

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2016/408374_OV
Zaaknummer: 16.1043.29
Datum: 9 december 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan T-Mobile Netherlands B.V. wegens overtreding van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, artikel 7.4a, derde lid, van de Tw (verbod op tariefdifferentiatie) en artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening (ongeoorloofde beperking van eindgebruikersrechten).

1 Samenvatting

- Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: 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.
- Artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening¹ en artikel 7.4a, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) verbieden iedere vorm van tariefdifferentiatie. De dienst Datavrije Muziek waarmee muziekstreamingdiensten gratis kunnen worden gebruikt, is in strijd met deze bepalingen. Tevens vormt de dienst Datavrije Muziek een ongeoorloofde beperking van de rechten van eindgebruikers, zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening.
- In dit besluit wordt aan T-Mobile een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, artikel 7.4a, derde lid, van de Tw (verbod op tariefdifferentiatie) en artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening

¹ 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 mobiele-communicatienetwerken binnen de Unie (PbEU 2015, L 310/1).

(ongeoorloofde beperking van eindgebruikersrechten).

2 Verloop van de procedure

4. Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile) de dienst Datavrije Muziek gelanceerd. Met deze dienst kan in Nederland gratis muziek worden gestreamd² via de aangesloten muziekstreamingdiensten. Het downloaden van muziek valt binnen de dienst Datavrije Muziek. De dienst Datavrije Muziek zit voor bestaande én nieuwe klanten van T-Mobile standaard bij abonnementen met een internetbundel van 6 GB of hoger.
5. Op 4 november 2016 heeft de ACM T-Mobile een concept besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom toegestuurd en haar in de gelegenheid gesteld haar zienswijze naar voren te brengen op dit concept besluit.³
6. Bij brief van 17 november 2016 heeft T-Mobile haar zienswijzen naar voren gebracht.⁴

3 Juridisch kader

7. Op 25 november 2015 is de netneutraliteitsverordening vastgesteld. Deze verordening is van toepassing met ingang van 30 april 2016 (artikel 10, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening).
8. Op grond van artikel 4a.1 van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (hierna: het Bude) is de ACM belast met het toezicht op de naleving van de netneutraliteitsverordening.
9. Ingevolge artikel 4a.2, eerste lid, van het Bude is de ACM bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de netneutraliteitsverordening.
10. Artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening luidt als volgt:

“Eindgebruikers hebben het recht om toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te

² Met “streamen” wordt een techniek bedoeld waarbij bestanden (in dit geval muziekbestanden), als het ware ‘stromen’ van de ene plaats (daar waar het bestand opgeslagen is) naar de andere plaats (daar waar het bestand weergegeven wordt). Dit in tegenstelling tot ‘downloaden’, waarbij een muziekbestand eerst in zijn geheel verplaatst wordt, alvorens het kan worden afgespeeld.

³ Dossierstukken 2016206675 (concept besluit) en 2016407457 (verzoek om zienswijze).

⁴ Dossierstuk 2016102798.

Besluit Openbaar

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.”

11. Artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening luidt als volgt:

“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.”

12. Artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, voor zover hier van belang, luidt als volgt:

“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.”

13. Artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“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.”

Besluit Openbaar

14. Artikel 5, derde lid, van de netneutraliteitsverordening luidt als volgt:

“Uiterlijk op 30 augustus 2016 stelt BEREC⁵ 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.”

15. Op 30 augustus 2016 heeft BEREC de hiervoor genoemde richtsnoeren vastgesteld (hierna: de BEREC richtsnoeren).⁶

16. Artikel 18.2a van de Tw luidt als volgt:

“De Autoriteit Consument en Markt is de nationale regelgevende instantie, bedoeld in de roamingverordening en de netneutraliteitsverordening. In afwijking op de eerste volzin is Onze Minister de nationale regelgevende instantie ten aanzien van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften op grond van de in de eerste volzin bedoelde verordeningen.”

17. Artikel 7.4a, tweede lid, van de Tw luidt als volgt:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening regels gesteld ten aanzien van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, met inbegrip van aanbieders van internettoegangsdiensten. Deze regels zien in ieder geval op:

a. de voorkoming van nakende netwerkcongestie en de beperking van de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke netwerkcongestie als bedoeld in artikel 3, derde lid, onderdeel c, van de netneutraliteitsverordening, en

b. andere aan te bieden diensten als bedoeld in artikel 3, vijfde lid, van de netneutraliteitsverordening.”

