanbieders van internettoegangsdiensten geen invloed hebben, niet altijd toegankelijk zijn. Derhalve wordt een aanbieder geacht aan zijn verplichtingen in verband met het aanbieden van internettoegangsdiensten in de zin van deze verordening te hebben voldaan wanneer die dienst connectiviteit biedt met vrijwel alle eindpunten van het internet. De aanbieders van internettoegangsdiensten mogen de connectiviteit met de toegankelijke eindpunten van het internet derhalve niet beperken.

(...)

(7) 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, moet de eindgebruikers de vrijheid worden geboden met de aanbieders van internettoegangsdiensten overeenkomsten te sluiten over tarieven voor specifieke datavolumes en snelheden van de internettoegangsdienst. Deze overeenkomsten, alsook enigerlei commerciële praktijken van de aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van die rechten niet inperken en aldus de bepalingen van deze verordening 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 de eindgebruikers leiden. Daartoe dient bij het beoordelen van overeenkomsten en commerciële praktijken rekening te worden gehouden met onder meer de respectieve marktposities van de betrokken aanbieders van internettoegangsdiensten en aanbieders van inhoud, diensten en toepassingen. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde autoriteiten moet, als onderdeel van hun toezichts- en handhavingsfunctie, de verplichting worden opgelegd op te treden indien overeenkomsten of commerciële praktijken de essentie van de rechten van de eindgebruikers zouden ondermijnen.

(8) 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. Volgens de algemene beginselen 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 dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.

(9) Het doel van redelijk verkeersbeheer is om bij te dragen aan een efficiënt gebruik van netwerkmiddelen en een optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, in reactie op de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de dienstverlening voor specifieke categorieën verkeer, en daarmee van de doorgegeven inhoud, toepassingen en diensten. De door de aanbieders van internettoegangsdiensten toegepaste redelijke verkeersbeheersmaatregelen moeten transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn en mogen niet ingegeven zijn door commerciële overwegingen. Het voorschrift dat verkeersbeheersmaatregelen niet-discriminerend moeten zijn, belet niet dat aanbieders van internettoegangsdiensten, met het oog op de optimalisering van de algehele doorgiftekwaliteit, verkeersbeheersmaatregelen toepassen die een onderscheid maken tussen objectief verschillende categorieën verkeer. Dergelijke differentiëringen mogen, teneinde de algehele kwaliteit en de ervaring van de gebruikers te optimaliseren, alleen worden toegestaan op basis van de objectief verschillende technische kwaliteitsvereisten van de specifieke categorieën verkeer (bijvoorbeeld wat betreft latentietijd ("latency"), variatie in vertraging ("jitter"), pakketverlies en bandbreedte), en niet op basis van commerciële overwegingen. Dergelijke differentiërende maatregelen moeten in verhouding staan tot de doelstelling de algehele kwaliteit te optimaliseren, en moeten gelijkwaardig verkeer gelijk behandelen. Deze maatregelen mogen niet langer dan nodig is in stand worden gehouden."

De Nederlandse taalversie van de netneutraliteitsverordening luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“Artikel 3

Waarborgen van open-internettoegang

1. 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.

Dit lid laat onverlet het Unierecht of het nationale recht dat in overeenstemming is met het Unierecht, met betrekking tot de rechtmatigheid van de inhoud, toepassingen of diensten.

2. Overeenkomsten tussen aanbieders van internettoegangsdiensten en eindgebruikers over commerciële en technische voorwaarden en de kenmerken van internettoegangsdiensten zoals prijs, datavolumes of snelheid, en alle commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten, mogen de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van eindgebruikers niet beperken.

3. 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.

De eerste alinea belet aanbieders van internettoegangsdiensten niet redelijke verkeersbeheersmaatregelen te treffen. 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 de specifieke inhoud gevolgd, en zij worden niet langer dan nodig aangehouden.

Aanbieders van internettoegangsdiensten treffen 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, behalve indien – en slechts zolang – dit nodig is om:

a) te voldoen aan de wetgevingshandelingen van de Unie of de nationale wetgeving die in overeenstemming is met het Unierecht, waar de aanbieder van de internettoegangsdiensten onder valt, of aan de met het Unierecht in overeenstemming zijnde maatregelen ter uitvoering van dergelijke wetgevingshandelingen van de Unie of dergelijke nationale wetgeving, met inbegrip van beslissingen van rechters of overheidsinstanties die ter zake bevoegd zijn;

b) de integriteit en de veiligheid van het netwerk, van de diensten die via dit netwerk worden aangeboden en van de eindapparatuur van de eindgebruikers te beschermen;

c) nakende netwerkcongestie te voorkomen en de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie te beperken, op voorwaarde dat gelijkwaardige soorten verkeer gelijk worden behandeld.

(...)

Artikel 5

Toezicht en handhaving

1. De nationale regelgevende instanties houden nauwlettend toezicht op en zorgen voor de naleving van de artikelen 3 en 4, en zij bevorderen de voortdurende beschikbaarheid van niet-discriminerende internettoegangsdiensten op kwaliteitsniveaus die stroken met de stand van de techniek. Daartoe kunnen de nationale regelgevende instanties voorschriften inzake technische kenmerken, minimale vereisten inzake de kwaliteit van de dienstverlening en andere passende en noodzakelijke maatregelen opleggen aan een of meer aanbieders van elektronische communicatie aan het publiek, met inbegrip van aanbieders van internettoegangsdiensten.