18. Artikel 7.4a, derde lid, van de Tw luidt als volgt:

“Aanbieders van internettoegangsdiensten stellen de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt.”

⁵ Body of European Regulators of Electronic Communications.

⁶ BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules (BoR (16) 127).

19. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw, voor zover thans van belang, luidt als volgt:

“De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid en met het toezicht op de roamingverordening.”

20. De ACM is ingevolge artikel 15.2, tweede lid, van de Tw bevoegd een last onder bestuursdwang op te leggen ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, van de Tw bedoelde bepalingen.
21. Uit artikel 5:32 van de Awb volgt dat de ACM in plaats van een last onder bestuursdwang een last onder dwangsom kan opleggen.

4 Feiten en omstandigheden

22. Op 20 september 2016 is de ACM door T-Mobile tijdens een bijeenkomst ten kantore van de ACM op de hoogte gesteld dat zij op korte termijn de dienst Datavrije Muziek zou gaan lanceren. Tijdens deze bijeenkomst ontving de ACM een marketingplan waarin informatie is opgenomen over deze dienst. Dit marketingplan heeft T-Mobile per e-mail nagezonden.⁷ Tevens is aan het e-mailbericht een vragenlijst gehecht ten behoeve van aanbieders van muziekstreamingdiensten die willen aansluiten bij de dienst Datavrije Muziek.
23. Op 22 september 2016 heeft T-Mobile per e-mail antwoord gegeven op vragen van de ACM⁸ naar aanleiding van de dienst Datavrije Muziek.⁹
24. Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile per e-mail een zogenoemde Q&A toegestuurd die door de woordvoering van T-Mobile wordt gebruikt voor het beantwoorden van vragen van de pers.¹⁰ Uit deze Q&A blijkt onder meer waarom T-Mobile de dienst Datavrije Muziek wil lanceren, wat de dienst inhoudt en welke klanten er gebruik van kunnen maken.
25. T-Mobile heeft op 10 oktober 2016 de dienst Datavrije Muziek in de markt gezet.¹¹

⁷ E-mail van T-Mobile van 20 september 2016 met kenmerk 2016308999.

⁸ E-mail van de ACM van 21 september 2016 met kenmerk 2016407351.

⁹ E-mail van T-Mobile van 22 september 2016 met kenmerk 2016309001.

¹⁰ E-mail van T-Mobile van 10 oktober 2016 met kenmerk 2016309003.

¹¹ E-mail van T-Mobile van 31 oktober 2016 met kenmerk 2016309186.

Besluit Openbaar

26. Op 27 oktober 2016 heeft de ACM nadere vragen gesteld aan T-Mobile over de dienst Datavrije Muziek.¹² Op 1 november 2016 heeft T-Mobile deze vragen beantwoord.¹³
27. Op 22 november 2016 heeft de ACM een informatieverzoek aan T-Mobile verstuurd.¹⁴ Op 2 december 2016 heeft T-Mobile op dit informatieverzoek gereageerd.¹⁵
28. Met de dienst Datavrije Muziek kan in Nederland muziek worden gestreamd via de aangesloten muziekstreamingdiensten. Ook het downloaden van muziek valt binnen de dienst Datavrije Muziek. De dienst Datavrije Muziek zit voor bestaande én nieuwe klanten van T-Mobile standaard bij de volgende abonnementen:
- Stel Samen & Stel Bij abonnement met een internetbundel van 6 GB of hoger;
 - Stel Samen & Stel Bij Tablet abonnement met een internetbundel van 6 GB of hoger;
 - Stel Samen & Stel Bij Zakelijk abonnement met een internetbundel van 6 GB of hoger.¹⁶
29. De op 9 december 2016 bij de dienst Datavrije Muziek aangesloten muziekdiensten zijn Deezer, Spotify, Napster, Tidal, Nederland.FM, HitsNL, Qmusic, Onlineradio.nl en BesteHits.nl.¹⁷ Op deze datum was T-Mobile aan de slag om een aantal andere muziekstreamingdiensten aan de dienst Datavrije Muziek toe te voegen. Twee diensten (Plex en 22Tracks) kunnen of willen volgens de website van T-Mobile niet meedoen.
30. Dataverkeer dat wordt gebruikt voor de dienst Datavrije Muziek gaat niet ten koste van de databundel.¹⁸ Dit betekent dat een klant van T-Mobile een nultarief betaalt voor gebruik van de dienst Datavrije Muziek, terwijl voor de overige internetdiensten wel moet worden betaald.
31. Het aantal klanten dat een abonnement heeft als bedoeld in randnummer 28 bedraagt **[VERTROUWELIJK]**. Volgens T-Mobile gebruikt circa **[VERTROUWELIJK]** % van deze klanten de dienst Datavrije Muziek.¹⁹

¹² E-mail van de ACM van 27 oktober 2016 met kenmerk 2016407293.

¹³ E-mail van T-Mobile van 31 oktober 2016 met kenmerk 2016309186.

¹⁴ Brief van de ACM met kenmerk 2016207070.

¹⁵ Brief van T-Mobile met kenmerk 2016102981.

¹⁶ Kopie website T-Mobile, webpagina <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek#info> (dossierstuk 2016207580).

¹⁷ Kopie website T-Mobile, webpagina <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243> (dossierstuk 2016207579).

¹⁸ Kopie website T-Mobile, webpagina <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek#info> (dossierstuk 2016207580): "Met Datavrije Muziek kun je nu bij ons muziek streamen via de aangesloten muziekstreamingdiensten, zonder dat het je MB's kost."

¹⁹ E-mail van T-Mobile van 31 oktober 2016 met kenmerk 2016309186.

32. Op haar website heeft T-Mobile het volgende statement geplaatst:

“Op dinsdag 11 oktober heeft de Eerste Kamer de Nederlandse wet Netneutraliteit aangenomen. Deze wet bevat onder andere een totaalverbod op 'zero rating', wat wij toepassen in deze nieuwe dienst Datavrije Muziek. Een totaalverbod op zero rating is tegen de Europese wetgeving. T-Mobile zal dan ook de belangen van haar klanten verdedigen tot aan de rechter.”²⁰

33. T-Mobile heeft tevens een officiële verklaring op haar website geplaatst met de titel “T-Mobile zal recht van klanten bepleiten voor de rechter”.²¹ In deze verklaring heeft T-Mobile onder meer het volgende opgenomen:

“Vandaag heeft de Eerste Kamer de Nederlandse wet Netneutraliteit aangenomen. Deze wet bevat onder andere een totaal verbod op zero rating en is in strijd met de Europese wetgeving. T-Mobile zal dan ook de belangen van haar klanten verdedigen tot aan de rechter.”

5 Zienswijze T-Mobile

34. T-Mobile stelt zich op het standpunt dat met het aanbieden van de dienst Datavrije Muziek geen enkele netneutraliteitsregel wordt overtreden. Zij voert hiertoe in hoofdlijnen het volgende aan.
35. De netneutraliteitsverordening bevat geen (impliciet noch expliciet) absoluut verbod op tariefdifferentiatie. Artikel 3, derde lid, eerste paragraaf, van de netneutraliteitsverordening moet worden gelezen in samenhang met de daaropvolgende paragrafen van het derde lid én in samenhang met artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening. Artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening ziet op het beheer van internetverkeer en verbiedt als hoofdregel dat een aanbieder van internettoegangsdiensten verschillende typen internetverkeer *technisch* verschillend behandelt. Dit artikel stelt volgens T-Mobile geen regels ten aanzien van de *commerciële* behandeling van internetverkeer. Afspraken over de commerciële behandeling van internetverkeer moeten worden beoordeeld aan de hand van de normen die zijn neergelegd in artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening. Artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening staat een case-by-case benadering voor. De BEREC richtsnoeren sluiten hierbij aan.

²⁰ Kopie website T-Mobile, webpagina <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek#info> (dossierstuk 2016207580).

²¹ Kopie website T-Mobile, webpagina <http://newsroom.t-mobile.nl/t-mobile-zal-recht-van-klanten-bepleiten-voor-de-rechter/> (dossierstuk 2016207581).