De nationale regelgevende instanties publiceren jaarlijks verslagen over hun toezicht en hun bevindingen, en doen deze verslagen toekomen aan de Commissie en BEREC.

(...)

3. Uiterlijk op 30 augustus 2016 stelt BEREC met het oog op de consistente toepassing van deze verordening, na raadpleging van de belanghebbenden en in nauwe samenwerking met de Commissie, richtsnoeren vast voor de uitvoering van de verplichtingen van de nationale regelgevende instanties uit hoofde van dit artikel.

4. Dit artikel laat de taken die door de lidstaten overeenkomstig het Unierecht zijn toegewezen aan de nationale regelgevende instanties of andere bevoegde instanties, onverlet.

Artikel 6

Sancties

De lidstaten stellen de regels vast betreffende de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op de artikelen 3, 4 en 5 en treffen alle nodige maatregelen om de uitvoering van die sancties te garanderen. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 30 april 2016 in kennis van die regels en bepalingen en delen eventuele latere wijzigingen daarvan zo spoedig mogelijk aan haar mee."

BEREC – voluit: Body of European Regulators for Electronic Communications – heeft in augustus 2016 "Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules" (de Guidelines) vastgesteld. In onderdeel 2 van de Guidelines – dat ziet op de gehanteerde terminologie – is te lezen: "In these Guidelines, BEREC uses the term "ISP" to refer to providers of internet access services (IAS). ISPs may also be providers of specialised services." Voor zover hier relevant bevatten

de Guidelines – citaat zonder cursivering en zonder vermelding van voetnoten – de volgende richtsnoeren:

“40. There is a specific commercial practice called zero-rating. This is where an ISP applies a price of zero to the data traffic associated with a particular application or category of applications (and the data does not count towards any data cap in place on the IAS). 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.

41. 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 (see paragraph 55).

42. The ISP 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 IAS) 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 endusers’ 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.

43. 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”.

44. 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”.

45. 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. It is not the case that every factor affecting end-users’ choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users’ rights under Article 3(1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise of the end-users’ rights under Article 3(1).

46. In light of the aforementioned considerations, BEREC considers that a comprehensive assessment

of such commercial and technical conditions may be required, taking into account in particular:

the goals of the Regulation and whether the relevant agreements and/or commercial practices circumvent these general aims;

the market positions of the ISPs and CAPs involved - a limitation of the exercise of end-user rights is more likely to arise where an ISP or a CAP has a 'strong' market position (all else being equal) compared to a situation where the ISP or CAP has a 'weak' market position. The market positions should be analysed in line with competition law principles;

the effects on consumer and business customer end-user rights, which encompasses an assessment of inter alia:

o whether there is an effect on the range and diversity of content and applications which consumer end-users may use and, if so, whether the range and diversity of applications which end-users can choose from is reduced in practice;

o whether the end-user is incentivised to use, for example, certain applications;

o whether the IAS subscription contains characteristics which materially reduce end-user choice (see in more detail in paragraph 48).

the effects on CAP end-user rights, which encompasses an assessment of, inter alia:

o whether there is an effect on the range and diversity of content and applications which CAPs provide, and to what extent the range and diversity of applications may not be effectively accessed;

o whether CAPs are materially discouraged from entering the market or forced to leave the market, or whether there are other material harms to competition in the market concerned (see in more detail in the fourth bullet of paragraph 48 with regard to offers);

o whether the continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation is impacted, for example, whether it is the ISP that picks winners and losers, and on the administrative and/or technical barriers for CAPs to enter into agreements with ISPs.

the scale of the practice and the presence of alternatives - a practice is more likely to limit the exercise of end-user rights in a situation where, for example, many end-users are concerned and/or there are few alternative offers and/or competing ISPs for the end-users to choose from.

47. Each of these factors may contribute to a material reduction in end-user choice and hence a limitation of the exercise of end-users' rights under Article 3(2). In any specific case, the presence of one or more of these factors may in fact limit the exercise of enduser rights.

48. In applying such a comprehensive assessment, the following considerations may also be taken into account:

Any agreements or practices which have an effect similar to technical blocking of access (see paragraph 55) are likely to infringe Articles 3(1) and 3(2), given their strong impact on end-user rights.

Commercial practices which apply a higher price to the data associated with a specific application or class of applications are likely to limit the exercise of endusers' rights because of the potentially strong disincentive created to the use of the application(s) affected, and consequent restriction of choice. Also, the possibility that higher prices may be applied to an application or category of application may discourage the development of new applications.

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 incentivised 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.

Price differentiation between individual applications within a category has an impact on competition between providers in that class. It may therefore be more likely to impact the "continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation" and thereby undermine the goals of the

Regulation than would price differentiation between classes of application.”

In artikel 15.1 van de Telecommunicatiewet is – onder meer bepaald – dat ACM toezicht houdt op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de netneutraliteitsverordening.

In artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht is bepaald dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.