36. De netneutraliteitsverordening regelt netneutraliteit uitputtend en is rechtstreeks toepasselijk in alle lidstaten. Daarom biedt de netneutraliteitsverordening geen ruimte voor een afwijkende nationale bepaling. Dit betekent dat artikel 7.4a van de Tw onverbindend is en door de ACM buiten toepassing gelaten dient te worden vanwege strijdigheid met supranationaal recht. De ACM is gehouden de dienst te beoordelen op basis van de BEREC richtsnoeren. Deze richtsnoeren hebben een zwaardere status dan andere richtsnoeren van BEREC omdat deze uitdrukkelijk tot doel hebben de consistente toepassing van de netneutraliteitsverordening te waarborgen. Voor zover van de BEREC richtsnoeren wordt afgeweken, dient de ACM dit goed te motiveren.
37. T-Mobile stelt zich tevens op het standpunt dat evenmin sprake is van een overtreding van artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening. Aangezien de netneutraliteitsverordening geen absoluut verbod op tariefdifferentiatie bevat, kan niet door de ACM worden gesteld dat iedere vorm van tariefdifferentiatie per se een ongeoorloofde beperking inhoudt van de in de netneutraliteitsverordening gewaarborgde eindgebruikersrechten.
38. T-Mobile wijst erop dat de begunstigingstermijn van vijf werkdagen in het concept besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom te kort is. Zij stelt ongeveer vier weken nodig te hebben om de dienst te staken, klanten en aanbieders van muziekstreamingdiensten te informeren, wijzigingen in de facturatie door te voeren en technische handelingen in het netwerk door te voeren.

6 Overwegingen

39. De ACM stelt vast dat T-Mobile met de dienst Datavrije Muziek niet voldoet aan artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, artikel 7.4a, derde lid, van de Tw (verbod op tariefdifferentiatie) en artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening (ongeoorloofde beperking van eindgebruikersrechten). In deze paragraaf wordt deze overtreding nader gemotiveerd.

Inleiding: internet en het principe van netneutraliteit

40. Het internet heeft zich de afgelopen decennia ontwikkeld tot een open platform voor innovatie met lage drempels voor eindgebruikers, aanbieders van inhoud, toepassingen en diensten en aanbieders van internettoegangsdiensten.²² Dit is mede te danken aan het ontwerp van het internet. Het internet is ontworpen als een netwerk volgens het zogenoemde “end-to-end”-

²² Verordening 2015/2120, overweging 3.

Besluit Openbaar

principe. Dit houdt in dat het internetverkeer tussen twee eindpunten (bijvoorbeeld een consument die internet gebruikt en een aanbieder van een muziekstreamingdienst) door de aanbieder van een internettoegangsdienst wordt doorgegeven zonder dat dit verkeer tussentijds wordt beïnvloed of aangepast. Door het “end-to-end”-principe zijn nieuwe diensten en toepassingen onmiddellijk bereikbaar voor eindgebruikers. Door het open karakter van het internet wordt de ontwikkeling van innovatieve diensten op het internet gestimuleerd.

41. De netneutraliteitsverordening 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.²³
42. De netneutraliteitsverordening is onder meer gericht op het waarborgen van open internettoegang.²⁴ Uitgangspunt hierbij is het principe van netneutraliteit: alle verkeer op het internet wordt op gelijke wijze behandeld door aanbieders van internettoegangsdiensten. Dit betekent onder meer dat diensten en toepassingen op het internet niet mogen worden geblokkeerd of vertraagd door de aanbieders van internettoegangsdiensten. Met een gelijke behandeling van het internetverkeer wordt het recht van eindgebruikers gewaarborgd om via hun internettoegangsdienst toegang te krijgen tot informatie en inhoud op het internet en deze te delen en toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden, ongeacht de locatie, herkomst of bestemming van de informatie, inhoud, toepassing of dienst.²⁵ Tevens wordt met een gelijke behandeling van internetverkeer gewaarborgd dat een gelijk speelveld kan ontstaan voor dienstenaanbieders op het internet (zoals aanbieders van muziekstreamingdiensten). Een gelijk speelveld is essentieel voor de werking van het internetecosysteem als motor voor innovatie.
43. Dat netneutraliteit cruciaal is voor het waarborgen van open internettoegang blijkt ook uit de fact sheet van de Europese Commissie over de netneutraliteitsverordening:

“Net neutrality is crucial for users and businesses. It ensures that Europeans have access to the online content and services they wish without any discrimination or interference (like blocking or slowing down) by internet access providers. This is also very important for start-up businesses that commercialise their products and services via the internet and need to be

²³ Verordening 2015/2120, overweging 1.

²⁴ Zie in dit verband het opschrift van artikel 3: “Waarborgen van open-internettoegang”.

²⁵ Dit recht is vastgelegd in artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening.

*able to compete on an equal footing with larger players”.*²⁶

44. In artikel 3, derde lid, eerste paragraaf, van de netneutraliteitsverordening is het beginsel van netneutraliteit vastgelegd: 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. Anders dan T-Mobile stelt, blijkt uit de tekst van deze paragraaf noch uit de considerans²⁷ dat de Europese wetgever de plicht om alle internetverkeer gelijk te behandelen heeft beperkt tot de *technische* behandeling van internetverkeer. Dit betekent dat deze plicht zich ook uitstrekt tot de *commerciële* behandeling van internetverkeer. Dit brengt kort samengevat met zich mee dat alle internetverkeer op gelijke wijze door een aanbieder van internettoegangsdiensten moet worden getarifeerd.
45. De Europese wetgever staat slechts één uitzondering toe op het beginsel van netneutraliteit. Aanbieders van internettoegangsdiensten mogen redelijke verkeersbeheersmaatregelen treffen, zo blijkt uit de tweede paragraaf van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening. Het doel van redelijk verkeersbeheer is om bij te dragen aan een efficiënt gebruik van netwerkmiddelen en een optimalisering van de algemene doorgiftekwaliteit.²⁸ Maar ook voor deze uitzondering geldt volgens de Europese wetgever het principe van netneutraliteit: om als redelijke verkeersbeheersmaatregelen te worden beschouwd, moeten die maatregelen onder meer transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn. Dit blijkt uit artikel 3, derde lid, tweede paragraaf, van de netneutraliteitsverordening.

Dienst in strijd met het beginsel van netneutraliteit

46. T-Mobile is, voor zover zij abonnementen aanbiedt met een internetbundel, een aanbieder van een internettoegangsdienst. De dienst Datavrije Muziek wordt aangeboden aan klanten van T-Mobile die een internetbundel afnemen van 6 GB of meer.
47. Het gratis aanbieden van muziekstreamingdiensten heeft tot gevolg dat de hoogte van

²⁶ Fact sheet van de Europese Commissie over netneutraliteitsverordening, p. 2 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5275_nl.htm).

²⁷ Verordening 2015/2120, overweging 1 (“[...] regels vast te stellen om de *gelijke en niet-discriminerende behandeling* van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, [...]”) en overweging 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.”).

²⁸ Verordening 2015/2120, overweging 9.

tarieven voor een internettoegangsdienst afhankelijk wordt gesteld van de diensten en toepassingen die via de internettoegangsdienst worden aangeboden of gebruikt. Een klant van T-Mobile die gebruik maakt van één of meer bij de dienst Datavrije Muziek aangesloten muziekstreamingdiensten, betaalt voor het dataverbruik van deze muziekdiensten een nultarief, terwijl voor het dataverbruik van de overige internetdiensten wel moet worden betaald. Dit onderscheid is in strijd met het principe van netneutraliteit, zoals is neergelegd in artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening.

48. Om dezelfde reden is de dienst in strijd met artikel 7.4a, derde lid, van de Tw. Het gratis aanbieden van muziekstreamingdiensten heeft tot gevolg dat sprake is van een koppeling van het tarief van het abonnement aan deze internetdiensten, omdat de abonnee die gebruik maakt van deze internetdiensten een nultarief betaalt, terwijl voor de overige internetdiensten wel moet worden betaald.

Artikel 7.4a, derde lid, van de Tw is verbindend en van toepassing

49. Nationale regelgevende instanties spelen een essentiële rol in het waarborgen dat eindgebruikers hun rechten onder de netneutraliteitsverordening daadwerkelijk kunnen uitoefenen en dat de voorschriften met betrekking tot het waarborgen van open-internettoegang worden nageleefd.²⁹
50. In artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening is bepaald dat nationale regelgevende instanties voorschriften inzake technische kenmerken, minimale vereisten inzake de kwaliteit van de dienstverlening en andere passende en noodzakelijke maatregelen kunnen opleggen aan een of meer aanbieders van elektronische communicatie aan het publiek, met inbegrip van aanbieders van internettoegangsdiensten.
51. Volgens artikel 18.2a van de Tw is de minister van Economische Zaken aangewezen als nationale regelgevende instantie en is hij bevoegd tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften op grond van de netneutraliteitsverordening.
52. De minister van Economische Zaken heeft als nationale regelgevende instantie artikel 7.4, derde lid, van de Tw gehandhaafd. Dit wordt door de minister als volgt toegelicht:

“Door de nieuwe formulering van artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel, blijft naast het vijfde lid van artikel 7.4a, dat door hernummering het nieuwe eerste lid wordt, ook het derde lid van artikel 7.4a van de wet behouden. In dit lid is het uit het principe van netneutraliteit

²⁹ Verordening 2015/2120, overweging 19.

voortvloeiende verbod op prijsdiscriminatie opgenomen: de hoogte van het tarief dat voor de internettoegangsdienst moet worden betaald mag niet afhankelijk worden gesteld van de diensten en toepassingen (zoals websites of apps) die via de internettoegangsdienst zijn aangeboden of gebruikt. Prijsdiscriminatie is onder de huidige nationale netneutraliteitsbepaling verboden, zowel negatieve (het rekenen van extra kosten voor het transport van verkeer voor het gebruik van bepaalde diensten via internet) als positieve prijsdiscriminatie, zoals zero-rating (het niet in rekening brengen van transport van verkeer voor het gebruik van bepaalde diensten via internet). De netneutraliteitsverordening bevat geen vergelijkbaar expliciet verbod op prijsdiscriminatie. Echter, nadere bestudering van de tekst van de verordening leidt tot de conclusie dat ook de verordening prijsdiscriminatie niet toestaat. Zowel negatieve als positieve prijsdiscriminatie doet afbreuk aan de rechten van de eindgebruiker zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de verordening. Bovendien is prijsdiscriminatie in strijd met artikel 3, derde lid, waarin onder meer is bepaald dat aanbieders van internettoegangsdiensten bij het aanbieden van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie moeten behandelen. Om onduidelijkheid over dit onderdeel van de verordening te voorkomen, maakt de regering gebruik van de bevoegdheid op grond van artikel 5, eerste lid, van de verordening, om voorschriften op te leggen aan aanbieders van internettoegangsdiensten om te zorgen voor naleving van artikel 3, tweede en derde lid, van de verordening, en ter bevordering van de voortdurende beschikbaarheid van niet-discriminerende internettoegangsdiensten.”³⁰

53. Uit deze toelichting blijkt dat de Nederlandse wetgever van oordeel is dat de netneutraliteitsverordening een generiek verbod op tariefdifferentiatie bevat. De wetgever heeft bepaald dat het generieke verbod de ruimte laat om dit verbod te preciseren, in die zin dat iedere vorm van tariefdifferentiatie verboden is. Hij leidt dit af uit artikel 3, derde lid, eerste paragraaf, van de netneutraliteitsverordening. Hierin is bepaald dat alle internetverkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie dient te worden behandeld (zie randnummers 41 - 45). Om onduidelijkheid over dit onderdeel van de netneutraliteitsverordening te voorkomen, heeft de Nederlandse wetgever artikel 7.4a, derde lid, van de Tw behouden.
54. De BEREC richtsnoeren laten, in tegenstelling tot artikel 7.4a, derde lid, van de Tw ruimte voor tariefdifferentiatie. Zij voorzien in een toetsingskader om per specifiek geval (case-by-case) te bepalen of commerciële praktijken van aanbieders van internettoegangsdiensten een beperking inhouden van de in artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening neergelegde eindgebruikersrechten.
55. De minister van Economische zaken (als nationale regulerende instantie) heeft gemotiveerd

³⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 379, nr. 7, p. 4.

waarom, met de instandhouding van artikel 7.4a, derde lid, van de Tw, in zoverre van de BEREC richtsnoeren wordt afgeweken:

“Het is juist dat de conceptrichtsnoeren van de BEREC enige ruimte laten voor prijsdiscriminatie, in het bijzonder voor zero-rating. Naar het oordeel van de Nederlandse regering gaat de BEREC daarbij echter ten onrechte voorbij aan het onder lid 3, eerste alinea, van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening expliciet opgenomen verbod op discriminatie bij het aanbieden van internettoegangsdiensten. Uiteraard is het de BEREC niet toegestaan in de (niet-bindende) richtsnoeren van de verordening af te wijken. Om iedere onduidelijkheid omtrent prijsdiscriminatie bij de toepassing van de verordening weg te nemen, en vanuit het grote belang van een verbod op prijsdiscriminatie in de praktijk, is in het wetsvoorstel expliciet bepaald dat prijsdiscriminatie niet is toegestaan. De opvatting van BEREC kan er wel toe leiden dat er op het punt van prijsdiscriminatie verschillen ontstaan tussen lidstaten in de toepassing van de netneutraliteitsregels. Alleen een uitspraak van het Europese Hof van Justitie kan (definitieve) duidelijkheid geven omtrent deze kwestie.”³¹

56. De BEREC richtsnoeren hebben geen speciale status en zijn niet bindend. Dit blijkt uit overweging 19 van de netneutraliteitsverordening:

“Nationale regelgevende instanties spelen een essentiële rol in het waarborgen dat eindgebruikers hun rechten onder deze verordening daadwerkelijk kunnen uitoefenen en dat de voorschriften met betrekking tot het waarborgen van open-internettoegang worden nageleefd. Daartoe dienen nationale regelgevende instanties toezicht- en rapportageverplichtingen te hebben en dienen zij te verzekeren dat aanbieders van elektronische communicatie aan het publiek, waaronder aanbieders van internettoegangsdiensten, hun verplichtingen betreffende het waarborgen van open-internettoegang nakomen. (...) Daarbij dienen nationale regelgevende instanties zoveel mogelijk rekening te houden met de desbetreffende richtsnoeren van BEREC.”

57. Ook uit randnummer 1 van de tekst van de richtsnoeren zelf blijkt dit:

“These Guidelines constitute recommendations to NRAs, and NRAs should take utmost account of the Guidelines.”

58. Tevens wordt gewezen op artikel 3, derde lid, van de Verordening tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau (Verordening (EG) nr. 1211/2009). Hierin is, voor zover hier van belang, bepaald

³¹ Eerste Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 379, C, p. 3 en 4.

dat de nationale regelgevende instanties *zoveel mogelijk rekening houden* met de standpunten, aanbevelingen, richtsnoeren, adviezen en optimale regelgevingspraktijken die door BEREK worden aangenomen.

59. Het Europese Hof van Justitie heeft bovendien meermaals bevestigd dat richtsnoeren geen bindende status hebben en dat van richtsnoeren onder omstandigheden kan worden afgeweken.³² Waarom in dit geval wordt afgeweken van de richtsnoeren is gemotiveerd door de minister van Economische Zaken (zie randnummer 55).

Dienst beperkt eindgebruikersrechten

60. Door toepassing van zero-rating, waarbij het gebruik van diensten en toepassingen op het internet niet ten koste gaat van de databundel, worden eindgebruikers (in dit geval consumenten) gestuurd in hun keuze voor diensten en toepassingen op het internet. Consumenten worden immers gestimuleerd om gebruik te maken van zero-rated diensten en ontmoedigd om soortgelijke concurrerende diensten te gebruiken. Gebruik van deze diensten gaat immers wel ten koste van de databundel. Als gevolg hiervan zijn consumenten niet meer volledig vrij in de keuzes die zij maken op het internet. De Nederlandse wetgever is van oordeel dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de eindgebruiker zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de verordening.³³
61. Tevens heeft zero-rating een verstorend effect op het level playing field van aanbieders van diensten en toepassingen op het internet (tevens eindgebruikers als bedoeld in de netneutraliteitsverordening). Aanbieders van diensten en toepassingen op het internet, die niet “zero-rated” zijn, kunnen niet onder gelijke voorwaarden concurreren met aanbieders van “zero-rated” diensten en toepassingen. Gebruikers zullen de voorkeur geven aan “zero-rated” diensten boven niet “zero-rated” diensten, omdat het gebruik van “zero-rated” diensten niet ten koste gaat van hun databundel. Als gevolg hiervan kan de “werking van het internet-ecosysteem als een motor voor innovatie” (één van de hoofddoelen van de netneutraliteitverordening, genoemd in overweging 1 van deze verordening) negatief worden beïnvloed. Dit heeft (op termijn) gevolgen voor de hoeveelheid en diversiteit aan diensten en toepassingen op het internet.

³² Zie onder meer arrest van het Hof van 11 mei 2006 in zaak C-11/05 (Friesland Coberco Dairy Foods tegen Inspecteur van de Belastingdienst), randnummer 32 en arrest van het Hof van 15 september 2016 in zaak C-28/15 (KPN e.a. tegen Autoriteit Consument en Markt), randnummers 34-43 .

³³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 379, nr. 6, p. 9: de minister van Economische Zaken heeft geconcludeerd dat zowel negatieve als positieve prijsdiscriminatie altijd afbreuk doet aan de rechten van eindgebruikers zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening.

7 Last onder dwangsom

62. Zoals hierboven is vastgesteld overtreedt T-Mobile artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, artikel 7.4a, derde lid, van de Tw (verbod op tariefdifferentiatie) en artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening (ongeoorloofde beperking van eindgebruikersrechten).

Motivering om over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom

63. Ingevolge artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening houdt de ACM toezicht op en zorgt voor de naleving van, voor zover hier van belang, artikel 3 van de netneutraliteitsverordening. Tevens bevordert de ACM de voortdurende beschikbaarheid van niet-discriminerende internettoegangsdiensten op kwaliteitsniveaus die stroken met de stand van de techniek.
64. De Nederlandse wetgever heeft met het handhaven van artikel 7.4a, derde lid, van de Tw een keuze gemaakt om het generieke verbod op tariefdifferentiatie, dat is neergelegd in de netneutraliteitsverordening, te preciseren door iedere vorm van tariefdifferentiatie expliciet te verbieden. Deze keuze van de Nederlandse wetgever mag de ACM niet zelfstandig terzijde leggen bij haar handhavend optreden.
65. Door het in de markt zetten van de dienst Datavrije Muziek overtreedt T-Mobile willens en wetens verwijtbaar het verbod op tariefdifferentiatie. Tevens beperkt T-Mobile willens en wetens de eindgebruikersrechten die zijn neergelegd in artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening.
66. Gelet op het belang van het beschermen van eindgebruikers en het waarborgen van de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie, dienen de overtredingen zo spoedig mogelijk te worden beëindigd. Tevens kan de dienst Datavrije Muziek een prikkel vormen voor andere aanbieders van internettoegangsdiensten om vergelijkbare diensten in de markt te zetten als gevolg waarvan eindgebruikersrechten verder onder druk komen te staan. Dit moet worden voorkomen.
67. Gezien de ernst van de overtredingen en in aanmerking genomen dat deze willens en wetens zijn begaan, legt de ACM een last onder dwangsom op aan T-Mobile.

Last onder dwangsom

68. De ACM gelast T-Mobile om te stoppen met het aanbieden en uitvoeren van de dienst Datavrije Muziek. T-Mobile dient haar facturatieproces zodanig aan te passen dat al het internetverkeer binnen de internetbundel van de betreffende klant op gelijke wijze wordt

Besluit Openbaar

getarifeerd, bijvoorbeeld door de betreffende klanten terug te zetten op hun reguliere internetprofiel zonder Datavrije Muziek.

69. De ACM legt T-Mobile een dwangsom op ter hoogte van € 50.000 per dag voor elke dag dat T-Mobile niet aan voornoemde last voldoet met een maximum van € 500.000. De dwangsom wordt verbeurd na het verstrijken van de begunstigingstermijn.

Begunstigingstermijn

70. De ACM geeft T-Mobile de gelegenheid om uiterlijk binnen 20 werkdagen na dagtekening van dit besluit aan bovenstaande last te voldoen. Bij het vaststellen van deze termijn heeft de ACM rekening gehouden met de acties die T-Mobile moet uitvoeren om aan de last te kunnen voldoen en de tijd die T-Mobile nodig heeft om haar klanten te informeren dat zij is gehouden te stoppen met de dienst Datavrije Muziek. Tevens is bij het vaststellen van de begunstigingstermijn rekening gehouden met feit dat het standpunt van de ACM reeds bij T-Mobile bekend was en dat direct bij de introductie van de dienst Datavrije Muziek door de ACM is aangegeven dat de ACM mogelijk handhavende maatregelen ten aanzien van de dienst Datavrije Muziek zal treffen.

8 Dictum

De ACM legt T-Mobile een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

- I. De ACM gelast T-Mobile te stoppen met het aanbieden en het uitvoeren van de dienst Datavrije Muziek.
- II. T-Mobile dient deze last binnen twintig werkdagen na dagtekening van dit besluit te hebben uitgevoerd. Indien T-Mobile hier niet aan voldoet verbeurt zij een dwangsom van € 50.000 euro (zegge: vijftigduizend euro) per dag met een maximum van € 500.000 euro (zegge: vijfhonderdduizend euro).
- III. T-Mobile informeert de ACM uiterlijk op de laatste dag van de begunstigingstermijn schriftelijk over de wijze waarop zij aan de last heeft voldaan.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn
bestuursvoorzitter

17/17

Bezwaar

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Autoriteit Consument en Markt, Directie Telecom, Vervoer en Post, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.